



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Allan Marcel Warwar Teixeira

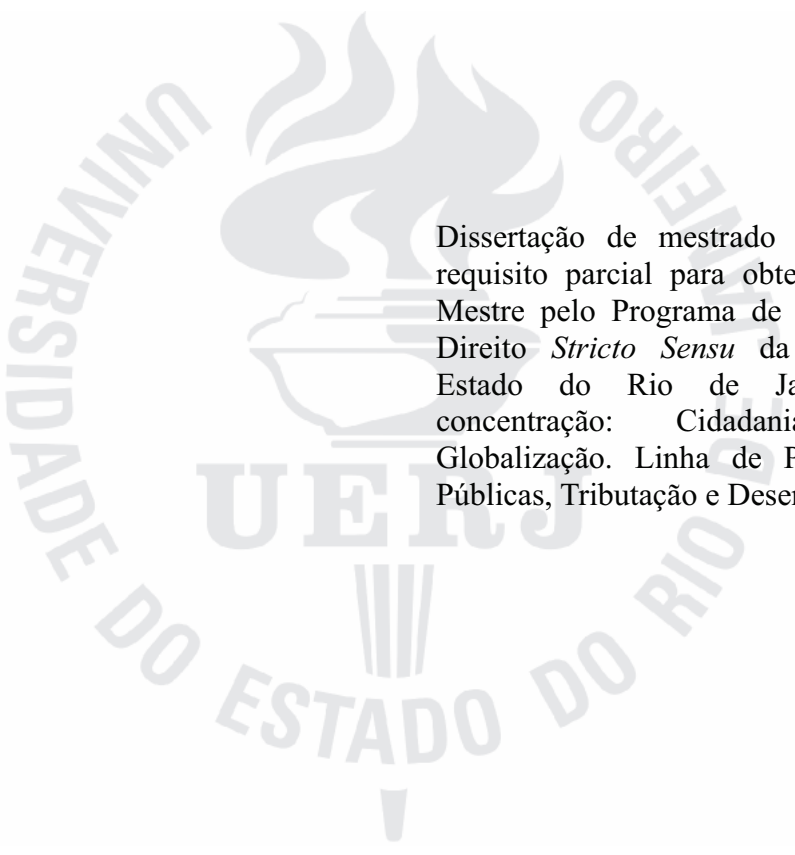
**Tributação em bases universais:
da tributação de sociedades controladoras brasileiras em razão dos
resultados de suas controladas no exterior**

Rio de Janeiro

2018

Allan Marcel Warwar Teixeira

**Tributação em bases universais:
da tributação de sociedades controladoras brasileiras em razão dos resultados de suas
controladas no exterior**



Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim

Coorientador: Prof. Dr. Guilherme Adolfo Mendes

Rio de Janeiro

2018

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

T266 Teixeira, Allan Marcel Warwar.

Tributação em bases universais: da tributação de sociedades controladoras brasileiras em razão dos resultados de suas controladas no exterior /Allan Marcel Warwar Teixeira. - 2018.

154f.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Zambitte Ibrahim.

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

1. Investimentos estrangeiros - Teses. 2. Impostos – Teses.
3. Transparência fiscal internacional – Teses. I. Ibrahim, Fabio Zambitte. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.73

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

Allan Marcel Warwar Teixeira

**Tributação em bases universais:
da tributação de sociedades controladoras brasileiras em razão dos resultados de suas
controladas no exterior**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento.

Aprovada em 7 de fevereiro de 2018.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Alexandre de Azevedo Campos
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Guilherme Adolfo Mendes (Coorientador)
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Marco Antonio Ferreira Macedo
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

A todos os meus amigos que me estimularam a levar adiante este desafio da pesquisa acadêmica que foi para mim nesses últimos dois anos.

Ao meu amigo Matheus, que há muito me incentivou a prosseguir mesmo quando cogitei abandonar os estudos no Direito.

Aos meus colegas Marcelo Franco e Andrea Duek, pela compreensão e ajuda que recebi, neste período, de tudo o que precisei e estava ao alcance deles.

Ao meu colega Ivo Tambasco, pelas inestimáveis colaborações com artigos, livros e conversas sobre assuntos muito específicos relacionados ao tema da pesquisa.

Aos Professores Fábio Zambitte, meu orientador, e Guilherme Mendes, sobretudo pelas suas horas dedicadas no Skype.

Ao meu irmão Marcelo, um grande amigo a quem muito devo.

RESUMO

TEIXEIRA, Allan Marcel Warwar. **Tributação em bases universais**: da tributação de sociedades controladoras brasileiras em razão dos resultados de suas controladas no exterior. 2018. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

A presente dissertação tem como propósito investigar o cabimento da tributação sobre a parcela do lucro de empresas brasileiras auferido por meio de empresas controladas no exterior. Questiona-se se a fixação do momento do fato gerador no ano em que os lucros foram apurados em balanço – para a tributação da renda global da controladora, independentemente da distribuição de dividendos pelas controladas – não fere um conceito constitucional de renda ou se não contraria o convencionado pelo Brasil em tratados internacionais para a não bitributação. O tema segue pendente de resposta definitiva pelos tribunais, na parte relativa a empresas controladas em não paraísos fiscais, embora algumas decisões importantes já tenham sido proferidas nos últimos anos, as quais serão também objeto da nossa análise. Tanto uma abordagem dogmática quanto funcional será dada ao tema. Para tanto, será feito preliminarmente um levantamento histórico da tributação da renda, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos – berço da tributação em bases mundiais –, de modo a perscrutar a origem de seus fundamentos. Será ainda abordado como os países desenham suas regras para *controlled foreign corporation* (CFC), bem como se há relevância na classificação de seus sistemas em territorial ou em bases mundiais para a tributação de empresas estrangeiras controladas. Em seguida, investigar-se-á o papel da neutralidade na tributação internacional, bem como a sua vinculação com o tema tributação em bases universais (TBU), correlação esta pouco feita pelos autores nacionais. Por fim, será analisada qual o tipo de neutralidade perseguida pela regra de tributação brasileira, se ela encontra respaldo na Constituição, qual o seu sentido para a igualdade tributária, e se não fere a livre concorrência.

Palavras-chave: Tributação em bases universais. *Controlled foreign corporation*. Neutralidade tributária. *Capital export neutraliy*. Análise econômica do direito.

ABSTRACT

TEIXEIRA, Allan Marcel Warwar. **Worldwide income taxation in Brazil:** taxation of the ultimate parent company based on the income earned by its subsidiaries overseas. 2018. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The purpose of this master thesis is to investigate the correctness of taxation on the portion of Brazilian companies' profits earned by their subsidiaries abroad. It is argued whether the taxation of the global income in the year of the annual report – independently of dividend payments – does not violate a constitutional concept of net income or whether it does not hurt Tax Treaties for non-double taxation based on OECD Model Convention. The case has not yet a binding precedent in Brazilian judicial system – in the part of investments made in non tax haven countries –, although some important decisions have already been handed down in recent years, which will also be subject of our analysis. Both a dogmatic and functional approach will be given to the theme. To this end, a preliminary overview will be taken of the historical taxation of the income, both in Brazil and in United States – where worldwide taxation arose –, in order to examine its origins and fundamentals. It will also be discussed how countries design their CFC rules, as well as whether there is an actual relevance in the classification of systems in territorial or in global bases for the taxation of controlled foreign companies. Next, we will investigate the role of neutrality in international taxation, as well as its linkage with the topic worldwide income, a correlation rarely taken into account by Brazilian commentators. Finally, it will be analyzed what type of neutrality the Brazilian tax rule pursues, if it has support on the Constitution, what meaning it has for tax equality, and if it does not hurt free competition.

Keywords: Worldwide income taxation. Controlled foreign corporation. Tax neutrality. Capital export neutrality. Law and economics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Apelação Cível
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AMS	Apelação em Mandado de Segurança
APELREEX	Apelação em Reexame Necessário
ARE	Agravo no Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
BEPS	<i>Base Erosion Profit Shifting</i>
BMG	<i>BEPS Monitoring Group</i>
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CC	Código Civil
CEN	<i>Capital export neutrality</i>
CFC	<i>Controlled foreign corporation</i> , em tradução livre para o português: empresas estrangeiras controladas
CF/88	Constituição Federal de 1988
CIN	<i>Capital import neutrality</i>
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CPC	Comitê de Pronunciamentos Contábeis
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
EC	Emenda Constitucional
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio)
IED	Investimento estrangeiro direto
IFRS	<i>International Financial Reporting Standards</i>
IN	Instrução Normativa
IR	Imposto de Renda

IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
LC	Lei Complementar
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
MEP	Método da equivalência patrimonial
MP	Medida Provisória
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
RE	Recurso Extraordinário
RIR	Regulamento do Imposto de Renda
RFB	Receita Federal do Brasil
SRF	Secretaria da Receita Federal do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TBU	Tributação em bases universais

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	11
1	ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS.....	16
1.1	Nota Introdutória.....	16
1.2	A TBU no Brasil.....	17
1.2.1	<u>O modelo adotado até 1995.....</u>	17
1.2.2	<u>A mudança de bases introduzida pela TBU em 1996.....</u>	19
1.2.3	<u>A reforma das regras de TBU com a Lei 12.973/2014.....</u>	22
1.2.4	<u>Brechas envolvendo a TBU e a tributação de dividendos nas pessoas físicas..</u>	29
1.3	Sinopse histórica da tributação nos Estados Unidos com base no <i>worldwide income</i>.....	33
1.3.1	<u>A origem da tributação de rendas ativas e passivas no Imposto de Renda.....</u>	33
1.3.2	<u>Um histórico das medidas antidiferimento adotadas.....</u>	39
1.3.3	<u>A proposta do Tesouro Americano de implantar o <i>full inclusion</i> nos Estados Unidos.....</u>	42
1.4	Considerações acerca dos sistemas territoriais e extraterritoriais.....	44
1.4.1	<u>A territorialidade como um sistema que tributa rendas também no exterior....</u>	44
1.4.2	<u>Elementos de conexão em tributação internacional.....</u>	47
1.4.3	<u>A tributação mundial como um sistema cuja legislação não se aplica extraterritorialmente.....</u>	49
1.4.4	<u>O problema da bitributação internacional.....</u>	52
1.4.5	<u>A Ação 3 do BEPS.....</u>	53
2	AS POSIÇÕES ADOTADAS PELO BRASIL EM MATÉRIA DE TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL.....	57
2.1	O conflito entre países importadores vs. exportadores de capital em matéria de bitributação.....	57
2.2	A posição assumida pelo Brasil como país importador de capital.....	58
2.3	A evolução do Brasil para um perfil misto de importador e exportador de capital.....	62

3	PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS DE NATUREZA DOGMÁTICA.....	65
3.1	Acerca de se o Brasil adota ou não um regime de transparência fiscal internacional.....	65
3.1.1	<u>A ambiguidade da expressão transparência fiscal internacional.....</u>	65
3.1.2	<u>Se a TBU das controladas e as regras CFC podem ser consideradas da mesma espécie.....</u>	67
3.1.3	<u>Equivalência patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica.....</u>	72
3.2	A tese de inconstitucionalidade da tributação dos lucros no exterior não distribuídos.....	75
3.2.1	<u>O julgamento da ADI 2588.....</u>	75
3.2.2	<u>O julgamento do RE 541.090: o caso Embraco.....</u>	82
3.3	A tese de incompatibilidade da TBU com o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE.....	83
3.3.1	<u>A verdadeira função dos tratados contra bitributação no modelo OCDE.....</u>	83
3.3.2	<u>A limitação de tributar seus próprios residentes nas minutas de tratados dos EUA e da ONU.....</u>	93
3.3.3	<u>A jurisprudência do STJ.....</u>	94
3.3.4	<u>A jurisprudência nas instâncias ordinárias.....</u>	102
3.3.5	<u>A jurisprudência do CARF.....</u>	105
4	TBU E INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	106
4.1	Nota introdutória.....	106
4.2	O Estado e a intervenção no domínio econômico.....	108
4.2.1	<u>Evolução do papel interventor do Estado Liberal.....</u>	108
4.2.2	<u>A intervenção no domínio econômico na Constituição.....</u>	110
4.3	TBU e neutralidade.....	113
4.3.1	<u>Neutralidade fiscal e livre concorrência na Constituição.....</u>	113
4.4	As noções de <i>capital export neutrality</i> e <i>capital import neutrality</i>.....	117
4.4.1	<u>Definições.....</u>	117
4.4.2	<u>As opções pelo CIN ou pelo CEN em tributação internacional da renda.....</u>	122
4.4.3	<u>A lógica da CIN e da CEN no desenho das regras CFC.....</u>	126
4.4.4	<u>Considerações de Capital Import Neutrality na Lei 12.973/2014.....</u>	128
5	TBU E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	131
5.1	Nota introdutória.....	131

5.2	A tributação como custo da transação ou Teorema de Coase.....	133
5.3	O conflito entre os princípios da justiça fiscal e da neutralidade fiscal.....	137
	CONCLUSÃO.....	142
	REFERÊNCIAS.....	150

INTRODUÇÃO

Nas duas primeiras décadas do séc. 21, maiores desafios foram impostos às jurisdições que tentam manter a integridade de seus sistemas tributários, ante o crescimento exponencial dos planejamentos tributários abusivos. Tais dificuldades, em parte, foram provocadas por políticas adotadas pelos próprios países que, no afã de atraírem investimentos ou rendas internacionais a tributar, cederam benefícios fiscais despropositados, gerando uma espécie de guerra fiscal internacional, conhecida por *race to the bottom*. De outra parte, a situação agravou-se diante da evolução de um cenário mundial onde as receitas operacionais dos negócios tradicionais – antes mais facilmente imputáveis a um estabelecimento permanente¹ – cedem espaço a rendas passivas² e ao crescimento da economia digital.

Assim, separar as rendas do verdadeiro lugar onde elas foram geradas vem-se tornando um fenômeno mais recorrente – sobretudo para multinacionais, que expandem sua rede de subsidiárias por todo o mundo –, provocando o fenômeno cada vez mais usual do assim denominado *profit shifting* (deslocalização de lucros).

Neste contexto mundial, soma-se o crescimento da internacionalização das companhias brasileiras nas últimas décadas, sobretudo mediante incentivos governamentais, fazendo, portanto, da tributação em bases universais (TBU) um tema relevante no estudo do direito financeiro e tributário no país.

Se, à época em que foram criadas, tais regras se consubstanciavam em apenas mais uma norma no meio da miríade de sistemáticas especiais de apuração de impostos no Brasil, nas primeiras duas décadas deste século, o tema TBU ganhou certo destaque do ponto de vista fiscal. Isto porque estudos comprovam que o índice de internacionalização de empresas brasileiras vem crescendo sensivelmente nos últimos anos, a ponto de mudar o perfil do Brasil

¹ Estabelecimento permanente pode ter sua definição encontrada no art. 5º da minuta da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Trata-se de um *standard* jurídico-tributário adotado para definir se existe de fato ou não um estabelecimento num dado local, isto é, uma algo como uma unidade econômica produtiva, para fins de determinação do domicílio tributário. Esta identificação é essencial para países que privilegiam o critério de residência, proposto pela OCDE. O Brasil não adota, até a presente data, tal conceito em seu direito interno, mas se vincula à sua observação nos tratados de não-bitributação.

² Rendas passivas podem ser entendidas como aquelas que não dependem de uma atividade operacional para serem geradas (o contrário de rendas ativas), pois em regra derivam de frutos do patrimônio. Os exemplos clássicos são os juros, royalties, dividendos e ganho de capital. Devida a sua alta mobilidade, com frequência burlam a tributação com base no critério de residência.

de país meramente importador de capital. Soma-se a isto ainda o fenômeno dos chamados *campeões nacionais*, companhias que se internacionalizaram sobretudo com auxílio de verbas do Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES) dentro de uma política de governo. Ainda que a fase da fabricação de campeões nacionais possa ter-se encerrado, o legado permanece, isto é, diversas multinacionais brasileiras surgidas nesse período sujeitam-se à tributação por TBU, fazendo desse tema cada vez mais relevante em termos fiscais.

O Brasil, desde 1995, já mudara o seu sistema de tributação dos lucros, migrando do modelo territorial para o assim denominado *em bases universais*, que busca trazer à tributação brasileira todas as rendas auferidas – não só, mas principalmente – pelas subsidiárias no exterior com investidoras domiciliadas no Brasil. De maneira simplificada, cobra-se no Brasil a diferença de imposto entre o pago a menor pela subsidiária no exterior e o que ela deveria pagar se estivesse domiciliada aqui no país.

Esse sistema de regras adotado pelo Brasil é reconhecido internacionalmente pela expressão *controlled foreign corporation* (CFC) ou, em tradução livre para o português, empresas estrangeiras controladas. Contudo, diferenças substanciais há entre o sistema brasileiro e o adotado em outros países, o que levanta várias críticas. Questiona-se se a TBU não é uma CFC em sentido estrito, por constituir na prática um modelo de tributação bem mais rigorosa do que as suas homólogas conhecidas internacionalmente, questão que será examinada nesta pesquisa.

Desde o surgimento da TBU no país em 1996, mudanças relevantes ocorreram, tanto internamente, como externamente. No plano interno, adveio o fim da subordinação das regras contábeis ao controle do fisco, por meio da reforma da Lei das Sociedades Anônimas (LSA), que aproximou os standards contábeis nacionais ao *International Financial Standard Board* (IFRS). No plano externo, mais recentemente, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) mobilizou-se em torno do projeto *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS), que resultou em ações (*actions*), propondo *standards* mínimos, melhores práticas e abordagens comuns a serem observados pelos países na luta contra a erosão das bases tributárias provocadas por planejamentos tributários abusivos. As regras CFC ganharam uma ação específica no BEPS. Assim, estas questões também serão abordadas no decorrer desta pesquisa.

A TBU brasileira envolve a tributação não apenas de sociedades controladas, mas também de coligadas e de filiais de empresas brasileiras. Após o julgamento em 2014 da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2588, a TBU brasileira foi reformada, adaptando-se ao

resultado desta ADI, que julgou inconstitucional a disponibilização do lucro na data do balanço para coligadas não situadas em paraíso fiscal. No caso da disponibilização do lucro de controladas na data do balanço em países de tributação não favorecida, não houve decisão com efeito *erga omnes*, e a questão segue, até a presente data, alvo de controvérsias.

Além da questão da disponibilidade do lucro no ano do balanço que o apurou, a TBU brasileira também é objeto de questionamento no que se refere à sua compatibilidade com os Tratados Internacionais de não bitributação assinados pelo Brasil com base na Convenção Modelo da OCDE. Suscita-se que a TBU desconsidera a personalidade jurídica da controlada estrangeira interferindo assim na esfera jurídica desta, protegida por limitações de competência tributária delineada nos tratados.

Assim, a questão-problema que o presente trabalho visa a responder, além de discorrer em geral sobre o tema TBU de controladas, é sobre o cabimento do critério de disponibilidade do lucro no ano-calendário do balanço para investimentos feitos em países de tributação não favorecida, tendo em vista a Constituição e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Não apenas pelo dissídio jurisprudencial ainda existente na presente data sobre essa questão, mas pelas considerações principiológicas necessárias nesse tipo de análise, e extensíveis a outras questões envolvendo a neutralidade tributária.

Vale ressaltar, o foco será para os casos de tributação envolvendo investimentos em países de tributação não favorecida. Isto porque em países onde a tributação é favorecida – cujo principal critério para essa classificação é tributar o lucro abaixo de 20% –, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu, na ADI 2588, que a apuração do lucro na data do balanço não fere o conceito constitucional de renda.

Pode-se dizer que o Brasil tributa o lucro empresarial, em regra, a 34%: 25% a título de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e 9% a título de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Trata-se de tributação relativamente elevada, sobretudo num mundo onde, na segunda década deste século, assiste-se a uma corrida declarada dos países para conceder vantagens fiscais e reduzir essas alíquotas. Assim, em um dos tópicos, abordaremos fragilidades da tributação brasileira pela falta de regras antielisivas específicas para lidar com os planejamentos tributários abusivos em operações internacionais com triangulações com a TBU.

No que diz respeito à Constituição, será examinada em especial a aplicação do regime

de competência,³ que impõe a disponibilização do lucro na data do balanço de sua apuração, para os investimentos situados em países sem tributação favorecida. No que diz respeito aos tratados, será examinada a sua compatibilidade com o art. 7º da Convenção-Modelo, bem como se a TBU brasileira é ou não uma regra CFC como as demais aplicadas na maioria dos países.

Sempre que a pesquisa se referir a planejamento tributário agressivo ou abusivo, tomará como base as noções extraídas das ações do projeto BEPS. Ainda que o Brasil tenha se comprometido apenas com os *standards* mínimos propostos por essas ações, entendemos tratar-se de sistematização válida para abordar globalmente o tema. Além disso, não se pode ignorar o fato de o Brasil mesmo ter protocolado, em 2017, o seu pedido de filiação à OCDE, o que, se futuramente deferido, impulsionará o país na adoção também das chamadas melhores práticas (*best practices*) e abordagem comum (*common approach*), conceitos nos quais se desdobram as ações do BEPS para o combate aos planejamentos abusivos.

A expressão “regras CFC”, nesta dissertação, será empregada tanto para designar o gênero, da qual a brasileira é espécie, como as demais regras estrangeiras. CFC em sentido estrito será usado para designar as demais regras estrangeiras. Por fim, a sigla TBU ora se referirá às regras que incluem as coligadas, ora como especificamente ao regime aplicável às controladas e filiais.

No primeiro capítulo, além de uma abordagem histórica do imposto de renda, serão feitas considerações importantes acerca dos sistemas territorial e em bases mundiais. Na abordagem histórica, começaremos descrevendo a evolução da legislação da TBU no Brasil, desde o período territorial até a Lei 12.973/2014. Em seguida, falaremos brevemente da evolução do Imposto de Renda (IR) nos Estados Unidos, de modo a demonstrar a relação destes fatos com a razão de ser da TBU brasileira.

Nas considerações sobre os sistemas territorial e em bases mundiais, apontaremos as noções equivocadas que esta classificação suscita. Explicaremos como funcionam os elementos de conexão em tributação internacional, o problema da bitributação, e concluiremos com a Ação 3 do BEPS, denominada “Desenhando regras CFC efetivas”, demonstrando como o raio-x das regras CFC promovida pela OCDE relaciona-se com os problemas levantados contra a TBU brasileira.

³ O regime de competência, também conhecido em inglês como método da acumulação (*accrual method* ou *basis*), costuma a ser definido em oposição ao regime de caixa. No caso da TBU de controladas, tributam-se os lucros mesmo que acumulados, isto é, não distribuídos.

No segundo capítulo, falaremos sobre a posição que o Brasil adotou em matéria de tributação nas últimas décadas. Esta posição é relevante para saber se não há um comportamento contraditório frente à adoção da TBU, bem como para integrar a análise da disposição de contratar do Brasil nos tratados internacionais, objeto desta pesquisa especialmente em razão do art. 7º.

No capítulo 3, abordaremos as principais controvérsias de natureza dogmática. A primeira delas, se a TBU desconsidera ou não a personalidade jurídica da controlada no exterior; a outra, se adota ou não um regime de transparência fiscal internacional. Além disso, analisaremos a jurisprudência no tocante a existência de um eventual conflito entre um conceito de renda existente na Constituição e a disponibilidade do lucro, para fins tributação, na data do balanço que o apurou, bem como a compatibilidade com os tratados internacionais. Aqui, atenção especial será dada para o fato de os tratados limitarem ou não a competência dos Estados-membros de tributarem seus próprios residentes, ainda que sob o fundamento de resultado obtido por meio de sociedades controladas.

Os capítulos 4 e 5 representam uma segunda parte do trabalho, em que buscamos analisar a questão da norma tributária internacional em face de outras disposições constitucionais que, a nosso ver, também a vinculam, entre elas a neutralidade fiscal, a livre concorrência e a previsão de intervenção na ordem econômica.

No capítulo 4, falaremos da evolução do papel clássico do Estado Liberal de não intervenção para o modelo atual, onde está prevista sobretudo para se garantir a livre concorrência. Em seguida, demonstraremos como tais questões se relacionam com a neutralidade fiscal internacional, bem como a importância crucial deste assunto quando no desenho de regras do tipo da CFC e TBU, em especial as noções econômicas de *capital import neutrality* (CIN) e *capital export neutrality* (CEN), pouco referenciadas na doutrina nacional.

No capítulo 5, o tema da TBU será analisado confrontando-se com a Análise Econômica do Direito, isto é, como esta abordagem do direito pode ser útil para auxiliar na compreensão dos verdadeiros problemas derivados desse tipo de norma, indo além do enfoque meramente dogmático e tradicional.

Por fim, a síntese procurará demonstrar quais as verdadeiras questões relevantes para este tema, por vezes ocultas ou mal esclarecidas nas críticas formuladas nos periódicos ou nos tribunais.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS

1.1 Nota introdutória

Neste capítulo, pretende-se abordar a origem e evolução da tributação em bases universais (TBU) no Brasil, seguida da origem e evolução da tributação nos Estados Unidos segundo o *worldwide income*. O objetivo é poder traçar as semelhanças entre ambos os sistemas de tributação de modo a reconstruir, de uma perspectiva histórica, as finalidades, razões e fundamentos jurídicos que justificaram a Brasil de ter adotado um modelo de tributação de rendas no exterior desta natureza.

A TBU é um sistema de tributação que busca tributar a diferença paga a menor de Imposto sobre a parcela do lucro empresarial de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior. Se estas empresas estrangeiras, sob o controle ou influência significativa de multinacionais sediadas no país, estiverem submetidas a uma tributação menor sobre o lucro em seus países – seja pelas alíquotas normais ou por algum benefício fiscal lá concedidos – a diferença será cobrada no Brasil, na parcela de seus lucros que tocar à brasileira investidora. A ideia central é de tributar mundialmente a totalidade das rendas, independente de onde elas são geradas.

Primeiramente, tem-se que, no tema TBU, a literatura especializada considera as sistemáticas americana e brasileira de tributação de rendas no exterior como da mesma espécie, isto é, como de projeção extraterritorial, em contraste com os países que adotam um modelo territorial, como o Brasil também adotava até 1995.

Os trabalhos acadêmicos examinados sobre o tema parecem correlacionar a TBU brasileira com as regras de *controlled foreign corporation* (CFC), sendo o modelo norte-americano o mais conhecido e citado, também conhecido por *Subpart F*. Regras deste mesmo gênero da estadunidense também são encontradas na quase totalidade das jurisdições dos países desenvolvidos, com a finalidade de combater condutas abusivas de multinacionais que se aproveitam das brechas nos sistemas de tributação internacional dos países onde têm domicílio fiscal as suas sedes (os seus *headquarters*). Uma revisão da literatura, contudo, mostrou parecer uma correlação mais estreita da TBU brasileira com a própria *worldwide*

income, em suas intenções originais em 1913, do que com as regras CFC propriamente ditas, estas, surgidas apenas em 1962.

Para tanto ainda, elegemos, discricionariamente, a emenda constitucional norte-americana nº 16, de 1913, como marco histórico de nascimento do imposto de renda moderno, isto é, de uma tributação que reuniu num mesmo tributo rendas ativas e passivas, orientado pela capacidade contributiva como princípio, representando um verdadeiro desafio para as administrações tributárias, ao exigir das jurisdições regras antielisivas como as regras CFC.

Estas comparações iniciais, de cunho histórico, mostraram-se úteis dentro de um trabalho de reconstrução do sentido e do verdadeiro fundamento jurídico desses modelos de tributação internacional, entre os quais o brasileiro, que é o objeto desta pesquisa.

Assim, este capítulo buscará trazer fatos relevantes na história da tributação mundial da renda de modo a contextualizá-los a *posteriori* com questões jurídicas suscitadas contra o modelo brasileiro de tributação universal de lucros.

1.2 A TBU no Brasil

1.2.1 O modelo adotado até 1995

Até 1995, o Brasil adotou o princípio da territorialidade no que diz respeito à tributação de rendas oriundas do exterior.⁴

Segundo Alberto Xavier, este princípio decorria do art. 268 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR) de 1980 – RIR/80 e do parágrafo único do art. 157 deste mesmo diploma. O art. 268 reproduz o art. 63 da Lei 4.506/64, que dispunha expressamente que o lucro proveniente de atividades exercidas “parte no país e parte no exterior” somente seria tributado “na parte produzida no país”, enquanto o art. 157, parágrafo único (Decreto-Lei nº 1.598/77, art.7º) dispunha que “a escrituração deverá abranger todas as operações do contribuinte, bem como os resultados apurados anualmente em suas atividades no território nacional.”.

⁴ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 434.

As primeiras leis sobre o imposto (nº 4.625/22 e nº 4.783/23), bem como o RIR/1924, adotaram o critério da territorialidade, definindo como tributáveis apenas os rendimentos produzidos no país.⁵ A expressão “atividades surgidas no país” surgiu com a Lei 4.984/1925 e a expressão “rendimento derivado de fontes nacionais” surgiu em 1926. Como se observará, as datas não se distanciam em muito do surgimento do *Federal Tax Income* no Estado Unidos, que, para entrar em vigor, foi necessária a aprovação prévia da emenda nº 16 à constituição norte-americana, a fim de se poder ampliar a base de rendimentos tributáveis do imposto federal.

Segundo ainda Xavier, a primeira tentativa de se expandir a competência tributária no Brasil teria sido em 1987, quando o Decreto-lei nº 2.397/87 pretendeu submeter as pessoas jurídicas ao “princípio da universalidade”,⁶ dispondo em seu art. 7º que “serão computados no lucro real das pessoas jurídicas de direito privado, domiciliadas no país, os resultados obtidos no exterior diretamente ou através de subsidiárias, filiais, agências ou representações”. O dispositivo previa ainda a concessão do crédito do imposto pago no exterior, desde que não reduzisse o total do imposto devido sem a inclusão do resultado obtido no exterior.

O dispositivo, contudo, foi expressamente revogado no ano seguinte pelo Decreto-lei nº 2.413/1988, que substituiu o art. 7º do diploma anterior pelo art. 8º, segundo o qual “serão computados no lucro real das pessoas jurídicas de direito privado, domiciliadas no país, os resultados obtidos no exterior, diretamente ou através de suas subsidiárias, filiais, sucursais, agências ou representações”. Dois meses depois, a primeira tentativa mais próxima da atual TBU foi revogada pelo Decreto-lei nº 2.329/1988. E seis anos depois, no RIR/94, a territorialidade foi confirmada.

Estes movimentos de idas e vindas na legislação ao longo do tempo demonstram a reticência política do país em tratar do tema da tributação internacional da renda, sobretudo envolvendo o lucro das empresas brasileiras.

⁵ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 434.

⁶ *Ibidem*. p. 435.

1.2.2 A mudança de bases introduzida pela TBU em 1996

Segundo Xavier, a Lei 9.249/1995 inovou a antiga tradição brasileira de tributar com base na territorialidade no que tange ao Imposto de Renda das pessoas jurídicas (IRPJ), ao adotar o princípio da universalidade, ao dispor no *caput* do art. 25 que “os lucros, rendimentos, e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondentes”.⁷

Esta ampliação da base de cálculo do IRPJ⁸ a princípio não atingiu a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída cerca de sete anos antes pela Lei 7.689/1988, que se manteve *a priori* territorial, tendo tido a sua base de cálculo estendida apenas em 1999, com o advento da Medida Provisória (MP) 1.838-7/1999.⁹

A primeira inovação polêmica envolvendo à nova sistemática que ampliou o lucro tributável das empresas deu-se com a Instrução Normativa (IN) da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF) nº 38/1996, que postergou a ocorrência do fato gerador dos tributos, ao deslocar a tributação dos lucros para o momento da dividendos,¹⁰ por meio de uma figura desconhecida pela Ciência Contábil cunhada como “lucro disponibilizado”.

⁷ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 436.

⁸ A Lei 9.249/1995 não estabeleceu, *a priori*, que esta ampliação se daria por meio da equivalência patrimonial, mas previu essa possibilidade por meio de uma ressalva, quando disse: “Art. 25. (...) § 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.”. O tratamento previsto na legislação vigente era a não tributação. Contudo, a ressalva, de maneira um tanto confusa, remetia aos 3 parágrafos que tratavam da tributação dos lucros oriundos do exterior.

⁹ XAVIER, *op. cit.*, p. 437.

¹⁰ IN/SRF/38/1996, 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.

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, considera-se:

I creditado o lucro, **quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível** da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior;

II pago o lucro, quando ocorrer:

- a) o crédito do valor em conta bancária em favor da matriz, controladora ou coligada, domiciliada 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;
- d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

Ao efetuar esta inovação, a IN/SRF nº 38/1996 acabou por quase transformar a TBU novamente sistema territorial, pois, em termos práticos, passou-se a permitir um diferimento por tempo indeterminado na tributação. Isto em razão de ter introduzido a noção de “disponibilidade do lucro” como critério para tributação dos lucros oriundos do exterior, como que se em regra estes lucros não fossem disponíveis praticamente da mesma forma como os nacionais.¹¹

A inovação promovida pela instrução normativa mencionada acabou por ser ratificada pela Lei 9.532/1996, que adotou redação semelhante. A alteração em lei ordinária, contudo, ainda sim não foi suficiente para evitar contradições internas no sistema em razão da adoção da TBU, que acabou por levar a uma nova alteração, desta vez no Código Tributário Nacional (CTN).

O art. 43 do CTN, que define o Fato Gerador do Imposto de Renda, foi emendado pela Lei Complementar (LC) 104/2001 de modo a incluir o § 1º, por meio do qual foi estendida a incidência do imposto qualquer denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. No § 2º, foi conferida à lei ordinária competência para regular as condições e o momento em que se daria a disponibilidade da receita ou do rendimento auferido no exterior.¹²

Após a alteração do CTN (10/01/2001), foi editada a MP 2.158-34 (27/07/2001), que reinstituíu a tributação das empresas controladoras nacionais em bases mundiais por regime de competência, ao estabelecer que os lucros auferidos por coligadas ou controladas seria considerado disponibilizado na data de apuração do balanço.

O disposto no art. 74 MP 2.158-34/2001 foi reeditado na MP 2.158/2001 e, em seguida, foi regulado pela IN/SRF 213/2002. Esta, basicamente, reafirmou o método da equivalência patrimonial (MEP) como a técnica utilizada para apuração da parcela do lucro das investidoras brasileiras na tributação de seus resultados no exterior.¹³

¹¹ Segundo relatório do Tesouro Americano, um sistema de bases mundiais de apuração pode ser transformado em territorial por meio da concessão de um *tax deferral*, como faz os Estados Unidos. ESTADOS UNIDOS. DEPARTMENT OF TREASURY. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, D.C., 2000. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>> Acesso em: 21 mar. 2017.

¹² CTN, Art. 43: (...) § 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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

¹³ IN/SRF/213/2002, 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.

Vale ressaltar que, contabilmente, a variação do patrimônio líquido de empresas Investidas, fossem no país ou no exterior, sempre integrou o lucro de uma sociedade brasileira, por determinação da Lei das Sociedades Anônimas (LSA). Assim, não foi necessário criar nenhum método excepcional de consolidação de lucros ou de tributação automática para se alcançar esse resultado, mas, ao contrário, usar apenas a própria contabilidade e os balanços gerados na controladora – base para a decisão de investimentos e pagamentos de dividendos – no sentido de ampliar o lucro tributável, abrangendo mais uma parte do lucro societário. A única inovação – esta mais recente – foi a criação de subcontas no balanço para discriminar quais valores eram exatamente imputáveis a quais empresas investidas, por questões de controle, excluindo, ainda, eventuais parcelas agregadas que não se referiam ao lucro.

Outros pontos introduzidos com a sistemática de tributação então implantada a partir de 1996 foi a consolidação vertical dos lucros ou prejuízos do grupo multinacional nas controladas ou coligadas diretas estrangeiras (art. 1º, § 6º), desde que a proibição de compensação de prejuízos apurados nestas com o resultado da investidora no Brasil. (art. 4º, *caput*). Por fim, as investidas (coligada ou controlada) bem como as filias deveriam apurar seus resultados com base nas regras contábeis dos seus países domicílio (§ 1º, art. 4º). Os demais investimentos em sociedades não avaliadas pelo MEP eram apurados pelo custo de aquisição, não se inserindo no art. 74 da MP. 2158-35/2001.

Este modelo sofreu alterações com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2588/2001 em 2013, quando foi declarada a inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* da tributação por equivalência patrimonial de coligadas em países de tributação não favorecida e constitucional a tributação por esse sistema de controladas em países de tributação favorecida, como se verá oportunamente no item 3.2.1.

1.2.3 A reforma das regras de TBU com a Lei 12.973/2014

Após a decisão do Superior Tribunal Federal (STF) na ADI nº 2588¹⁴ em 2013, no mesmo ano foi editada a MP 627/2013, que trouxe substanciais alterações na sistemática de TBU. Em resumo, tentou-se adaptar o modelo à decisão do STF, corrigir distorções e fechar algumas brechas legais.

A principal distorção corrigida existente na Lei 9.249/1995 foi a exclusão expressa das parcelas na variação do investimento pelo patrimônio líquido que não diziam respeito ao lucro. A lei não era clara nesse sentido, pois fazia uma ressalva (“Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente”) dentro da qual estabelecia outra ressalva (sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º, ou seja, permitia o uso do MEP para apurar os lucros no exterior).

A IN/213/2002 determinou o uso do MEP para apuração do resultado no exterior no seu art. 7º, mas não fez expressa menção à exclusão de parcelas da equivalência patrimonial que não diziam respeito ao lucro. Assim, ao menos em tese, oscilações provocadas no patrimônio líquido das controladas/coligadas em razão de reavaliações contábeis de itens patrimoniais (e.g., reavaliações de bens do ativo permanente ou, algo mais ou menos equivalente nas novas regras contábeis, o teste de *impairment*), que tradicionalmente não integravam a base de cálculo do imposto de renda, poderiam nela influir. A redação da Lei 12.973/2014 trouxe clareza em relação a esse aspecto.

Igualmente, a Lei 12.973/2014 preferiu dar o mesmo tratamento às variações cambiais que, embora integrantes do lucro líquido pelas regras tributárias vigentes até 31.12.2007, passaram a ser excluídas da base de cálculo do IRPJ e da CSLL na apuração pela TBU por força do disposto no *caput* do art. 77. A redação original na MP 627 não previa esta exclusão.

¹⁴ Decisão acerca da constitucionalidade da tributação do resultado de coligadas e controladas pela TBU, de 10 de abril de 2013, relatoria Min. Ellen Grace. A decisão do Tribunal na questão foi deduzida a partir da interseção do espectro dos votos dos ministros. O resultado foi a declaração de inconstitucionalidade da tributação automática (regime de competência) da parcela do lucro de coligadas em países de tributação dita normal e a constitucionalidade desta mesma sistemática para controladas em paraísos fiscais. As outras duas situações possíveis (coligadas em paraísos fiscais e controladas em países de tributação normal) seguiram sem definição pela ADIN. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão de decisão acerca da constitucionalidade da tributação do resultado de coligadas e controladas pela TBU*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588. Relator: Ministra Ellen Grace. 10 de abril de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

Com ela, a apuração do resultado por TBU ficou mais parecida com as novas regras contábeis, que não contabilizam variações cambiais no resultado, mas em conta específica do patrimônio líquido.¹⁵ Ainda, ficou mais conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que já havia proferido decisões no sentido de excluir a variação cambial por ajuste de competência da base de cálculo do Imposto de Renda (IR), mantendo-a apenas nos casos de liquidação das obrigações financeiras.¹⁶ O fundamento residia na questão da indisponibilidade da renda antes da liquidação de tais valores.

Em que pese a clareza do raciocínio da jurisprudência acerca do tema variações cambiais, há considerações contrárias a serem feitas. Primeiramente, a variação cambial positiva registrada por competência – a que preferimos chamar de mera oscilação – não era de reconhecimento obrigatório no resultado pelas regras contábeis antigas. Quando negativas, registrava-se, sim, obrigatoriamente, por razões contábeis de prudência, mas eram depois anuladas nos ajustes no livro fiscal do lucro real. Quando positivas, a LSA determinava como regra ainda o custo de aquisição, porém fazia a seguinte ressalva na antiga redação do art. 183: “será admitido o aumento do custo de aquisição, **até o limite do valor do mercado**, para registro de correção monetária, **variação cambial** ou juros acrescidos.”. Ou seja, tratava-se de uma faculdade, podendo ser exercida ou não pela empresa.

Ocorre que, se exercida essa faculdade, o lucro contábil, base para a distribuição de dividendos isentos, também aumentaria, implicando, por coerência, a necessidade de sua tributação prévia pelo lucro real. Assim, melhor seria se as oscilações cambiais positivas registradas no resultado não tivessem sido excluídas do lucro real na Lei 12.973/2014, pois se tratava de opção feita pelo contribuinte que impactava, ao final, no cálculo dos dividendos isentos a serem distribuídos. De qualquer forma, ainda que muitas empresas interpretassem tal dispositivo como uma ordem¹⁷ e não uma faculdade, mesmo assim a tributação se justificaria, do contrário resultaria numa distribuição de dividendos isentos não previamente tributada pelo

¹⁵ IUDÍCIBUS; Sérgio et al. *Manual de contabilidade societária*: aplicável a todas as sociedades de acordo com as normas internacionais e do CPC. São Paulo: Atlas, 2010. p. 204.

¹⁶ Vide REsp. 320455/RJ. Relatoria do Ministro Garcia Vieira, DJ 20/08/2001 p. 393: Tributário imposto de renda variações cambiais consideradas como renda antes do pagamento da obrigação momento da disponibilidade econômica incidência do tributo. O Imposto de Renda só incide sobre os ganhos decorrentes de variações cambiais quando realizado o pagamento das obrigações financeiras relativas àquelas variações, porque é a partir daí que serão incluídos na receita e na apuração do lucro real obtido. Recurso improvido.

¹⁷ A MP 2.158-35, em seu art. 30, determinou como regra a tributação das variações cambiais apenas na data da liquidação do direito ou da obrigação em moeda estrangeira. Alternativamente, a Pessoa Jurídica pode tributar por regime de competência as oscilações cambiais, ficando obrigada a esta opção por todo o ano-calendário, salvo se houver forte oscilação da taxa de câmbio.

lucro real.

Em todo o caso, a inovação introduzida pela Lei 12.973/2014 no tocante às variações cambiais, em termos práticos, não chega a promover a distribuição de dividendos não tributados em sede de TBU. Isto porque são considerados não realizados, pela LSA, os lucros por equivalência patrimonial de empresas controladas e, portanto, tendem a não integrar a base de distribuição de dividendos isentos no Brasil (obviamente, se se tratar de grandes SA de capital aberto). E a variação cambial por competência referente a esses lucros seguirão o mesmo tratamento contábil destes.

De qualquer forma, a introdução desta regra nova poderá interferir, por aplicação analógica, na tributação das variações cambiais nos demais casos que não envolvem TBU. Casos poderá haver onde empresas reconhecerão a oscilação cambial por regime de competência para depois excluí-la da apuração do lucro real e da base da CSLL nos livros fiscais. O lucro líquido inflado por essas receitas pode em tese aumentar a base de distribuição de dividendos isentos para os sócios, salvo se tal possibilidade for expressamente bloqueada pela Receita Federal do Brasil (RFB) via interpretações normativas.

Outra inovação promovida pela Lei 12.973/2014 deu-se no sentido de acolher a decisão do STF na ADI 2588 julgada em 2013, de modo a excluir a apuração por regime de competência o imposto a ser cobrado referente ao lucro das coligadas sediadas em jurisdições não fiscalmente privilegiadas.

Assim, como regra, a tributação do lucro empresarial auferido por meio de coligadas não será mais vinculada à ocorrência das respectivas receitas por regime de competência, mas diferida, aproximando-se do momento da distribuição de dividendos.

Vale lembrar, dividendos distribuídos intragrupo econômicos, onde os investimentos são avaliados pela equivalência patrimonial, não transitam pelo lucro da empresa investidora. Em vez disso, são deduzidos do próprio valor do investimento por não serem tecnicamente lucros, mas redução do valor do investimento.¹⁸

É interessante observar, o precedente da Suprema Corte americana motivador da Emenda Constitucional (EC) 16, que abriu caminho para a tributação das rendas passivas no IR, exatamente tratou sobre a relação estreita das rendas passivas com o patrimônio-fonte de onde elas derivam. Ou seja, é como se a inovação promovida pela lei tributária não tivesse, na prática, interferido na maneira de como o mercado enxerga as rendas passivas, isto é, como

¹⁸Art. 388 do RIR/99; Instrução CVM nº 1/1978, item XXI; Pronunciamento CPC nº 18 (R1), item 2, que conceitua método de equivalência patrimonial; DL 1.598/1977, art. 22.

ainda um mero pedaço (ou frutos) do próprio patrimônio.

Assim, os dividendos distribuídos intragrupos econômicos (i.e., das coligadas e controladas para suas investidoras) não são tributados pelo lucro real. Não havendo determinação legal expressa no sentido de se readicionar tais valores à base de cálculo do IR e da CSLL, vale a regra geral de não incidência.

Esta questão pode ser entendida ainda em termos mais simples, isto é, não contábeis: os dividendos recebidos por uma controladora ou investidora-coligada não são tributados no Brasil porque a parcela dos lucros empresariais de onde derivam já foi tributada **antes**, isto é, na própria investida, pois esta já se encontra domiciliada no próprio país. Quando, por outro lado, encontrar-se fora do país, tal raciocínio já não se aplicará, dando lugar à TBU.

No caso de a empresa investidora não possuir o *status* de coligada ou controladora, os dividendos recebidos transitarão pelo resultado, afetando o lucro. Neste caso, há regra específica excluindo tais valores das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.¹⁹ A dúvida surge se o art. 10 da Lei 9.249/1995 também isenta das pessoas jurídicas que recebem dividendos de fonte no exterior na qualidade de investidoras não qualificadas (nem controladora, nem coligada).

Entendemos que tal dispositivo legal não isenta esta classe de dividendos, por não serem regulados pela TBU (regra mais específica, por tratar apenas das situações de coligação e controle) e por a regra imediatamente mais geral aplicável ser a da tributação no Brasil de dividendos oriundos de fontes no exterior (deduzida do art. 25 da Lei 9.249/1995, combinado com o art. 5º da Lei 4.862/65).

Algumas situações podem considerar os lucros auferidos no exterior por controladas ou filiais disponibilizados antes mesmo de serem provisionados no balanço. As hipóteses legais seriam quando a coligada empresta recursos em valores equivalentes a reservas de lucros não distribuídos como dividendos, ou quando do adiantamento de recursos, 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, previstos no § 1º do art. 81 da Lei 12.973/2014. A *ratio* nestes casos é de que a ocorrência de algumas operações, previstas em lei, caracterizam como injustificada a não distribuição dos dividendos, viabilizando assim a ocorrência do fato gerador por ficção, ou a assim chamada “disponibilidade do lucro”.

¹⁹Art. 10º da Lei 9.249/1995: os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no país ou no exterior.

As coligadas sediadas em jurisdições com tributação favorecida prosseguiram, na Lei 12.973/2014 em seu art. 81, consideradas sujeitas à apuração por regime de competência.

No art. 86, foi concedido o direito à dedução de valores pagos a título preço de transferência pela controladora no Brasil. Este dispositivo já se encontrava previsto na MP 627, e segue observação feita da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) na Ação 3 do *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS) acerca dos problemas resultantes da bitributação, quando se combinam estas regras antielisivas.²⁰

A compensação de prejuízos fiscais no exterior também sofreu alterações. No estatuto anterior, a consolidação dos resultados do grupo econômico no exterior se dava nas controladas diretas. O resultado consolidado destas é que era adicionado ao lucro real da controladora no Brasil, não havendo a possibilidade compensação horizontal de prejuízos entre as mesmas.

No novo estatuto da TBU, a compensação de prejuízos só pode ter lugar com os lucros futuros da própria controlada direta ou indireta, sendo facultada, contudo, a compensação horizontal de prejuízos até 2022 (art. 78), observadas algumas restrições. Após esta data, não será mais possível compensação de prejuízos entre controladas no exterior.

A nova sistemática de compensação de prejuízos trouxe avanços, mas também fragilidades. Fechou a abertura para *treaty shopping* existente no modelo anterior, quando se possibilitava que todas as controladas indiretas pudessem ser colocadas sob controle de uma controlada direta sediada em país com o qual o Brasil tenha tratado com cláusula de não tributar a investidora no país em relação a esses resultados.²¹

Assim, este benefício fiscal só pode ser aproveitado apenas naquela controlada em relação a seus próprios resultados obtidos no país de domicílio com tratado, sendo excluídos os resultados oriundos de demais investidas em terceiros países.

Pertinente é a observação de Sérgio André Rocha²² a respeito:

²⁰ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Designing effective controlled foreign company rules*. Action 3. 2015. Final Reports, OECD/G20. Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 68.

²¹ O artigo 23 (5) dos tratados com as Repúblicas Tcheca e Eslovaca dispõem da seguinte forma: “5. Os lucros não distribuídos de uma sociedade de um Estado Contratante, cujo capital pertencer ou for controlado total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não serão tributáveis nesse último Estado.”

²² ROCHA, Sérgio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior* (Lei 12.973/2014). São Paulo: Dialética, 2014. p. 94.

(...) a Receita Federal já vinha questionando a aplicação do tratado internacional nos casos em que o lucro havia sido gerado em controlada indireta da empresa brasileira, ao argumento de que a convenção celebrada com o país de localização da controlada direta somente seria aplicável aos lucros gerados nessa jurisdição. Na medida em que a nova sistemática implica a tributação dos lucros das controladas diretas e indiretas, de forma individualizada, o tratado passível de ser aplicado será sempre aquele celebrado com o país onde se encontra localizada a empresa que gerou o lucro. Dessa forma, não será possível, em nenhum caso, pretender bloquear a aplicação do artigo 77 da Lei 12.973 mediante interposição de holding, localizada em país que tiver celebrado tratado internacional com o Brasil, entre a controladora brasileira e a controlada indireta geradora do lucro, situada em país que não tenha tratado com o Brasil. Por outro lado, nos casos em que o país onde localizada a controlada indireta tiver celebrado convenção internacional com o Brasil esta será aplicada para afastar a tributação dos lucros ali gerados.

Uma fragilidade nova à apuração de prejuízos, contudo, foi a falta de limites na compensação vertical. Sem um limite, ao menos ao valor contábil do investimento, os prejuízos, às vezes artificiais, podem abater os lucros de todas as demais controladas no exterior somados pela compensação horizontal até 2022. Ainda que haja limitações ao benefício da consolidação horizontal, como, e.g., que a controlada deficitária esteja situada obrigatoriamente em país com o qual o Brasil possua acordo de troca de informações, a dificuldade poderá ainda ser agravada se as regras contábeis do país de origem permitirem deduções para apuração do lucro estranhas à noção de despesa necessária.

Outra aparente lacuna da MP 627, esta, em desfavor dos contribuintes, foi a não previsão expressa de compensação do imposto pago pela controlada em seu país a título de ajuste CFC nas controladas que ela também possua em terceiros países, p. ex., em jurisdições de tributação favorecida (controladas indiretas da *holding* brasileira).

Acaso o imposto total pago ultrapasse o tanto que seria devido no Brasil, pela soma dos débitos próprios com os do ajuste CFC, a diferença não poderá a princípio ser compensada; e, ainda, uma cobrança em *bis in idem* na controladora no país poderá ocorrer com fundamento nos resultados apurados nessas suas controladas indiretas, por agora serem diretamente relacionadas com o lucro da matriz no Brasil. Este fenômeno foi observado pela OCDE em regimes CFC de alguns países, tendo recomendado a adoção de regras expressas

prevendo a exclusão desse tipo de bitributação internacional.²³

A MP 627 foi no ano seguinte convertida na Lei 12.973/2014, que fez alterações consideráveis no texto redigido pelo poder executivo, concedendo benefícios fiscais de um lado e excluindo mecanismos antielisivos importantes de outro.

Entre os benefícios fiscais, devem ser destacados: o diferimento do pagamento do resultado da TBU em oito anos, na proporção da distribuição dos dividendos na razão mínima de 12,5% do lucro apurado (art. 90); A consolidação horizontal dos prejuízos estendida até 2022 (art. 78); a concessão de crédito presumido de 9% sobre o resultado da TBU para as atividades de fabricação de bebidas, produtos alimentícios e construção de edifícios e de obras de infraestrutura. A restrição deste benefício de crédito ficto a tais setores acabou por ser revista e estendida à indústria em geral pela alteração introduzida pela Lei 13.043/2014.

A regra antielisiva específica mais importante excluída na conversão em lei da MP 627 foi a então prevista na Seção II Das Pessoas Físicas, em que os dividendos oriundos de fonte no exterior poderiam ser considerados disponibilizados no Brasil acaso pessoa física contribuinte no País detivesse participações societárias em jurisdição de tributação favorecida com poder de controle. Outra situação que autorizaria a presunção de distribuição dos dividendos seria se no país onde estivesse a empresa investida não fosse possível enxergar a composição do quadro de sócios no registro de empresas (comum em países que admitem registro das chamadas empresas *offshore* ou *trading companies*, por trabalharem em regra com ações ao portador em vez de nominativas).

Sem essa norma antielisiva, o Brasil continua se situando entre os poucos países no mundo sem regras específicas antiabuso contra *holdings* pessoais criadas no exterior por seus residentes. Assim, um contribuinte pessoa física no Brasil pode em tese diferir indefinidamente o único caso de tributação dos dividendos do gênero previsto na legislação brasileira por meio da criação de uma *holding* pessoal no exterior e, ainda, informar tal

²³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*. Action 3. 2015 Final Reports, OECD/G20. Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 66. No original, “7.2.2 Issues with respect to relief for CFC taxation in multiple jurisdictions 126. Additional issues may arise when the income and profits arising in a CFC are taxed under the CFC rules operating in more than one jurisdiction, and this scenario may become more common in the future. If, for example, a subsidiary is treated as a CFC under the rules operating in multiple jurisdictions, then the subsidiary’s income could potentially be taxed by the CFC jurisdiction and by any other jurisdiction that considers the subsidiary to be a CFC. Again an indirect foreign tax credit could be applied in this situation but in order to provide such a credit countries may need to change their double taxation relief provisions in order for CFC tax paid in an intermediate country to qualify as a foreign tax eligible for relief. There should also be a hierarchy of rules to determine which countries should have priority, and this hierarchy could prioritise the CFC rules of the jurisdiction whose resident shareholder is closer to the CFC in the chain of ownership”.

situação na sua declaração de IR, sem que a RFB nada possa fazer. Basta que essa *holding* esteja, p.ex., situada no próprio país que distribuiu os dividendos ou em outro com tratado de não bitributação com o Brasil.

A regra antielisiva específica contra o abuso no diferimento do imposto a ser pago sobre dividendos (única situação em que o Brasil explicitamente tributa dividendos) não foi, contudo, convertida em lei, mantendo uma brecha para planejamentos abusivos pouco comum no mundo desenvolvido.

1.2.4 Brechas envolvendo a TBU e a tributação de dividendos nas pessoas físicas

Abordar o problema da tributação de pessoas físicas envolvendo TBU justifica-se no contexto deste tema em razão de combinações que podem ser feitas em planejamentos tributários, a serem agravadas se for reconhecida no futuro como incabível a tributação das controladas por regime de competência na data do balanço.

Começaremos falando sobre as atuais brechas legais existentes em caráter geral sobre o tema, para depois abordar em caráter específico da tributação de controladas.

Há, em tese, formas de planejamentos tributários passíveis de elidir a tributação das pessoas físicas no Brasil em relação a dividendos auferidos no exterior, se a participação societária for relevante (a partir de 20% ou 25% do capital da empresa estrangeira investida).

Diz-se em tese, porque se trata de problemas da legislação brasileira que, em termos práticos, ficam à mercê de regras de bloqueio na legislação dos demais países ou de dispositivos em tratados.

Portanto, não se propõe, com este tópico, fazer afirmações categóricas de ordem prática acerca de planejamentos tributários possíveis, mas apenas teorizar, com fins acadêmicos, os problemas da regra brasileira.

O Brasil possui uma legislação incomum de tributação de dividendos, pois isenta os de fonte nacional, mas tributa os de origem estrangeira. Esta ambiguidade – ou, diríamos, uma espécie de “hibridismo interno” – abre uma brecha capaz de permitir erodir a tributação de dividendos oriundos do exterior em um largo espectro de situações.

Para tanto, uma ideia simples pode ser lançada mão: evitar a tributação de dividendos vindos do exterior interpondo uma *holding* patrimonial baseada no próprio país, a fim de

aproveitar os créditos incondicionados de imposto pago no exterior por TBU, ao mesmo tempo afastando (ou muito reduzindo) a tributação na distribuição de dividendos no país de origem. Ao serem distribuídos no Brasil pela *holding* patrimonial aos seus reais acionistas, haverá isenção, escapando-se, assim, também da tributação brasileira sobre dividendos estrangeiros.

Imaginemos uma situação hipotética onde há tratado de não-bitributação entre o Brasil e o país da fonte dos dividendos, situação comum e onde em regra o resultado do planejamento tributário será até mais modesto.

A apuração dos dividendos será, em tese, zero ou próximo disso. Isto porque (i) quase não haverá retenção na fonte no exterior na distribuição de dividendos entre-empresas do mesmo grupo econômico, (ii) quase não haverá diferença a pagar no país por TBU – principalmente se o país da fonte tributar os lucros em patamar semelhante ao do Brasil –, e (iii) nada será cobrado na distribuição dos dividendos da *holding* patrimonial aos sócios, em razão da isenção concedida a dividendos recebidos de fontes nacionais. De forma contrária, esses dividendos – de origem estrangeira – seriam tributados no Brasil a 27,5% na pessoa física do sócio.

A cobrança apenas da diferença, seja nas relações internacionais de coligação ou de controle, justifica-se por razões anti-elisivas ou de *capital export neutrality* (CEN), como será mais bem demonstrado no decorrer deste trabalho monográfico. Já a tributação de rendas passivas como dividendos, auferidas no exterior por pessoas físicas, justifica-se em especial pela capacidade contributiva, razão pela qual a tributação tende, de uma maneira geral, a ser maior do que nas pessoas jurídicas por TBU.

Assim, se a tributação do lucro empresarial no exterior for, p.ex., de 34%²⁴ como no Brasil, não será cobrado nada a título de diferença por TBU. O imposto pago no exterior sobre o lucro empresarial em nada poderia ser aproveitado para reduzir tributação de dividendos na pessoa física no Brasil. Mas pode muito bem ser usado para compensar com a tributação por TBU de uma empresa interposta que, após isso, distribuirá dividendos isentos.

Se, por um lado, a tributação sobre dividendos no exterior dá crédito à empresa brasileira na apuração da TBU, somando-se ao pago sobre o lucro empresarial, por outro, o inverso já não ocorre: a tributação sobre o lucro empresarial não dá crédito para a pessoa

²⁴ Estes percentuais exemplificados se referem sempre a alíquotas efetivas, e não às teóricas. Se a alíquota teórica for de 34%, mas no país de origem houver um benefício fiscal que reduza a base de cálculo, a alíquota efetiva deve ser apurada para se testar ao final se de fato o planejamento tributário é vantajoso.

física na tributação de dividendos.

Logo, se o país de fonte exercer o seu direito de tributar em até 5% esses dividendos (limite concedido pelo art. 10 da Convenção Modelo da OCDE para participações societárias de pelo menos 25%), esse valor poderá ser usado também como crédito e será o máximo sobre dividendos a serem tributados no final, com outra vantagem: a alíquota efetiva no exterior, a partir de onde se torna vantajoso tal planejamento tributário, cai de 34% do lucro empresarial para 30% aproximadamente.²⁵

Se o país de fonte do investimento não tributar a distribuição de dividendos entre-empresas em até 5% – hipótese não incomum para grupos econômicos –, nenhum pagamento de imposto sobre dividendos ocorrerá, especialmente quando a tributação sobre o lucro empresarial for igual ou maior do que a brasileira, isto é, 34%. Será o planejamento tributário perfeito, base para uma infinidade de outros cujas condições que se aproximem destas, resultando em benefícios iguais ou proporcionalmente menores.

Em todos esses casos, presume-se que o investimento brasileiro feito no país estrangeiro é em atividades produtivas, e não apenas em rendas passivas. Além disso, é necessário que o país de origem não possua um teste eficaz para reconhecer o beneficiário final dos dividendos, isto é, se uma verdadeira empresa investidora ou uma pessoa jurídica de fato transparente – como é o caso da *holding* patrimonial brasileira. É aqui que a brecha da legislação brasileira fica à mercê dos controles das legislações estrangeiras.

Se a participação do acionista brasileiro na empresa investida estrangeira for de controle em vez de coligação, pouco mudará, especialmente se o país de localização do investimento tributar o lucro empresarial no mesmo ou em maior patamar que o Brasil.

Se o país de localização do investimento tributar em patamar menor, haverá diferença de imposto a ser apurada por regime de competência em TBU, isto é, antecipando-se a tributação do momento da distribuição de dividendos para a data do balanço, por se tratar de controle e não de coligação. Como haverá antecipação de imposto a pagar nessa modalidade, isso contribuirá para conter o número de situações em que este planejamento tributário se mostrará vantajoso.

Acaso o STF estenda futuramente a inconstitucionalidade da tributação da TBU na data do balanço, em países de tributação normal, também para os casos de controle,

²⁵ A alíquota sobre dividendos recai sobre um lucro líquido do pagamento do imposto sobre o lucro empresarial, do contrário o valor exato seria 29%, pois somado a 5% daria os 34%. Ou seja, é necessário fazer a conta inversa.

contribuirá indiretamente para aumentar as brechas na tributação dos dividendos auferidos no exterior por pessoas físicas.

No caso de controle, pode-se dizer ainda que a situação foi agravada com a não conversão em lei do dispositivo previsto nos art. 89 e 90 da MP 627. O veto do Legislativo a esses dispositivos da MP permitiu a permanência de uma lacuna no sistema do IR capaz de admitir também um diferimento por prazo indeterminado do imposto a ser pago sobre dividendos no Brasil pela pessoa física nas situações de controle.

Acaso fosse convertido em lei tal dispositivo, ao menos nos casos mais frequentes em que este planejamento tende a ocorrer – nas hipóteses prescritas envolvendo empresa investida em paraíso fiscal ou em regime fiscal privilegiado, bem como quando não possuísse os documentos de constituição da pessoa jurídica no exterior –, o dividendo seria considerado disponibilizado na data do balanço de apuração do respectivo lucro. Mas nem mesmo nestes casos há regra atualmente para coibir tais abusos.

Se a RFB tentar reclassificar planejamentos tributários como estes, o resultado ao final será problemático, seja pelo lado da tese da simulação, seja pelo lado de construções jurisprudenciais em cima de teorias de abuso de direito ou fraude à lei, pois *holdings* podem ter substância econômica e outros propósitos. Isto porque o ônus da prova será do fisco num caso possivelmente difícil, em razão da ausência de regras legais que poderiam reequilibrar uma questão como essa.

Mesmo considerando haver algum grau de esgarçamento das franjas da regra de incidência tributária na sua aplicação no caso concreto por razões de textura, há sempre limites semânticos, especialmente no direito tributário, que só podem ser transpostos por alteração do direito positivo, e não apenas por obra do raciocínio do intérprete, sob pena de se incorrer em arbitrariedades.

Assim, a tributação no Brasil de pessoas físicas em situações de coligação ou de controle por dividendos auferidos no exterior – espécie importante de rendimentos para a maioria dos países da OCDE – encontra-se hoje fragilizada diante das falhas existentes na legislação da TBU, que expõe a apuração do IR, nestes casos, a planejamentos tributários

abusivos difíceis de serem provados como tais.²⁶

Acaso a tributação por regime de competência de controladas venha a ser julgada também improcedente pelo STF – assim como o foi para as coligadas em países de tributação normal – novas possibilidades combinativas surgirão em termos de planejamentos tributários abusivos.

Feitas estas devidas observações, a Lei 12.973/2014 veio reafirmar a posição do Brasil de tributar a parcela do lucro empresarial das controladoras no Brasil referente ao lucro apurado em suas controladas no exterior por regime de competência, em vez de se tributar apenas no momento da distribuição ou do anúncio de dividendos. Esta posição ainda suscita conflitos por parte da doutrina e dos contribuintes, o que se pretende examinar ao longo desta pesquisa.

1.3 Sinopse histórica da tributação nos Estados Unidos com base no *worldwide income*

1.3.1 A origem da tributação de rendas ativas e passivas no Imposto de Renda

A possibilidade de tributação em bases mundiais aparece nos Estados Unidos²⁷ – e possivelmente pela primeira vez no mundo moderno – com a Emenda nº 16 à constituição americana, aprovada em 1909 e ratificada em 1913, que enunciou: “*The Congress Shall have*

²⁶ A regra antielisão proposta no art. 89 da MP 627 para taxar os dividendos no exterior de pessoas físicas na data do balanço já nascia falha, pois tinha como critério de aplicação o fato de o investimento estar no exterior. Interpondo-se, também aqui, uma *holding* patrimonial no Brasil, driblava-se facilmente este critério, dificultando inclusive a percepção desse planejamento tributário pela fiscalização de pessoas físicas da Receita Federal – pouco habilitada em geral para investigar empresas. Mesmo quando a tributação do lucro empresarial no país de origem fosse substancialmente menor (eg., 20%), e a situação impusesse a aplicação da regra antielisiva prevista no art. 89 da MP 627, a interposição da *holding* patrimonial no Brasil evitaria a tributação de 27,5% sobre os dividendos na pessoa física para tributar apenas a diferença por TBU, isto é, 34% - 20% = 14%, ou seja, uma redução pela metade no imposto a pagar. Uma solução para esse problema poderia ser a criação de uma regra de dividendo ficto (*deemed dividend*) a fim de tributar a parcela de dividendos derivada dos lucros auferidos pela controladora brasileira por meio de suas controladas no exterior. E se a pessoa física no Brasil fosse de fato o controlador indireto da controlada no exterior, por meio de uma *holding* patrimonial, aí sim, a regra do dividendo ficto estipularia um critério para a disponibilidade do dividendo na data do balanço – semelhantemente ao proposto pelo art. 89 da MP 627.

²⁷ ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, 2000. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017. p. 1.022.

power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration".²⁸

Esse marco histórico foi, contudo, precedido de alguns eventos igualmente importantes. A guerra de secessão trouxe novos desafios em termos de financiamento e exigiram a criação de uma nova fonte de arrecadação tributária. Em 1861, surgiu o primeiro imposto de renda americano, instituído provisoriamente, tendo durado até 1872, mas a sua concepção não desapareceu. Em 1894, o Congresso instituiu uma nova tributação sobre rendimentos acima de U\$ 4.000 da ordem de 2% anuais. A reinstituição de um imposto sobre rendimentos foi declarada inconstitucional por 5 a 4 na suprema corte, embora tenha sido declarada constitucional para o contexto da guerra civil.²⁹

Ressalta-se que a expressão *from whatever source derived* foi necessária em razão do *case law* julgado pela Suprema Corte americana intitulado *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* (1895). Neste julgamento, a corte entendeu que impostos sobre juros, dividendos e aluguéis na Lei do IR de 1894 tinham um profundo efeito sobre os ativos subjacentes e que, por tal razão, deveriam ser considerados "impostos diretos", em oposição à tributação de salários, vista como tributação indireta. Sendo um imposto direto, deveria ser repartido entre os estados com base na população, nos termos da constituição americana. Ou seja, uma questão de natureza financeira.

Observa-se que a relevância quanto à necessidade de afirmação de rendimentos "de quaisquer fontes" e bem como a distinção entre rendimentos ativos e passivos já aparecem na origem do IR moderno. Em 1918, a novo *Revenue Act* concedeu, pela primeira vez no mundo, um crédito unilateral pelos impostos pagos sobre as rendas obtidas no exterior, a fim de só se tributar a diferença nos Estados Unidos.³⁰ O novo IR já nascia, portanto, alcançando fontes localizadas em qualquer lugar do mundo – ou seja, *worldwide*, concedendo um crédito sobre o imposto já pago no exterior –, em vez de simplesmente isentar as rendas no exterior.

Outra observação relevante diz respeito à importância que o assim chamado "critério de fonte" teve nos Estados Unidos nas primeiras décadas do séc. 20, a ponto de se poder

²⁸ UNITED STATES Sixteenth Amendment to the U.S. Constitution: Federal Income Tax (1913). Online. Disponível em: <<https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=57>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

²⁹ Ibidem.

³⁰ GRAETZ, Michael J.; O'HEAR, Michael M. The "original intent" of U.S. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017. p. 1.022.

afirmar que este é o critério inicialmente adotado naquele país,³¹ a despeito das oposições feitas à época, em favor de uma tributação baseada na residência e na capacidade contributiva.

Ou seja, os debates entre uma tributação com critério de fonte ou de residência já apareciam de maneira muito clara no início da tributação moderna da renda nos Estados Unidos e, ainda, prosseguiram nas décadas seguintes de modo a ensejar criação de regras antielisivas, sobretudo mediante a distinção entre rendas passivas e ativas,³² como no caso das regras CFC.

Efetivamente, a distinção entre rendas passivas e ativas só faz sentido se a tributação adotada permitir de alguma forma o diferimento do imposto sobre as rendas obtidas no exterior. *A priori*, o modelo em bases mundiais não o permite, salvo se, *a posteriori*, esse benefício fiscal for concedido, ou na forma de uma norma específica, ou, simplesmente, por meio de um exercício limitado da competência tributária. Esta segunda modalidade é a que mais se aproxima para explicar o modelo americano, como se pretende demonstrar melhor no decorrer deste trabalho monográfico.

Permitindo-se um diferimento, ou da própria tributação (como no modelo americano) ou do pagamento do imposto (como preferiu fazer a Lei 12.973/2014, de modo a conceder igual benefício, porém limitado no tempo pela própria lei), nasce a necessidade de se segregar as rendas ativas das passivas. Isto porque o benefício fiscal do diferimento, como concedido originalmente nos Estados Unidos, e se observou nas fontes pesquisadas, tinha como finalidade o estímulo à competitividade das multinacionais de base central norte-americana. A possibilidade de estas reinvestirem o lucro em suas próprias atividades, sem precisarem arcar com tributação adicional na sede de suas controladoras, apenas suportando a tributação normal existente no país-fonte, tratando-a como custo do negócio, é visto ainda hoje como uma necessidade naquele país, sobretudo quando se concorre no exterior.³³

A esse respeito, merece destaque a afirmação de Graetz e O’Hear, em artigo que

³¹ GRAETZ, Michael J.; O’HEAR, Michael M. The “original intent” of U.S. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017. p. 1.069. “*The U.S. Committee rejected carving out a particular type of tax (here, the super tax) for exclusive citizenship or residence-based jurisdiction, preferring to rely on a foreign tax credit as a means of collecting residual residence-based taxation. The Committee regarded source-based taxation as primary, and it focused most of its efforts on incremental improvements to source rules*”.

³² A distinção entre rendas passivas e ativas com efeitos na tributação vai aparecer pela primeira vez no IR brasileiro com a Lei 12.973/2014. Contudo, o uso dessa distinção é feita apenas como critério para limitar compensação de prejuízos e benefícios fiscais de diferimento do imposto concedidos na lei.

³³ Esta necessidade, nas últimas décadas ao menos, já vem sendo contestada pelo Departamento do Tesouro americano.

responde as críticas surgidas internamente nos Estados Unidos contra esse modelo de tributação adotado nas origens:

Indo além, precisamos ser claros sobre diferenciar o bebê da água de seu banho. Seria ingênuo negar o sucesso do regime existente [*tax deferral*]. O sistema [americano] de tributação de rendas internacionais, colocado em prática há 7 décadas atrás, tem testemunhado, e mesmo facilitado, uma massiva expansão nos fluxos internacionais de capital. O atual clamor por mudanças [sobretudo vindas do departamento do tesouro] faz este momento propício para olhar para trás e ver o que os criadores deste notavelmente estável e bem sucedido sistema de tributação teve em mente. Surpreendentemente, isto nunca foi feito antes.³⁴

Ou seja, o modelo de tributação da renda nos Estados Unidos, adotado nas origens, é visto como proposital no sentido de favorecer uma maior internacionalização do capital americano ou de, pelo menos, não o obstar.

Sem embargo, a possibilidade de se reinvestir os lucros no próprio negócio enquanto ele não atinge seu ponto de maturação (leia-se, relativa estabilidade no volume de operações), tributando-se apenas a renda consumida pelos sócios, é uma potente forma de incentivo à expansão mercantil. É neste contexto que se insere a política do diferimento da tributação do lucro das controladas nos Estados Unidos.

Aqui, merece destaque a passagem a seguir do relatório do Departamento do Tesouro norte-americano intitulado “O diferimento da renda auferida por meio de empresas estrangeiras, controladas nos Estados Unidos”. Como o próprio título já sugere, as rendas obtidas por meio de corporações estrangeiras podem ser diferidas, isto é, postergadas para fins de tributação, o que, *a priori*, já permite inferir tratar-se de uma condição expressamente permitida por políticas de tributação³⁵, e não uma consequência fatal decorrente de questões jurídicas:

³⁴ GRAETZ, Michael J.; O’HEAR, Michael M. The “original intent” of U.S.. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], 1997. p. 1026. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol146/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

³⁵ Em sentido oposto: VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. Influence of tax differentials on international competitiveness. *Kluwer Law International*, [s. l.], p. 20, 1990. Para Vogel, o termo diferimento, para o modelo de tributação americano, seria enviesado, pois implicaria um juízo de valor que deveria ser aberto à discussão.

O diferimento atingido operando-se no exterior uma empresa subsidiária pode neutralizar o efeito da tributação mundial. Assim ocorre quando se permite contribuintes escolherem operar no exterior através de um certo tipo de empresa adiarem a tributação na residência de seus rendimentos auferidos no estrangeiro. Nestes casos, **o diferimento faz da tributação mundial o mesmo que um sistema de isenção. Mais do que disso, em algumas circunstâncias, o *tax deferral* pode efetivamente tornar o que é nomeadamente um sistema *worldwide income* num sistema territorial.** Se o imposto de renda é postergado por período suficiente de tempo, o retorno do investimento do contribuinte sobre o acumulado de impostos diferidos será maior que o próprio total de impostos. As demonstrações contábeis refletem esse resultado ao não contabilizarem o imposto diferido de controladas estrangeiras sobre seus lucros, que se espera serem permanentemente reinvestidos no exterior. Em ambos os casos, o rendimento estrangeiro não é taxado até ser repatriado. Porém, sob um sistema mundial, os rendimentos estrangeiros podem ser auferidos numa controlada estrangeira para obter o benefício do *tax deferral*.³⁶

Como se observa, em algumas circunstâncias – como é justamente o caso da situação norte-americana –, o benefício fiscal do *tax deferral* pode transformar um modelo de tributação mundial num territorial, a despeito de como a lei de cada país autodenomine seu próprio sistema. Assim, quando se trata de tributação num país de rendas auferidas no exterior, o mais adequado para conhecê-la e entender como de fato este exerce a sua competência tributária, em vez de tomá-la pelas classificações convencionais entre os modelos territorial ou mundial.

Como se observa no relatório do Tesouro Americano, a expectativa de se reinvestir no exterior, bem como o controle de uma corporação estrangeira como meio, são as condições para que se justifique a concessão do benefício fiscal do diferimento. Rendas passivas, ao menos numa determinada proporção, já não justificariam o benefício, pois não lidam, por definição, com a concorrência empresarial para se manterem. Isto ensejou, nas décadas seguintes, o surgimento de regras limitadoras desse benefício, quando se tratasse dessa espécie de rendimentos.

A esse respeito, afirmava o então assessor do Tesouro norte-americano Thomas Adams – que, nos primórdios, teria defendido um modelo de tributação da renda com critério de fonte em detrimento de um com base no critério de residência: “negócios competem com negócios e não donos competem com donos”,³⁷ numa alusão de que os tributos deveriam ser vistos e tratados a princípio como custos do próprio negócio. Essa afirmação seria uma resposta aos

³⁶ ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, 2000. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

³⁷ GRAETZ, Michael J.; O’HEAR, Michael M. The “original intent” of U.S.. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], p. 1.037, 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

opositores na época, quando já se defendia um modelo de tributação mais baseado na *ability to pay* (capacidade contributiva) por meio do critério de residência – como adotam hoje a maioria dos países integrantes da OCDE e mesmo o próprio Estados Unidos, este, apenas a partir da década de 1970.

A posição inicialmente assumida pelos Estados Unidos, liderada pelo assessor do Tesouro americano Thomas Adams, era fortemente combatida pelo Prof. Edwin Seligman, da Universidade de Columbia, para quem imposto sobre a renda era algo para ser tratado em termos de capacidade contributiva e de progressividade. Para Seligman, aceitar a modelo de Thomas Adams, que propunha uma supressão, ainda que parcial desses princípios, em nome de uma velha teoria do maior benefício – de raiz utilitarista, acrescentamos –, seria, em suas palavras, reabrir a “caixa de pandora da confusão”.³⁸

Sem embargo, um modelo de tributação baseado em critério de residência tem potencial para uma maior realização da capacidade contributiva, na medida que apenas o país de residência pode fazer considerações de caráter pessoal e aplicar uma maior progressividade na tributação de renda – tributando, p.ex., dividendos nas pessoas físicas numa tabela progressiva – do que um modelo fortemente baseado no critério de fonte, como era o norte-americano nas origens, de visão mais econômica e mesmo praticista da tributação.

Contudo, apenas na década de 1970 é que o Tesouro Americano mudará a sua orientação e passará a defender a adoção, pelos Estados Unidos, de um modelo baseado no critério de residência, sob uma afirmação de que “rendas são atributos de pessoas, e não de lugares”.³⁹ É a partir desse período também que a minuta de tratado para evitar a bitributação adotado pelos Estados Unidos sofrerá adaptações, tornando-se mais parecido com o da OCDE, passando a adotar o princípio de residência como norteador de suas cláusulas.

³⁸ GRAETZ, Michael J.; O’HEAR, Michael M. The “original intent” of U.S.. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], p. 1.037, 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

³⁹ *Ibidem*. p. 1.034.

1.3.2 Um histórico das medidas antidiferimento adotadas

A *Revenue Act* de 1913, ao mesmo tempo que atribuiu personalidade jurídica para as *corporations* na cobrança do *corporate tax*, também estabeleceu a regra por meio da qual estas poderiam ser desconsideradas: em casos de serem pessoas jurídicas criadas ou organizadas, formadas ou fraudulentamente aproveitadas com a finalidade de impedir a tributação segundo a progressividade da tributação dos dividendos nas pessoas físicas.⁴⁰ Nos casos em que isto se verificava, a pessoa física era instada a incluir em sua declaração de renda os lucros não distribuídos referentes à sua participação, de modo a sobre esses fazer incidir a progressividade do imposto.

Observa-se que essa era uma realidade americana rara hoje no Brasil: a tributação de dividendos na pessoa física (hoje prevista apenas para rendimentos oriundos do exterior). Como consequência, buscavam os contribuintes americanos evitar a distribuição de dividendos como forma de postergar indefinidamente a tributação adicional conforme a tabela progressiva, tributando apenas a renda a ser consumida. Esta situação não se verifica em nosso modelo, dado que o Brasil, como regra, não tributa dividendos.

Assim, pode-se dizer que o IR moderno americano já nasce com uma regra antidiferimento a ser aplicada em caso de abusos da personalidade jurídica voltados a frustrar a progressividade do imposto. Esta regra antielisiva específica, no entanto, não será ainda suficiente naquele país, dando lugar a outras.

O *Revenue Act* de 1921 já modificou este dispositivo, substituindo-o por um adicional no imposto de renda da pessoa jurídica sobre os lucros não distribuídos a seus sócios.

Em 1934, o novo *Revenue Act* introduziu dispositivos para enfrentar o diferimento provocado pelas *personal holding companies*, isto é, as *holdings* pessoais criadas no exterior para diferir o pagamento do imposto sobre os dividendos. Embora o problema das *holdings* pessoais não fosse novo, a regra antielisiva de 1921 mostrou-se ineficaz, dado que os acionistas tinham êxito em demonstrar alguma necessidade de manterem lucros na empresa sem serem distribuídos. Para enfrentar esse problema, foi editada a nova regra em 1934, definindo como *personal holding* a empresa que auferisse 80% de sua receita bruta no ano

⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, D.C., 2000. p. 105. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

fiscal derivada de algumas espécies de rendimentos passivos, e quando o controle dela se encontrasse nas mãos de até cinco pessoas físicas.

Estas foram medidas antielisivas tomadas no âmbito da tributação de rendas auferidas internamente. Nada teria sido feito até então, contudo, para inibir o diferimento da tributação de rendas passivas quando as suas fontes eram transferidas para *personal holding companies* no exterior. Assim, era comum esse tipo de artifício a fim de poder gozar do benefício fiscal do diferimento conferido às corporações estrangeiras pela legislação americana. Agindo desta forma, conseguia-se ainda evitar o adicional criado para as pessoas jurídicas domiciliadas no território americano.

Em 1937, surge a versão para empresas estrangeiras das *personal holdings*. Duas eram as condições que caracterizavam uma empresa como pessoal estrangeira: mais de 50% de suas ações possuídas por não mais do que cinco pessoas físicas cidadãs americanas ou residentes nos Estados Unidos e, pelo menos, 60% da sua receita bruta derivada de alguns rendimentos passivos especificados. Ou seja, muito semelhante à regra antielisiva para a tributação interna, com um percentual ainda um pouco mais rigoroso no critério da participação societária. Caracterizada a *foreign personal holding*, os seus sócios eram instados a tributarem as suas respectivas parcelas não distribuídas dos lucros.

Mas ainda havia espaço para elisão fiscal utilizando empresas estrangeiras. Em 1962, é editada a conhecida *Subpart F* do regulamento do IR americano. Esta regra ampliará também as situações como as do tipo dividendo ficto (*dividend deemed*), a ser tributado pelas pessoas físicas com investimento em fundos estrangeiros ou outras companhias.

A reforma sugerida pela administração Kennedy nos Estados Unidos não foi incorporada na íntegra à *Subpart F* pelo congresso americano. Por exemplo, estudos do governo demonstravam à época que o benefício fiscal do *tax deferral* não contribuía para as exportações americanas, quando as empresas controladas estavam situadas em países já desenvolvidos. Além disso, não contribuía para geração de empregos nos EUA.⁴¹ Já empresas controladas em países da América Latina, por outro lado, mantinham uma forte correlação com o aumento de exportações americanas. Assim, a proposta do governo Kennedy era, na pior das hipóteses, limitar ainda mais esse benefício fiscal, mantendo-o se fosse o caso apenas para aquelas situações onde havia alguma evidência de contribuição para

⁴¹ ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, D.C., 2000. p. 118. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

a geração de empregos e divisas em território americano.

A administração Kennedy também reafirmou os conceitos de fundo econômico relacionados a questão: quando a tributação entre dois países diferia, apenas dois tipos de neutralidade eram possíveis de serem seguidas: uma, relativa à exportação do capital (CEN); ou outra, voltada à importação de *capital import neutrality* (CIN). Seguindo-se uma política de CEN, p. ex., o rendimento estrangeiro de uma empresa americana deveria ser tributado ao final da mesma forma que se esse rendimento fosse auferido em território americano. Assim, eliminava-se o viés tributário na decisão do investidor entre investir dentro ou fora dos Estados Unidos. Não se decidiria mais assim investir no exterior apenas pela questão de uma tributação menor.

A outra opção seria seguir uma política de CIN, onde o rendimento auferido no exterior só seria tributado naquele país, de modo a não o tornar menos competitivo do que as demais empresas lá sediadas, sujeitas a uma tributação menor.

Reconhecia-se, já naquela época, que apenas uma das duas neutralidades poderia ser adotada, não se podendo adotar ambas, por contraditórias. A administração Kennedy afirmava sua opção pela CEN, isto é, tributar todos os investimentos ultramarinos de bases americanas, em razão de entender que esta estaria mais alinhada com uma proposta política de igualdade e de neutralidade tributária na decisão dos investimentos, deixando estas opções serem reguladas apenas pelo livre mercado.⁴²

Contudo, a posição do congresso americano foi mais conservadora (ou mais arrojada), mantendo a possibilidade de diferimento do IR auferido em corporações estrangeiras controladas, restringindo o benefício do *tax deferral* para investimentos feitos em paraísos fiscais ou para rendas passivas. Os motivos alegados pelos parlamentares americanos foram os mais variados possíveis.

O mais destacado deles foi a questão da competitividade das multinacionais americanas. Cobrando-se a diferença do imposto nos Estados Unidos das controladas estrangeiras, desestimular-se-ia a expansão de multinacionais americanas, questão vista como estratégica para a conquista de mercados e a manutenção de empregos no próprio país.

Além desse, argumentou-se a inconstitucionalidade da tributação com base em dividendos fictos (*dividend deemed*), muito embora essa modalidade de tributação já fosse

⁴² ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, D.C, 2000. p. 119. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

admitida no caso das *personal holdings*, tanto nas nacionais, quanto nas estrangeiras. Também a complexidade desse modelo de tributação e potenciais consequências não pretendidas, como conflitos de interesses entre os sócios americanos e os sócios estrangeiros das controladas. Por fim, alegou-se inclusive entre os parlamentares americanos que essa modalidade de tributação feriria os tratados assinados pelos Estados Unidos contra bitributação.⁴³

Como se observa, taxar os investimentos estrangeiros à mesma alíquota efetiva que os em território nacional marca uma opção política pela CEN. Esta é exatamente a opção feita pela TBU brasileira, o que será novamente abordado em capítulos posteriores.

Das duas propostas feitas pela Administração Kennedy – eliminar o *tax deferral* para investimentos feitos em países desenvolvidos e em paraísos fiscais – apenas a segunda foi aprovada, mantendo-se o benefício fiscal para as rendas ativas auferidas no exterior, não importando se localizadas em países desenvolvidos ou não.⁴⁴ Mas o Tesouro Americano manteve a posição de ampliar os casos da *Subpart F* até tempos mais recentes,⁴⁵ de modo a buscar instituir um modelo de tributação de rendimentos no exterior, ao final, não muito diferente da TBU brasileira, no que tange a abrangência das receitas a serem tributadas.

1.3.3 A proposta do Tesouro Americano de implantar o *full inclusion* nos Estados Unidos

Full inclusion é a expressão comumente usada em inglês para o modelo de tributação internacional que inclui todas as receitas auferidas por multinacionais no exterior na base de cálculo do imposto sobre o lucro apurado em sua sede, e não apenas aquelas identificadas como um possível abuso do benefício fiscal do diferimento, como as rendas passivas e os lucros obtidos em paraíso fiscal. Na prática, significa o fim do *tax deferral* ou da isenção, se o

⁴³ ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, D.C., 2000. p. 122-123. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

⁴⁴ Depois de 1962, outras alterações foram feitas nas regras CFC americanas, ampliando-se suas hipóteses de aplicação. Mas basicamente a *Subpart F* prossegue sem tributar a totalidade dos lucros no exterior.

⁴⁵ Na página da internet do Tesouro Americano de *Press Releases* são encontradas declarações oficiais do órgão no sentido de que as regras CFC americanas ainda são problemáticas, o que tem levado a frequentes revisões de seus alcances. TESTIMONY of assistant secretary for tax policy Mark Mazur before The U.S. Senate Homeland Security and Government Affairs Permanent Subcommittee on investigations on the shifting of profits offshore by U.S. multinational corporations. Online. Atualizado 21 maio 2013. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl1951.aspx>>. Acesso em> 14 set. 2017.

sistema do país em questão for o territorial. Esta proposta aparece em relatório publicado pelo Tesouro Americano no ano 2000.⁴⁶

Como a resistência do congresso americano sobre o tema é grande, sob a principal alegação de prejuízo à competitividade das multinacionais americanas, o Tesouro Americano tem tido êxito nas últimas décadas em apenas ampliar as situações previstas para aplicação das regras CFC.

Para o fim do benefício fiscal do *tax deferral*, três seriam os métodos propostos pelo tesouro americano na nova sistemática que substituiriam as regras CFC: o *full inclusion method* (expressão esta usada em sentido mais estrito, como um dos métodos do *full inclusion*); o *branch method* e o *domestic corporation method*.

No *full inclusion method*, todo o lucro líquido da corporação estrangeira seria incluído na base de cálculo do IR dos sócios nos Estados Unidos, a título de dividendo ficto, o que atingiria enorme simplificação da *Subpart F*. Contudo, a principal diferença deste método para os demais seria o de reconhecer a personalidade jurídica da corporação estrangeira, ao mesmo tempo que a desconsidera para fins de tributação. Essa contradição é vista como um possível óbice do ponto de vista jurídico nos Estados Unidos.

O segundo método é chamado de método da filial (*branch method*). Neste, a corporação é tratada como uma entidade transparente ou uma filial da controladora americana. Este método, contudo, poderia exigir uma renegociação dos tratados americanos contra bitributação, segundo o relatório.

O terceiro método seria o da corporação doméstica, que trataria a corporação estrangeira como americana para todos os fins previstos no Regulamento do Imposto de Renda (RIP) americano. Assim, a própria empresa seria tributada nos Estados Unidos, em vez de ser necessário lançar mão do dividendo ficto e revogar completamente a *Subpart F*.

Assim, neste item, pretendemos demonstrar como os Estados Unidos tencionam acabar com as regras CFC previstas na conhecida *Subpart F* e adotar um modelo de tributação não muito diferente do brasileiro em termos de abrangência da tributação sobre as rendas auferidas no exterior pelas suas multinacionais.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, D.C., 2000. p. 88. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

1.4 Considerações acerca dos sistemas territoriais e extraterritoriais

1.4.1 A territorialidade como um sistema que tributa rendas também no exterior

Inicialmente, quando se investiga sobre tributação de controladas no exterior, a primeira classificação a ser suscitada é se o país em questão adota ou chamado sistema territorial (territorialidade), ou o mundial (ou em bases universais, mundiais ou *worldwide income*).

A ideia de territorialidade, p.ex., remete ao conceito de soberania em razão de origens históricas, que remontam à Idade Média nas relações entre soberano e súdito.⁴⁷ Esta ideia, contudo, quando transposta para a compreensão das sistemáticas de tributação mundial das rendas, podem dar uma noção equivocada ao intérprete.

No Direito Tributário, quando se fala de territorialidade, normalmente se evoca a condição de um princípio jurídico. A esse respeito, p. ex., Ricardo Lobo Torres fala do princípio da territorialidade como típico de direito tributário internacional, porém com ênfase em impostos de circulação. Informa ainda que “no imposto de renda, inclusive no Brasil, o princípio da territorialidade vai sendo substituído pelo da universalidade, quanto à extensão de incidência (princípio da renda mundial – *worldwide income*)”.⁴⁸

Sobre a substituição a que se refere Ricardo Lobo Torres, Alberto Xavier informa que “o Brasil adotava tradicionalmente, em matéria de imposto de renda **das pessoas jurídicas**, o princípio da territorialidade, pelo qual apenas ficavam sujeitos a tributo os rendimentos produzidos no âmbito do seu território”.⁴⁹

Xavier faz menção específica às pessoas jurídicas porque, efetivamente, as pessoas físicas no Brasil já tributavam a renda auferida fora do território nacional antes. Mais precisamente, esta mudança teria ocorrido com o advento da Lei 7.713/1988. Em seu art. 8º, passou a prever a incidência do IR quando a pessoa física recebesse rendimentos de fontes

⁴⁷ SAMPAIO JR., Tércio Arruda. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 179.

⁴⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 100.

⁴⁹ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 434.

situadas no exterior.⁵⁰

Antes de 1988, já havia, contudo, previsão legal para a tributação dos rendimentos de pessoas físicas auferidos no exterior. Dispõe o art. 5º da Lei 4.862/65, ainda em vigor, que as pessoas físicas, residentes ou domiciliadas no território nacional, que declarem rendimentos provenientes de fontes situadas no estrangeiro, podem deduzir do IR, desde que haja reciprocidade de tratamento em relação aos rendimentos produzidos no Brasil. As pessoas jurídicas passaram a tributar rendimentos de fontes estrangeiras no país apenas a partir de 1996, portanto, anos depois das pessoas físicas.

Esta defasagem na evolução legislativa da tributação entre pessoas físicas e jurídicas colocam em cheque, efetivamente, o *status* da territorialidade como um princípio jurídico a informar o critério geográfico do fato gerador IR como um todo. Basicamente, porque o art. 43 do CTN não faz distinções entre pessoas físicas ou jurídicas quando descreve a hipótese de incidência do imposto. Assim, o que vale para um, deveria valer para ambos, por não haver distinção expressa em relação à tributação de rendimentos internacionais.

A rigor, a territorialidade parece tratar-se mais de uma nomenclatura adotada pelos países para identificar seus sistemas de tributação de suas multinacionais (sistema mundial ou do crédito pelo imposto pago fora do país; sistema territorial ou da isenção das rendas auferidas no exterior) do que propriamente de um conceito ou princípio jurídico. No máximo, um ponto de partida da neutralidade na importação de capitais após o qual, porém, segue em sentido oposto, isto é, faz concessões ao modelo em bases mundiais.

Por exemplo, países optantes do chamado sistema territorial também tributam dividendos auferidos por seus residentes, pessoas físicas, no exterior,⁵¹ em que pese isentarem, em regra, o lucro empresarial ou os dividendos de suas multinacionais auferidos por meio de empresas controladas estrangeiras.⁵²

Ou seja, no período em que o Brasil era qualificado pela doutrina como de “sistema territorial” e, não obstante isto, tributava dividendos auferidos no exterior por suas pessoas

⁵⁰ Art. 8º da Lei 7.713/1998: “Art. 8º Fica sujeito ao pagamento do imposto de renda, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta lei, a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos e ganhos de capital que não tenham sido tributados na fonte, no País”.

⁵¹ Como países que adotam o sistema territorial, vide: PRICE WATER HOUSE COOPERS. *Evolution of Territorial Tax Systems in the OECD* (2013). Disponível em: <http://www.techceocouncil.org/clientuploads/reports/Report%20on%20Territorial%20Tax%20Systems_20130402b.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2017. De quatro países de sistema territorial examinados da lista (Reino Unido, Austrália, Espanha, Portugal e Estônia), constatamos que todos tributavam dividendos auferidos no exterior por suas pessoas físicas residentes.

⁵² *Ibidem*. p. 6.

físicas (antes de 1996), tal fato não revelava nada de contraditório, mas sim um fenômeno corrente no mundo atual.

Além da tributação das rendas auferidas por pessoas físicas no exterior, os países que adotam o sistema territorial também tributam suas multinacionais por meio de regras CFC, embora a título excepcional, com critérios que variam de país a país.⁵³

De uma maneira geral, pelas regras CFC tributam-se rendas passivas – sob a lógica de que esta espécie de rendimento é facilmente deslocalizada para fora do país (portanto, finalidade antielisiva) – e rendas ativas situadas em países de tributação muito baixa da renda, a fim de inibir que a diferença de tributos venha a se tornar a verdadeira razão de se investir no exterior (finalidade de CEN).

A depender da abrangência sobre receitas no exterior que a CFC de uma determinada jurisdição de sistema territorial possa ter, esta regra poderá, ao final, tributar efetivamente mais do que a de um país como os Estados Unidos, de *worldwide income* porém com *tax deferral*.

O relatório do tesouro americano acerca de regras CFC afirma não existir substancial diferença entre um sistema de tributação mundial como o americano, que concede *tax deferral*, e os de países territoriais. Desta forma, afirma que esta classificação seria de fato borrada (*blurred*). Em termos práticos, um diferimento por prazo indeterminado pouco se diferencia de uma isenção, sobretudo quando se tem em vista investimentos feitos em nível mundial.

Alberto Xavier confirma, em crítica à concepção clássica, a perda da relevância da territorialidade como princípio jurídico:

A invocação do princípio da territorialidade já não constitui, pois, critério suficiente para a imputação de um dado fato tributário a um determinado território: tornam-se indispensáveis critérios suplementares que determinem, para cada tipo de situação, de modo positivo, a conexão relevante e que, quanto às realidades imateriais ou incorpóreas, definam a sua localização ou “sede”.

Ou seja, chama a atenção o autor para a necessidade de critérios suplementares, também chamados “elementos de conexão”, o que será abordado no tópico a seguir.

Por fim, a classificação entre sistemas mundial e territorial é também criticada por Klaus Vogel, para quem a ambiguidade envolvendo o tema tem pouca valia na construção

⁵³ Acerca de como variam esses critérios, esclarecedora é a obra de MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das controladas e coligadas no exterior*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

dogmática do Direito Tributário Internacional. Assim, afirma o autor que os princípios de fonte e de residência são mais consistentes e devem ser priorizados na compreensão da tributação internacional.⁵⁴ Ou seja, necessário se faz entender como funcionam os elementos de conexão em tributação internacional.

1.4.2 Elementos de conexão em tributação internacional

Entender a função desempenhada pelos elementos de conexão na tributação internacional parece ser, portanto, mais importante, do ponto de vista de uma compreensão mais clara, do que simplesmente identificar se um dado sistema é classificado como territorial ou mundial.

Segundo Alberto Xavier, elemento de conexão é o “elemento da previsão normativa que, determinando a localização de uma situação da vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação”.⁵⁵ No direito tributário internacional, os dois principais seriam o elemento de fonte e o de residência, sendo o primeiro comumente associado à territorialidade e o segundo, à extraterritorialidade, embora tal associação nem sempre seja perfeita.⁵⁶

Quando alguém auferir uma renda ultrapassando fronteiras, faz-se necessário constatar, no caso concreto, a existência ou não do elemento de conexão eleito pela legislação tributária internacional que torne factível a tributação, isto é, passível de ser aplicada por haver jurisdição suficiente para tal.

Por exemplo, uma pessoa física estrangeira que venha ao Brasil prestar um serviço, mas é paga também por uma fonte também estrangeira, não pagará IR no país, pela falta de ambos elementos de conexão (fonte e residência) no caso concreto, mesmo que o seu país de origem de deixe de tributá-lo em razão de acordo de não tributação com o Brasil. A situação já

⁵⁴ VOGEL, Klaus apud XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 22.

⁵⁵ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 213.

⁵⁶ Por exemplo, os Estados Unidos adotam a extraterritorialidade, mas o *tax deferral* neutraliza, *a posteriori*, o efeito do elemento de residência para as multinacionais. A rigor, o elemento de conexão permanece sendo o de residência, mas não é incomum encontrar referências descrevendo o sistema americano para as multinacionais como de “princípio de fonte”.

mudaria se este estrangeiro residisse no país por mais de 183 dias, ou se decidisse mudar-se para o Brasil (art. 19 do RIR/99) ou se recebesse seus pagamentos de uma fonte brasileira. Presente um desses elementos de conexão, a tributação da renda teria lugar.⁵⁷

A força do elemento de conexão e da territorialidade da lei tributária é examinada por Segundo Luciano Amaro, quando diz:

O problema da territorialidade das leis, em especial no que respeita aos tributos nacionais, envolve a questão da eficácia das normas, vale dizer, se a União editasse lei para valer fora do território nacional, por exemplo, obrigando cidadãos brasileiros domiciliados no exterior, a lei seria válida (se não ferisse nenhum preceito de hierarquia superior), mas sua eficácia seria comprometida pela reduzida possibilidade de efetiva aplicação, que supõe coercibilidade (possibilidade de execução forçada), em caso de descumprimento. **Dependendo do elemento de conexão com o território nacional escolhido pela lei, pode-se cobrar tributo em razão de um fato ocorrido no exterior (se, por exemplo, o contribuinte estiver domiciliado no País) ou cobrá-lo em razão de um fato ocorrido no País, ainda que a pessoa (que a lei brasileira elege como contribuinte) esteja no exterior (por meio, por exemplo, de retenção na fonte).** Nessas hipóteses, porém, não há aplicação extraterritorial da lei brasileira; aplica-se a lei pátria no território nacional, dado o elemento de conexão escolhido em cada hipótese (domicílio do contribuinte, no primeiro caso; local da produção do fato, no segundo). Justamente porque a legislação dos vários países costuma combinar esses critérios de conexão, surge o problema da dupla tributação internacional, que tem sido eliminado ou reduzido nos termos de tratados internacionais; outro modo de solução utilizado e o da edição de leis internas que asseguram a compensação de tributos pagos a países estrangeiros, vinculada a demonstração de que a legislação do outro país da igualdade de tratamento em situações análogas (cláusula legal de reciprocidade).⁵⁸

Ou seja, mesmo os sistemas mundiais não fogem ao problema clássico de territorialidade das leis, em razão do limite de suas jurisdições. De forma inversa, um sistema territorial pode adotar elementos de conexão que atraia a competência tributárias sobre rendas auferidas *de facto* no exterior.

No caso do exame da tributação do lucro auferido por meio de controladas no exterior, mais preciso ainda seria, portanto, saber se o país adota ou não em sua legislação o elemento de conexão da residência da controladora (que, a priori, o identificaria com o *worldwide income*) ou apenas o critério de fonte (o assim chamado sistema territorial). Como já dito, esta classificação é mais pertinente para a tributação de multinacionais. Se adota o sistema territorial, a parcela do lucro derivado do resultado das controladas no exterior não pode *a priori* ser tributada no país, pois as fontes de onde as rendas são auferidas são estrangeiras,

⁵⁷ Além da fonte e da residência, outro elemento de conexão, mais fraco mas por vezes presente em algumas legislações, é o *locus rei sitae* ou lugar da situação da coisa, comum na tributação do lucro imobiliário em alguns países. No caso da TBU, não tem maior interesse.

⁵⁸ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 221.

perdendo-se o elemento de conexão que atrairia a tributação.

1.4.3 A tributação mundial como um sistema cuja legislação não se aplica extraterritorialmente

Outra noção equivocada acerca de quando se fala em termos genéricos do sistema brasileiro de bases universais seria de que se trata de uma legislação aplicável extraterritorialmente. A rigor, a TBU não se trata de um regramento com pretensões de alcançar pessoas para além do território brasileiro sem que haja um elemento de conexão, dada a absoluta falta de jurisdição para tanto.

Na verdade, a TBU insere-se no próprio sistema de regras de tributação internacional, donde se pode extrair a territorialidade como verdadeiro critério de aplicação das leis. Como pontuado por Luciano Amaro, quando trata da bitributação de fatos econômicos internacionais por concorrência de elementos de conexão: “nessas hipóteses, porém, não há aplicação extraterritorial da lei brasileira; aplica-se a lei pátria no território nacional, dado o elemento de conexão escolhido em cada hipótese (domicílio do contribuinte, no primeiro caso; local da produção do fato, no segundo)”.⁵⁹ Entendemos que o mesmo se dá com a TBU, pois esta se insere no contexto da legislação internacional.

Quando se cobra da controladora brasileira a diferença de imposto não pago no exterior por meio de suas controladas estrangeiras, o que se está a fazer é aplicando a regra de tributação brasileira para tributar um próprio residente. Ou seja, trata-se de aplicação verdadeiramente territorial da lei nacional, porém com fundamento em fatos econômicos ocorridos fora do país. Tais fatos não revelam apenas mera expectativa de renda – a despeito de sua não realização em dinheiro – mas acréscimos efetivamente incorporados à esfera patrimonial de contribuintes nacionais.

Como será abordado no item 3.1.3, entendemos que há, sim, certa relativização da personalidade jurídica da controlada estrangeira nestes casos. Se esta relativização está a ferir algum direito subjetivo no exterior da empresa controlada estrangeira, é algo que só por força de tratado internacional a jurisdição brasileira se torna competente para conhecê-lo, mas não

⁵⁹ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 221

em razão de apenas do direito interno.

Frise-se, relativizar a personalidade jurídica de pessoas jurídicas estrangeiras a fim de buscar tributar fatos econômicos pertencentes à esfera patrimonial de empresas nacionais em nada fere o direito interno brasileiro. No máximo, questiona-se uma eventual violação a tratados.⁶⁰ O mesmo, contudo, já não se pode dizer em relação ao direito norte-americano.

A jurisdição americana é mundialmente conhecida pelo exercício de sua competência para além de seus limites territoriais. Fatos consumados no exterior por pessoas estrangeiras – excluído da competência de vários países – não escapam muitas vezes da jurisdição norte-americana, que se proclama, com base em seu direito interno, competente para regulá-los.

É aqui que pode haver mais uma diferença fundamental entre o sistema brasileiro de tributação em bases universais do *worldwide income* norte-americano: o alcance da legislação de cada um dos dois países. Pode-se dizer que a aplicação da lei norte-americana, de uma forma mais geral, tem como pretensão ser mais abrangente em termos espaciais que a lei brasileira (e mesmo da maioria dos países, inclusive europeus), não sendo o direito tributário uma exceção.

Uma leitura do relatório do tesouro americano sobre regras CFC detalha como a legislação americana por vezes atribui sujeição passiva a empresas estrangeiras mesmo quando a legislação do país de localização pode fazer o oposto, isto é, considerá-la transparente.⁶¹ Neste caso, a consideração à personalidade jurídica da empresa estrangeira acontece em desfavor do próprio fisco americano.

Trata-se de saber se a entidade estrangeira controlada possui ou não personalidade jurídico-tributária (isto é, se pode ser considerada uma *corporation*) como um dos critérios para aplicação da regra CFC americana. Se a empresa estrangeira é vista pela legislação americana como uma *corporation*, tal fato atrai, *a priori*, para o seu controlador americano, o benefício fiscal do *tax deferral*.

Classificar uma empresa estrangeira não está entre os critérios da legislação nacional

⁶⁰ Acerca da desconsideração da personalidade jurídica em regras CFC e possível violação a tratados, v. item 3.3.

⁶¹ As empresas estrangeiras com consideradas transparentes em seus países, mas com personalidade jurídica para a legislação americana são denominadas entidades híbridas reversas, enquanto o contrário (com personalidade jurídica no exterior e transparentes nos Estados Unidos) são chamadas simplesmente de híbridas. Acerca do problema do hibridismo da personalidade jurídica para a tributação dos Estados Unidos, v. item *Use of hybrids to shelter income from current tax in all jurisdictions* do relatório *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. p. 63-64. Além disso, uma eventual mudança da legislação dos Estados Unidos, como deseja o tesouro americano, no sentido de considerar as CFCs como transparentes e tributar automaticamente todos os seus rendimentos parece esbarrar em vários óbices jurídicos próprios do direito daquele país.

para prescrever consequências jurídicas tributárias no IR. Em vez disso, foca-se a coisa no exterior, isto é, o rendimento a ser tributado, algo juridicamente muito menos complexo de ser feito e sujeito a menos controvérsias do que classificar uma pessoa. No máximo ainda, classifica-se o país de localização da empresa, algo também de pouca controvérsia em termos dos critérios jurídicos a serem aplicados.

Devemos ressaltar as hipóteses em que a empresa tenha sido constituída no exterior para planejamentos tributários abusivos, como, por exemplo, para abuso de tratado. Mas saber se a empresa no exterior existe de fato ou é apenas uma *paper-box company* ou se, existindo, não tem qualquer relação com a renda por ela declarada, pode ser eventualmente menos complicado do que reconhecer no caso concreto uma *corporation* no exterior.⁶²

Assim, se uma pessoa física contribuinte nacional possuir participação numa atividade empresarial qualquer nos Estados Unidos, pouco importará, a princípio, em qual tipo societário ou fiscal seria classificada essa empresa, fosse pelos critérios daqui, quanto de lá. O que importará será a renda disponibilizada econômica ou juridicamente em termos efetivos para a pessoa física contribuinte brasileira; no máximo ainda, se o estado norte-americano é classificado ou não como dependência de tributação favorecida.

O mesmo já não ocorrerá nos Estados Unidos, pois a lei americana prevê um benefício fiscal – o *tax deferral* – que tem por um de seus critérios o reconhecimento de personalidade jurídica (ou mais precisamente, de sujeição passiva tributária) por meio da identificação ou não de uma *corporation* na análise da empresa estrangeira, em vez de focar diretamente a natureza e a disponibilidade da própria renda em si no exterior como faz, p.ex., o Brasil.⁶³

O respeito pelos Estados Unidos à classificação fiscal de uma entidade como *corporation*, mesmo quando situada no exterior, é algo seguido não por consideração aos demais países nas relações internacionais por algum respeito sacramental à personalidade jurídica – como sugerem alguns autores nacionais –, mas como uma diretriz própria em observância ao seu direito interno que, a um só tempo, apenas admite descon siderações de personalidade, tributariamente falando, em casos de abuso e aplica-se inclusive, em termos práticos, para pessoas fora dos seus limites territoriais.

⁶² A justiça americana tem precedentes no sentido de que a caracterização de uma *corporation* deve dar-se com base em até sete notas distintivas presentes no caso, não sendo necessária a presença de todas. A esse respeito, v. BLANCHARD, Kimberly et al. The tax significance of legal personality: a U.S. view. In: Colloquium on Tax Policy and Public Finance. New York: NYU Law School, 2015.

⁶³ É bem verdade, contudo, que o critério de classificação de *corporations* é forte no tipo de atividade da empresa bem como na renda auferida. Ou seja, não se diferencia tanto de um baseado apenas na coisa (disponibilidade da renda), mas não deixa de ser, de qualquer forma, mais complexo.

Esta é uma observação, portanto, de suma relevância para explicar o porquê do respeito à personalidade jurídica de empresas estrangeiras pelos Estados Unidos. Não se trata de nenhum princípio internacional na relação com demais países, do tipo transparência fiscal ou algo semelhante: é, sobretudo, um problema da legislação americana, que, entre outras coisas, elegeu a existência de personalidade jurídico-tributária na empresa estrangeira como critério para a aplicação de um benefício fiscal (*tax deferral*).⁶⁴

Concluindo, pode-se dizer que a TBU é efetivamente uma aplicação territorial da lei brasileira, embora tenha como fundamentos fatos econômicos ocorridos no exterior. Contudo, tais fatos se encontram devidamente refletidos no patrimônio de pessoas contribuintes nacionais, estas sim, sob a jurisdição brasileira.

Como consequência da aplicação territorial da legislação, questionamentos sobre desconsideração ou relativização da personalidade jurídica de empresas no exterior têm pouca ou nenhuma relevância no direito tributário interno brasileiro, embora isso possa ser algo suscitado em caso de tratados.

Por fim, acreditamos que um eventual conflito de regras CFC com a personalidade jurídica de empresas estrangeiras seja uma questão mais relevante dentro do direito norte-americano. Contudo, é tema sem grande relevância para o Brasil – possivelmente também para a maioria dos demais países – por razões de falta de jurisdição.

1.4.4 O problema da bitributação internacional

Como mencionado por Luciano Amaro, o problema da bitributação relaciona-se com a combinação de elementos de conexão adotados pelos países para definir suas leis tributárias internacionais. Quando um mesmo fato internacional envolvendo auferimento de renda apresenta elementos de conexão que atraem a legislação de mais de um país, tem-se lugar o fenômeno da bitributação. Um caso muito comum trata de pessoa física, residente de um país, auferindo renda de uma fonte situada em outro país. Neste caso, esse mesmo fato possui os dois elementos de conexão, residência e fonte, tanto de um quanto de outro país, atraindo, ao

⁶⁴ O relatório CFC do tesouro americano coloca que também nos EUA se suscita um possível conflito de regras CFC com o tratado no modelo norte-americano, no caso de estas pretenderem a considerar no futuro como transparentes todas as corporações estrangeiras.

final, a incidência tributária de ambos, para a maioria dos países.

A fim de eliminar ou neutralizar o efeito da dupla tributação, é necessário reconhecer num país, como crédito contra o imposto a pagar, o montante já pago no outro país. Na tributação das pessoas físicas, a concessão do crédito do imposto pago no exterior continua vinculada à existência de tratados para evitar a bitributação ou de reciprocidade de tratamento (art. 103 do RIR/99). Por exemplo, há tratados celebrados pelo Brasil especificamente para eliminar a bitributação sobre salários, não alcançando outras hipóteses. É o caso da Convenção Brasil-Reino Unido, sobre salários de membros de tripulação de aeronaves operadas em tráfego internacional (Decreto Legislativo nº 372 de 19/09/2013).

Já no que concerne à tributação de lucros auferidos por meio de controladas no exterior, quando o país adota o sistema extraterritorial (ou da residência, ou do crédito), como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos, o crédito do imposto pago no exterior é concedido unilateralmente, independente de tratado. No Brasil, esta disposição está prevista no art. 87 da Lei 12.973/2014.

Nos Estados Unidos, o crédito do imposto pago no exterior, ao menos no que diz respeito às controladas estrangeiras, surge contemporaneamente à apuração do imposto em bases mundiais, no início do século 20. Em ambos os países, o crédito fica limitado ao quanto seria pago no país, não podendo haver compensação com imposto pago acima disto.

Assim, no que tange ao menos às rendas ativas referentes ao lucro empresarial, as multinacionais com sede da administração baseada no Brasil não dependem de tratado internacional com outros países a fim de eliminarem a bitributação que porventura surgisse em razão da cobrança de imposto com base na TBU. O crédito do imposto pago no exterior é concedido de maneira automática, e sem maiores exigências além da própria comprovação do pagamento.

1.4.5 A Ação 3 do BEPS

A última consideração importante a ser feita em relação aos sistemas de tributação territorial ou mundial, no que tange às multinacionais, diz respeito à ação 3 do BEPS, voltado para as regras CFC, conhecidas como regras antielisão aplicáveis à tributação de multinacionais, em cujo gênero se enquadram as regras de TBU.

A Ação 3 do BEPS, no âmbito da OCDE, denomina-se *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*⁶⁵ e é voltada a propor soluções que tornem as regras CFC de cada país mais efetivas, de modo a coibir as deslocalizações de rendas entre empresas que compõem grupos multinacionais.

O BEPS foi o programa lançado pela OCDE e G20 (grupo das 20 maiores economias mundiais), fruto do encontro de 2012 em *Los Cabos Summit*, conclamando seus membros a um esforço comum no sentido de inibir a erosão das bases tributárias por meio de deslocalizações de rendas e de planejamentos tributários abusivos. Os encontros seguiram-se nos anos posteriores culminando num projeto de 15 ações com linha de *soft law* (diretrizes que não derogam soberanias, mas oferecem *standards* de modo a fazer convergir as legislações de cada país a um modelo mais eficiente no combate aos planejamentos tributários abusivos).

Em 2015, o relatório que esboçava as discussões até então realizadas pelo grupo de trabalho, ainda sob o título da ação de “Fortalecendo as Regras CFC”, trazia os comentários do *BEPS Monitoring Group* (BMG). Este grupo era formado por especialistas nos mais variados aspectos em direito tributário internacional e por organizações formadas pela sociedade civil voltadas para pesquisa e campanha em favor da justiça fiscal, entre elas a *Global Alliance for Tax Justice*, *Red de Justicia Fiscal de America Latina y el Caribe*, *Tax Justice Network*, *Christian Aid*, *Action Aid Oxfam* e *Tax Research UK*.⁶⁶ Além do BMG, diversas outras entidades privadas foram ouvidas e apresentaram propostas, inclusive a Confederação Nacional da Indústria (CNI) brasileira.

Segundo o relatório do BMG, as regras CFC tem o condão de desconsiderar a personalidade jurídica (*override the separate entity*) e atribuir à sociedade-mãe os lucros auferidos por suas controladas em países de baixa tributação. Segundo ainda este grupo, regras CFC respeitam o direito primário ao país de fonte de tributar os lucros dos negócios onde de fato as atividades econômicas ocorrem. Assim, nos dizeres do BMG:

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Designing effective controlled foreign company rules*. Action 3. 2015. Final Reports, OECD/G20. Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

⁶⁶ Idem. *Strengthening CFC rules: comments received on public*. Discussion draft. BEPS Action 3. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-3-strengthening-cfc-rules-part2.pdf>> Acesso em 11 mar. 2017.

Com efeito, as regras CFC dão o direito primário de tributar os lucros das empresas para o país de origem (onde as atividades ocorrem), assegurando assim a neutralidade entre empresas nacionais e estrangeiras, porém um direito secundário para o país de residência do proprietário estrangeiro, para garantir a neutralidade entre investimentos domésticos e estrangeiros. As regras do CFC devem atuar como dissuasão, eliminando o incentivo para as multinacionais transferirem os lucros dos países de origem. Para conseguir isso, no entanto, elas devem ser configuradas com um alto padrão e serem coordenadas. Um padrão fraco a ser deixado para os Estados implementarem seria contraproducente, pois incentivaria os Estados de fonte a reduzirem suas alíquotas de imposto e, portanto, piorar a corrida para o fundo (*race to the bottom*) no imposto das corporações.⁶⁷

A posição inicial do grupo foi no sentido de adoção do *full inclusion*, isto é, que o país de domicílio da controladora tributasse todos os rendimentos das sociedades controladas, assegurando o crédito dos impostos estrangeiros pagos (a compensação).⁶⁸ Uma opção assim seria necessária de modo a de fato fortalecer as regras CFC, caso contrário uma versão enfraquecida destas poderiam apresentar resultados contraproducentes em termos de combate aos abusos na deslocalização das rendas.

Esta posição sofreu forte oposição, inclusive pela CNI brasileira, que, no âmbito destas discussões preliminares, expôs o modelo de tributação do Brasil – passível de ser classificado como de *full inclusion* – classificando-o como contrário à exportação de capitais e prejudicial à competitividade.⁶⁹ Além disso, alegou que as regras CFC não devem ser usadas para suprir deficiências de outras espécies de regras antielisivas – fazendo menção mais especificamente ao preço de transferência.

Entidades da indústria de outros países apresentaram pontos de vista semelhantes à da CNI, como a Confederação da Indústria Indiana, em tom mais moderado, porém reafirmando que a competitividade não poderia ser comprometida pelas regras CFC.

A possibilidade de adoção do *full inclusion* pela OCDE nas regras CFC – e, por consequência, do fim do *tax deferral*, para países como os Estados Unidos – chegou a ser comentada com entusiasmo por autores internacionais como Reuven S. Avi-Yonah. Na passagem a seguir, o autor clarifica quais os desafios por detrás desta questão:

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Strengthening CFC rules: comments received on public. Discussion draft. BEPS Action 3*. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 84. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-3-strengthening-cfc-rules-part2.pdf>> Acesso em 11 mar. 2017.

⁶⁸ Idem. No original: “*We therefore support adoption of full inclusion approach, under which the home country would tax all CFC income, with a credit for foreign taxes paid*”.

⁶⁹ Idem. *Designing effective controlled foreign company rules*. Action 3. 2015 Final Reports, OECD/G20. Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-3-strengthening-cfc-rules-part2.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Tem sido compreendido há longo que abolir o diferimento lida efetivamente com a saída para o problema do Preço de Transferência para multinacionais de base nos Estados Unidos. De fato, a *Subpart F* foi concebida com o entendimento que lidaria com o problema do Preço de Transferência resgatando todo rendimento que escapasse de uma tributação mais alta ao deslocar-se para o exterior, para ser tributado nos Estados Unidos. O problema é que o mundo mudou em 2 anos desde então: primeiro, agora é possível auferir rendimentos ativos em várias jurisdições sem pagar imposto no exterior em razão da guerra fiscal internacional e, segundo, a *Subpart F* tem sido minada por regulações do tipo *check the box*.⁷⁰ Os argumentos usuais contra a abolição do *tax deferral* são de que colocariam as multinacionais americanas em desvantagem competitiva, o que levaria a resultados ineficientes por conta de que multinacionais estrangeiras menos eficientes obterão projetos que deveriam ser conseguidos por multinacionais americanas mais eficientes e que levará ao final a migração destas para outros países, e a estabelecer as novas multinacionais em outros países, mais favoráveis em termos tributários. Todos estes argumentos assumem que abolir o *tax deferral* pode ser feito unilateralmente. Mas o plano de ação do projeto BEPS prevê um fortalecimento das regras CFC, e eu acredito que isso presenteia os EUA com uma oportunidade de ouro de abolir ou significativamente restringir o *tax deferral* enquanto outros países-membros da OCDE e a maioria dos países seguirem a mesma rota (...) Se a maioria das jurisdições na OCDE e no G20 concordarem em severamente cortar seus diferimentos ou sistemas de isenções, isso enfrentará todos os argumentos levantados contra se fazer isso de modo unilateral. Não haverá nenhuma desvantagem competitiva ou ineficiência uma vez que a competição será sujeita às mesmas regras, e não será possível mudar-se para outra jurisdição já que as candidatas mais prováveis também seguirão as mesmas regras.⁷¹

Como se observa na passagem, o fim do benefício fiscal do *tax deferral* ou dos regimes territoriais esbarra na questão central de, se adotado unilateralmente, coloca em desvantagem competitiva o país que o adota. Se a OCDE adotasse o *full inclusion* na Ação 3 do BEPS, esta questão primordial seria vencida, abrindo espaço para o fim do benefício fiscal americano.

A opção pelo *full inclusion* na Ação 3 do BEPS, contudo, não prevaleceu e, ao final, o título da ação acabou sendo mudado de “fortalecendo” para “desenhando” (*designing*) “regras CFC efetivas”. Contudo, restou evidenciado que a opção de *full inclusion*, feita pelo Brasil, é defendida por diversos organismos internacionais como a opção mais efetiva para combater a deslocalização de rendas praticadas por multinacionais, do que as atuais regras CFC vigentes nos países em geral integrantes da OCDE.

⁷⁰ Refere-se à legislação tributária aplicável às empresas LLC nos Estados Unidos, que faculta ao contribuinte tributar a própria empresa ou considerá-la transparente e tributar os sócios.

⁷¹ AVI-YONAH, Reuven S., Back from the dead: how to revive transfer pricing enforcement. *Law & Economics Working Papers*, [s. l.], paper 85, p. 3, 2013. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/85>. Acesso em: 30 set. 2017.

2 AS POSIÇÕES ADOTADAS PELO BRASIL EM MATÉRIA DE TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

2.1 O conflito entre países importadores vs. exportadores de capital em matéria de bitributação

Neste tópico, será demonstrado em que lado deste conflito o Brasil se situava e, mais recentemente, vem-se situando. O problema da bitributação é enfrentado por meio de tratados internacionais – com destaque para a Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) –, cujas minutas possuem um viés que reproduz interesses de apenas uma das partes deste conflito. Compreender esse viés é importante para, como será demonstrado, entender qual o sentido de cláusulas da Convenção Modelo, sobretudo de seu art. 7º, indicado por parte da doutrina brasileira como bloqueio à tributação em bases universais (TBU) por regime de competência, tese esta por vezes acolhida equivocadamente pela jurisprudência.

A ideia de eliminar a dupla tributação internacional da renda nasce praticamente junto com o Imposto de Renda (IR) moderno. Como visto, nos Estados Unidos, após a instituição do imposto com base na noção de *worldwide income*, o passo seguinte dado por aquele país foi instituir, de maneira unilateral, a possibilidade de crédito do valor pago no exterior contra o devido ao fisco americano por seus contribuintes. Não só por razões de justiça, mas também para não inibir a decisão do investidor americano em expandir suas atividades econômicas para além das fronteiras.

Contudo, o problema da bitributação não se resolve apenas com a concessão unilateral de crédito do imposto pago no exterior. Diversas são as outras situações em que a bitributação persiste e, quase sempre, traz o conflito entre o interesse (legítimo) do Estado-fonte em tributar as operações lucrativas ocorridas em seu território e o do Estado de residência, em relação a seus contribuintes que investem no exterior. Este conflito tende a ser mais pronunciado quando um dos Estados é, naturalmente, um importador de capital e o outro, exportador.

Segundo Dornelles, coube às Nações Unidas, já no fim da década de 1960, pôr em evidência as peculiaridades das relações entre Estados desenvolvidos e Estados em

desenvolvimento no que tange aos acordos para evitar a dupla tributação.⁷² Quando o fluxo de investimentos entre os dois Estados contratantes mais ou menos se equivale nos dois sentidos, um acordo para evitar a bitributação que limite a competência tributária do país fonte em favor do de residência, como a Convenção Modelo da OCDE, interessará aos dois. Isto porque tributar na residência permite fazer mais considerações de ordem pessoal (pessoalidade) na tributação e uma maior progressividade. No Estado-fonte, a tributação é quase toda orientada por razões econômicas ligadas ao fluxo de investimentos do que pela capacidade contributiva, por não se conhecer as reais pessoas a serem tributadas.

Contudo, o problema ocorre quando um dos países recebe mais investimentos, em largas proporções, do que faz no outro.⁷³ Neste caso, ao concordar em limitar sua competência tributária como país da fonte, o país importador de capital perderá arrecadação em favor daquele que exportou o capital. Esta perda é a medida da resistência de países menos desenvolvidos contra os mais desenvolvidos em aceitarem acordos contra bitributação como o da OCDE, comum aos países ricos.

2.2 A posição assumida pelo Brasil como país importador de capital

Há diversos indicadores de que o Brasil veio posicionando-se, em relação à tributação internacional, como país importador de capital.⁷⁴ Isto é, firma tratados e exerce a sua competência tributária de modo a não discriminar o capital estrangeiro que investe no país e,

⁷² DORNELLES, Francisco Neves. *A dupla tributação internacional da renda*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1979. p. 49.

⁷³ GRAETZ, Michael J.; O'HEAR, Michael M. The "original intent" of U.S. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], p. 1.034, 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

⁷⁴ A esse respeito, cabe mencionar a exposição de motivos na Convenção Brasil-Japão, que diz: "Do lado brasileiro, o panorama econômico nacional, já livre das distorções conjunturais dos períodos anteriores, se traduz por condições propícias ao desenvolvimento equilibrado e harmônico da economia do país. **Face a esse quadro, e lançando-se à retomada do desenvolvimento econômico, o Governo brasileiro tomou consciência de que, para se obter um volume de investimentos compatível com a necessidade de crescimento, torna-se indispensável a colaboração do capital estrangeiro, público e privado, seja sob a forma do capital propriamente dito, seja sob a forma de *know-how* e assistência técnica.** Conjugaram-se, assim, por via de consequência, o nosso ponto de vista e o do Governo japonês sobre a necessidade de examinar os problemas de bitributação no quadro das relações econômico-financeiras dos dois países, e se iniciaram no Brasil as negociações concluídas em Tóquio, no fim do ano passado, das quais resultou a Convenção assinada formalmente, em nome do Governo brasileiro, por ocasião da visita oficial do Embaixador Juracy Magalhães ao Japão". ROCHA, Sérgio André. *Política fiscal internacional brasileira*. (...). p. 26.

principalmente, procura exigir que os países de residência dos investimentos não anulem os benefícios fiscais porventura aqui concedidos a multinacionais estrangeiras.

Essa anulação tende a ocorrer, salvo se o país de residência dos investimentos aceitar considerar o benefício fiscal concedido pelo país de fonte (p.ex., o Brasil) como se fosse um imposto efetivamente pago, e, por consequência, um crédito a ser abatido no imposto em bases mundiais apurado de seu contribuinte-investidor.

Mesmo que o país de residência do investidor tribute pelo sistema territorial – isentando, portanto, os lucros aqui auferidos – a concessão de benefícios fiscais pelo Brasil em tese pode colocar tais rendimentos de controladoras estrangeiras sob o alvo de regras CFC em suas respectivas residências.

Além de pleitear a não anulação de benefícios fiscais concedidos, o Brasil traça políticas fiscais que visam a não discriminar tributariamente os rendimentos estrangeiros. Um exemplo de não discriminação poderia ser citado o fato de a legislação brasileira não tributar dividendos distribuídos a investidoras estrangeiras, sobretudo situadas em paraísos fiscais. A maior parte dos países desenvolvidos tributam dividendos, inclusive o Brasil, mas apenas quando se trata de oriundos de fonte estrangeira para beneficiários pessoas físicas contribuintes. Mas a legislação do IR não prevê tributação de dividendos distribuídos de fontes nacionais.

Nada impediria, por outro lado, que o país institísse uma tributação na fonte para os dividendos pagos a investidores situados em jurisdições onde a renda fosse tributada abaixo de 20%. Seria coerente, pois o país, além de também tributar dividendos oriundos do exterior – nas pessoas físicas, em especial – estaria apenas a cobrar aqui a vantagem fiscal que de outra forma o investidor obteria pelo simples fato de ter escolhido um paraíso fiscal para basear uma *holding* interposta com o fim de evitar a tributação no país de residência dos dividendos auferidos de empresa brasileira.

Contudo, a escolha do Brasil é no sentido de não efetuar essa cobrança. Se assim o fizesse, estaria por discriminar (embora com justa causa) e, por conseguinte, por inibir, a entrada de parte dos investimentos estrangeiros. Isto porque os beneficiários nacionais não se sujeitam à tributação de dividendos recebidos de fontes nacionais. Desta forma, o investidor externo, neste caso, estaria sujeito a uma tributação mais pesada que o nacional, prejudicando por consequência a neutralidade na importação de capital.

De maneira semelhante, em termos de preservação da neutralidade na importação de capital, ocorreu quando o art. 10 da Lei 9.249/1995 determinou que os lucros ou dividendos

calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficariam mais sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrariam mais a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado não só no país, como também no exterior.

A respeito dessa modificação legal, merece destaque a observação feita por Alberto Xavier:⁷⁵

A pureza lógica do sistema foi ao ponto de suprimir a retenção na fonte na distribuição de lucros a residentes no exterior, eliminando assim a discriminação (embora legítima) de tratamento fiscal entre residentes e não residentes **e criando um forte atrativo ao investimento estrangeiro direto no País, dotado agora de uma substancial vantagem comparativa relativamente a outros países importadores de capital.**

Além de isentar a tributação de dividendos, mesmo quando pagos a beneficiários situados em paraísos fiscais, outra medida adotada pelo país na negociação de tratados de não bitributação é a exigência, da outra parte contratante, que aceite cláusulas limitadoras de competência tributária do Estado de Residência. A esse respeito, Dornelles esclarece como o Brasil se posiciona nesses tratados:

O Brasil assinou acordos para eliminar a dupla tributação da renda, cujos aspectos formais foram, na quase totalidade, baseados no Modelo da OCDE. Entretanto, **tendo em vista sua condição de país importador de capital, um grande número de artigos foram inseridas modificações que limitaram o poder tributário do país de residência do beneficiário da renda** – o investidor –, estendendo, correlativamente, o poder do Estado brasileiro, no caso o país que recebe o investimento. Nos acordos assinados pelo Brasil, todo e qualquer rendimento proveniente do País e recebido por residente em outro Estado Contratante pode ser tributado no Brasil. E para eliminar a dupla tributação tem-se lançado mão, ou do método da isenção concedida pelo país onde está domiciliado o beneficiário da renda, ou do crédito fiscal concedido pelo mesmo Estado.⁷⁶

Essas cláusulas seriam, basicamente, o *matching credit* e o *tax sparing*. Ambas visam a limitar a competência tributária do Estado de residência de modo a atrair investimentos para o país da fonte – no caso, o Brasil. A diferença entre elas reside no fato de que o *matching credit*⁷⁷ deriva de uma alíquota prefixada, superior à aplicável no país de fonte. Assim, se

⁷⁵ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 556.

⁷⁶ DORNELLES, Francisco Neves. *A dupla tributação internacional da renda*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1979. p. 46.

⁷⁷ *Ibidem*. p. 19.

uma alíquota de imposto estabelecida para um determinado rendimento no país de fonte for de 15%, o crédito a ser concedido no país de residência poderá ser de 20%, com vistas a tornar mais atrativa a opção de investir naquele país. No caso do *tax sparing*,⁷⁸ a finalidade é não neutralizar um eventual benefício fiscal concedido pelo país de fonte ao investidor externo.

Assim, exige-se do país de residência do investidor externo reconhecer na forma de um crédito para ser compensado com o imposto devido naquele país o valor correspondente àquele que deixou de ser pago no Brasil em razão do benefício fiscal. Uma cláusula expressa como essa, limitando a competência tributária do Estado de residência, faz-se necessária, uma vez que a minuta da Convenção Modelo prescreve cláusulas que essencialmente limitam a competência do país da fonte.

Os Estados Unidos e países-membros da OCDE vem oferecendo resistência a firmar cláusulas dessa natureza com o Brasil. Os Estados Unidos rejeitaram o tratado de não bitributação com o Brasil exatamente por não estar disposto a limitar a sua competência tributária como país de residência em favor do país de fonte. E a OCDE mudou seu posicionamento a favor do *tax sparing*, passando a também oferecer resistência a esse tipo de exigência.⁷⁹ A razão, basicamente, parece ser a possibilidade de planejamentos tributários com abuso de tratado em que os beneficiários se utilizam desse crédito para abater resultados não relativos ao incentivo fiscal concedido.

No contexto dessa resistência oferecida por outros países, as regras de TBU brasileiras podem até servir de moeda de troca nestas negociações. Isso porque elas têm o condão de neutralizar benefícios fiscais porventura concedidos pelos Estados-Fonte nas situações em que o Brasil for o Estado de Residência do investidor, por ser uma regra CFC de largo espectro. Embora isso possa parecer um defeito da regra, na verdade pode funcionar como uma barreira à exportação de capitais por parte do Brasil, o que pode interessar a outros países remover.

Na condição de um país importador de capital, o Brasil pode, pelo menos *a priori*, não ter interesse na internacionalização de suas empresas. Com uma TBU assim abrangente, o outro Estado contratante pode ter interesse em aceitar uma cláusula de *tax sparing*, ou outra

⁷⁸ DORNELLES, Francisco Neves. *A dupla tributação internacional da renda*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1979. p. 20.

⁷⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Tax sparing: a reconsideration*. Paris: OECD, 1998. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/tax-sparing_9789264162433-en#.WdAKzd-LS7A>. Acesso em: 11 jun. 2017.

com efeito indutor de limitar a competência tributária do país de residência, se ambos países figurarem em proporções equivalentes, reais ou potenciais, de tanto como investidor, como de beneficiário de investimentos em suas relações bilaterais.

As regras de TBU brasileiras possuem um efeito indutor distinto sobre as decisões dos investidores do que as regras CFC estrangeiras, como se pretende demonstrar ao longo deste trabalho. Este efeito indutor pode encontrar uma justificação nas próprias posições assumidas pelo País ao longo de décadas em relação ao fluxo de capitais, isto é, de como as políticas traçadas perseguiram um modelo mais voltado a potencializar a importação de capitais, em especial investimento estrangeiro direto (IED) (apto a promover um maior desenvolvimento interno do país) em vez de a exportação de investimentos (apta a consolidar uma posição no mercado internacional sobre atividades econômicas já razoavelmente consolidadas em território nacional).

2.3 A evolução do Brasil para um perfil misto de importador e exportador de capital

A posição de país importador de capital do Brasil vem-se contudo modificando nas últimas décadas. O aumento do grau de internacionalização de empresas brasileiras é um fenômeno bem perceptível nas estatísticas. Pesquisa feita pela Fundação Dom Cabral⁸⁰ aponta um crescimento médio de internacionalização de multinacionais brasileiras de 21,8% em 2014 para 26,1% em 2015 – um aumento de 20%, fato inédito nos 11 anos de pesquisa do instituto. As empresas brasileiras estão presentes em todos os continentes e em 99 países, seja por meio de subsidiárias ou franquias. Esse progresso pode ser considerado extraordinário, especialmente para um país que ainda amarga uma das piores posições em *ranking* de competitividade no mundo.⁸¹

⁸⁰ FUNDAÇÃO DOM CABRAL. FDC divulga *rankings* das multinacionais brasileiras e de internacionalização de franquias brasileiras em 2016. Online. Atualizado em 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.fdc.org.br/blogespacodialogo/Lists/Postagens/Post.aspx?ID=550>>. Acesso em: 15 set. 2017.

⁸¹ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR MANAGEMENT DEVELOPMENT. World Competitiveness Ranking 1 Year Change. 2016-2017. Online. Disponível em: <<https://www.imd.org/globalassets/wcc/docs/release-2017/wcy-2017-vs-2016---final.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

A literatura especializada⁸² afirma existir um forte índice de correlação entre o nível de desenvolvimento de um país e o grau de internacionalização de suas empresas. E que em alguns casos a internacionalização não é uma das opções, mas a única possibilidade de crescimento acelerado de empresas nacionais. Sob esse prisma, seria um contrassenso o país adotar políticas que desestimulassem a internacionalização das empresas brasileiras, uma vez que esta parece ser um importante mecanismo de ampliação da competitividade das empresas nacionais.

O impacto macroeconômico de internacionalização de empresas parece positivo em termos do aumento de empregos no próprio território nacional, uma vez que a matriz passa a ter a necessidade de aumentar seus quadros de modo a assistir suas filiais estrangeiras.⁸³ Assim, não seria justificado, ao menos em termos econômicos, que multinacionalizar os investimentos de base brasileira poderia ser ruim para o país, em termos sociais.

Sem embargo, é de se presumir que os investimentos em uma determinada atividade econômica, no próprio país, tendem a produzir retornos proporcionalmente menores depois que os negócios atingem um certo ponto de maturação. A partir desse ponto, começa a tornar-se mais vantajoso expandir-se de modo a organizar a atividade em outro país, seja pela questão mercadológica (conquistar novos mercados pulando barreiras alfandegárias e não-alfandegárias), seja pela facilidade em otimizar o retorno sobre os meios de produção em uma atividade que começa do zero numa nova realidade, quando já se domina um *know-how*.

Indo um pouco além, é também possível inferir que, numa realidade como a atual, de economia globalizada, a competição entre as empresas também ocorre em nível global. Ou seja, deixar de investir no exterior e, conseqüentemente, de crescer como as possibilidades permitem e mesmo exigem, pode ser fatal para uma grande indústria de bases nacionais em face de potenciais concorrentes estrangeiros. Isto porque a renúncia pela busca da hegemonia no negócio em nível internacional pode ameaçar a sua própria posição consolidada em território nacional, pois as concorrentes podem tornar-se fortes o bastante para conquistar também, ao final, o próprio mercado brasileiro. Em suma, expandir-se pode ser visto como uma questão de sobrevivência, e não apenas de ganância, como se costuma usualmente ver. E,

⁸² LIPSEY, Robert. E; RAMSTETTER, Eric D; BLOMSTRÖM, Magnus. *Outward FDI and parent exports and employment: Japan, the United States and Sweden*. Working Paper 7623. Cambridge: NBER, 2000. p. 1-24. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w7623.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

⁸³ HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. *Investimento direto e internacionalização de empresas brasileiras no período recente*. Brasília: IPEA, 2011. p. 30. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1571/1/td_1610.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

se deste modo for, as repecussões jurídicas deverão ser diferentes.

Com uma regra de TBU que força a neutralidade na residência, eventuais benefícios fiscais concedidos a controladas brasileiras no exterior são automaticamente anulados no Brasil, pois o crédito concedido é apenas no imposto efetivamente pago no exterior. A diferença de imposto pago a menor no exterior será cobrado da controladora no Brasil. Há, portanto, um desestímulo maior nesses casos para as empresas nacionais que queiram investir no exterior.

Assim, o aspecto mais controvertido da TBU, como se pretende demonstrar, pode não estar em questões de natureza jurídico-dogmática acerca do cabimento ou não desse tipo cobrança, mas nos efeitos econômicos desse modelo de tributação para as empresas de bases nacionais que podem e precisam internacionalizar-se, e como esses efeitos negativos podem ou não serem tolerados pela Ordem Econômica Constitucional.

3 PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS DE NATUREZA DOGMÁTICA

3.1 Acerca de se o Brasil adota ou não um regime de transparência fiscal internacional

3.1.1 A ambiguidade da expressão transparência fiscal internacional

A expressão “transparência fiscal” comporta dois sentidos usuais. O primeiro é o de princípio jurídico de boa-fé e de boa governança, implícito na Constituição, que impõe ao Estado e a organismos não governamentais o dever de pautar suas ações com clareza, abertura e simplicidade. Segundo Ricardo Lobo Torres:⁸⁴

Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade. Dirige-se assim ao Estado como à sociedade, tanto aos organismos financeiros supranacionais quanto às entidades não governamentais. Baliza e modula a problemática da elaboração do orçamento e da sua gestão responsável, da criação de normas antielisivas, da abertura do sigilo bancário e do combate à corrupção.

A transparência fiscal em nível internacional⁸⁵ seria, neste primeiro sentido, uma posição que os países assumem por meio de um conjunto de medidas legais e regulatórias, sob a sugestão de organismos internacionais, para reduzir os riscos fiscais no âmbito de suas jurisdições com reflexos em outros países (*spillover effect*).

Já o segundo sentido de transparência fiscal estaria relacionado a um regramento jurídico que permite não considerar, para fins tributários, resultados apurados em

⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 16.

⁸⁵ No Brasil, a Receita Federal do Brasil (RFB) editou Instrução Normativa (IN) nº 1530 de 2014, que dispõe sobre o conceito de padrões internacionais de transparência fiscal, para fins de elaboração de listas negras de países. Dispõe o art. 1º da referida IN que se entende como países alinhados com os padrões internacionais de transparência fiscal aqueles que:

I tiverem assinado convenção ou acordo com cláusula específica para troca de informações para fins tributários com o Brasil, ou que tenham concluído negociação para tal assinatura; e (Redação dada pela IN RFB nº 1560, de 20 de abril de 2015); e

II estiverem comprometidos com os critérios definidos em fóruns internacionais de combate à evasão fiscal de que o Brasil faça parte, tais como o Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais.

determinadas unidades empresariais, sejam por serem estas *a priori* despersonalizadas (e.g. *partnerships* nos Estados Unidos ou condomínios no Brasil), ou por terem tido suas personalidades jurídicas desconsideradas *a posteriori* por abuso (e.g., com base na doutrina da *substance over form* ou em regra de *controlled foreign corporation* (CFC)). Quando há a transparência fiscal, a entidade que em tese auferiu os lucros não é tributada, deslocando-se a tributação para os seus sócios, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas.

Este sentido de transparência fiscal internacional é descrito com propriedade por Ricardo Lodi:

(...) a transparência fiscal internacional, fundamento para adoção das normas CFC, traduzem-se em cláusulas antielisivas aplicadas a situações em que há o abuso de direito na utilização da pessoa jurídica, cuja criação e funcionamento têm como objetivo exclusivo a redução do imposto a ser pago no país dos controladores, não relevando maior propósito econômico. O seu aprimoramento é essencial para atenuar os efeitos danosos da concorrência fiscal internacional.⁸⁶

Alberto Xavier fala sobre a origem da transparência fiscal como instituto, quando diz:

A figura da transparência fiscal surgiu, no plano interno, para designar os casos em que a lei atribuiu diretamente aos sócios a quota parte proporcional da totalidade dos lucros de uma sociedade, apurados ao nível dessa mesma sociedade, independentemente de uma distribuição efetiva. A sociedade “transparente” (*pass-through entity*) figura como centro de apuração do resultado, decorrente da contabilização de suas receitas e custos, mas não é o sujeito passivo do imposto, o contribuinte, que é o seu sócio.⁸⁷

Assim, transparência fiscal, no caso, a internacional, como um regramento jurídico, estaria ligado à ideia de não reconhecimento de personalidade jurídica, para fins tributários, de entidades empresariais estrangeiras, sejam elas consideradas personalizadas ou não em seus países de residência. Segundo Marcus Lívio:

Para fins de aplicação destas regras de “Transparência Fiscal Internacional”, de uma maneira geral a sociedade é considerada não-transparente quando for fiscalmente tratada de modo distinto e separado das pessoas que a possuem ou a controlam, em típica hipótese de separação entre a pessoa do sócio e da sociedade. Será considerada como entidade transparente, para fins puramente fiscais, quando a legislação permitir que o Fisco desconsidere a separação existente, passando a qualificar as atividades de produção de rendimentos, ativos (produtivos) ou passivos

⁸⁶ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Tributação social e desigualdade tributária no Brasil. In: QUEIROZ, Luís Cesar Souza; ABRAHAM, Marcus; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo (Orgs.). *Estado fiscal e tributação*. Rio de Janeiro: GZ, 2015. p. 151.

⁸⁷ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 348.

(rendas passivas: royalties, juros, etc) como atribuídas diretamente às pessoas proprietárias ou controladores, sejam elas jurídicas ou físicas, ou seja, seus sócios.⁸⁸

A primeira questão que se suscitada, neste caso, é se a aplicação da transparência fiscal internacional, como regramento jurídico ou como medida antiabuso ferem ou não os tratados internacionais para evitar a bitributação, entre eles a minuta-modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esta questão será analisada no item 3.3.

3.1.2 Se a TBU das controladas e as regras CFC podem ser consideradas da mesma espécie

Como mencionado, o regime de transparência fiscal permite não considerar, para fins tributários, os resultados apurados em determinadas unidades empresariais, sejam elas originariamente personalizadas ou não.

A doutrina nacional tende a reconhecer, nas regras CFC, um regime de transparência fiscal internacional e que, por sua vez, fere tratados internacionais.⁸⁹

A primeira questão reside em saber se as regras brasileiras de tributação em bases universais (TBU) são ou não CFC, estas, tomadas em sentido estrito de regra antielisão. Este foi o entendimento adotado pela quase totalidade do colegiado no Superior Tribunal Federal (STF) nas razões de decidir na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2588.

A esse respeito, a doutrina nacional tende, de um modo geral, a considerá-las da mesma espécie, com algumas ressalvas.

Para esta análise, assumiremos que as regras de TBU e as regras CFC seriam da mesma espécie se, estruturalmente falando, se valessem de meios semelhantes para alcançar os mesmos fins.

⁸⁸ GOMES, Marcus Lívio. A tributação das controladas e coligadas no exterior: o que realmente restaria ao supremo tribunal federal julgar? In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten. (Org.). *Sistema constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários*. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. v. 1, p. 577-598.

⁸⁹ No sentido de que a transparência fiscal internacional fere tratados internacionais contra bitributação: ROSEMBUJ, Tulio. *Derecho fiscal internacional*. Barcelona: El fisco, 2001. No original: “*El régimen TFI significa la modificación unilateral del tratado sin que la otra parte abandone su derecho o competencia sobre idéntica materia. La única forma de legitimación de la ultraterritorialidad, vía CDI, es la renuncie al ejercicio de su poder tributario por parte del otro Estado contratante*”; XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 349, quando conclui que a TBU é uma “transparência perfeita e ampliada”.

No caso da CFC, elas se valem da figura jurídica da transparência fiscal – expressamente prevista em sistemas tributários como o americano e o espanhol – para alcançarem a tributação de rendas que, de outra forma, não seria possível, por dizer respeito a outras pessoas jurídicas, contribuintes distintos.

Do ponto de vista da finalidade, as regras CFC, no caso dos Estados Unidos, visam a combater o abuso do benefício fiscal do *tax deferral*, concedido por países que adotam o sistema de bases mundiais com concessão de crédito às suas empresas multinacionais. Portanto, possui uma clara preocupação em manter o benefício fiscal de modo a não prejudicar o efeito indutor favorável ao investimento no exterior.

Para países que adotam o sistema territorial, a isenção como forma de eliminar a bitributação no lucro empresarial é a regra. Contudo, alguns investimentos no exterior podem ser feitos apenas com objetivo de aproveitar uma menor tributação, e não com o propósito de investir numa atividade operacional em outro país.

Neste caso, investimentos em países de menor tributação com vistas a auferir rendas passivas tendem, de uma maneira geral, a serem alvo de CFC em países que adotam o sistema territorial, assim como rendas ativas oriundas de jurisdições de baixa tributação (e.g., 20%), quando se observa que o principal objetivo do investimento foi a economia de tributos.

Afora as situações de abuso, os sistemas territoriais tendem a não tributar a diferença de alíquotas, o que, em termos práticos, significa considerar implicitamente a menor tributação como um atributo do risco do próprio negócio conduzido num país estrangeiro. Ou seja, respeitam considerações de *capital import neutrality* (CIN), como será melhor detalhado *a posteriori*.

Já as regras de TBU se diferem substancialmente, tanto nos meios, quanto nos fins, quando comparadas às regras CFC. No que diz respeito aos meios, o sistema tributário brasileiro não prevê a instituto da transparência fiscal como meio para racionalizar a escolha dos sujeitos passivos ou do momento da tributação.⁹⁰

Embora possa haver situações semelhantes à transparência fiscal – como no caso da tributação de fundos, de condomínios em geral ou de consórcios – não há uma sistematização sobre transparência fiscal em lei como há em outros países, comparável, por exemplo, a

⁹⁰ Por racionalizar, queremos dizer todas as situações em que a transparência fiscal é determinada ou facultada aos contribuintes pela lei de seus países. Por exemplo, nos Estados Unidos, a transparência fiscal pode ser facultada aos contribuintes por meio da *check-the-box rules*, a depender da empresa. v. ROSEMBUJ, Tulio. *La crisis financiera y el arbitraje fiscal internacional: los productos híbridos y las entidades híbridas*. 1. ed. Barcelona: El Fisco, 2011. p. 144-116.

figuras como a substituição tributária no Brasil.⁹¹

Igualmente, no Brasil não se prevê a tributação de dividendos auferidos de fontes nacionais, ao contrário do que faz a maioria dos países que integram a OCDE. Assim, a existência de um instituto como o da transparência fiscal, entendemos, torna-se mesmo desnecessária num sistema como o brasileiro, de extrema simplicidade, por tributar as rendas derivadas da atividade empresarial em apenas um momento, graças à isenção dada à distribuição de dividendos como regra.

Além disso, é preciso ver como a apuração da renda das empresas no Brasil se dá de forma diferente da americana e, possivelmente, singular quando comparada a outros países.

Isto porque a base de cálculo do Imposto de Renda (IR) das empresas, se nenhuma opção for feita pela pessoa jurídica, é o lucro real, que toma por base o lucro contábil (lucro líquido) apurado com base no regime de competência.

Ou seja, há uma estreita ligação, ao menos em suas origens, entre apuração da base de cálculo do IR e regras e princípios contábeis, o que outros países como os Estados Unidos não necessariamente possuem.

O lucro líquido, regido por regras e princípios contábeis, integra o conceito de lucro real, havendo, portanto, um entrelaçamento entre *standards* contábeis e regras fiscais na apuração do imposto.

Enquanto o lucro líquido ou contábil é o ponto de partida para, mediante adições e exclusões *a posteriori*, chegar-se às bases de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no Brasil, para os Estados Unidos, a apuração do *taxable income* dá-se de forma independente de padrões contábeis ou comerciais.

Muito estranho seria, portanto, se para alcançar os lucros não distribuídos das controladas estrangeiras, o Departamento do Tesouro Americano propusesse uma reforma de modo a adotar como técnica o lucro contábil e a equivalência patrimonial, já que a demonstração do resultado contábil naquele país não se presta à apuração do lucro tributável, como ocorre no Brasil.

Essa peculiaridade foi também possível graças a uma íntima ligação entre regras

⁹¹ Há referências na doutrina internacional que tratam os condomínios como transparência fiscal imprópria. A esse respeito, v. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 348. Em nosso entender, tal ressalva reforça o ponto de vista de não haver transparência fiscal em sentido próprio no Brasil, embora se possa observar esses mesmos fenômenos nos condomínios, com especial destaque para os Fundos de Investimento.

contábeis e IR, que durante muito tempo manteve uma relação de subordinação da contabilidade a interesses fiscais no Brasil, diferentemente dos outros países, onde a escrituração contábil se presta essencialmente a produzir demonstrações confiáveis e transparentes (*disclosure*) para o investidor, sem ter de adotar procedimentos excepcionais por ordem do fisco.⁹²

Como o lucro real, em suas origens, deriva do lucro contábil, no momento quando este refletisse por equivalência patrimonial o resultado obtido por uma empresa controladora de suas controladas, o valor em questão passaria *a priori* a integrar a base de cálculo do IR. Contudo, há regra específica *a posteriori* determinando a exclusão do resultado do Método da equivalência patrimonial (MEP) da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Segue, portanto, a lógica de apenas regras específicas poderem alterar o lucro líquido como ponto de partida da apuração do IRPJ e da CSLL, pois todos os acréscimos patrimoniais refletidos pelo lucro líquido da empresa integram, *a priori*, a base de cálculo do imposto, com base no princípio da universalidade.

Quando uma empresa controlada se localiza em território nacional, a parcela de seu lucro refletida por equivalência no resultado de sua controladora pode ser excluída da base de cálculo do IR desta última até porque, de qualquer maneira, já estaria isenta, pois bastaria ser automaticamente distribuída na forma de dividendos à controladora.

Na prática, esta exclusão do lucro tributável nem chega a ocorrer, pelo fato de dividendos, nestes casos, não serem contabilizados no lucro líquido – ponto de partida de apuração do lucro real –, mas, sim, registrados a crédito (portanto, reduzindo o valor) do valor do investimento feito na coligada ou controlada. Esta é uma característica de investimentos avaliados pelo MEP: os dividendos distribuídos não transitam pelo resultado.

Ou seja, não se tributa por equivalência patrimonial os resultados do MEP obtidos em território nacional, pode-se dizer, essencialmente, pela *ratio* de que estes valores já foram aqui tributados, e, por consequência, a sua distribuição na forma de dividendos estaria de qualquer forma isenta. O mesmo, contudo, não se dá em relação aos resultados auferidos no exterior. Sobre estes, pela lógica da tributação mundial, ainda cabe completar a tributação no Brasil, acaso lá tenha sido apurado valor menor de imposto.

⁹² Segundo Cláudia Pimentel, as alterações promovidas na legislação societária em 2007 permitiram o estabelecimento da neutralidade da legislação tributária sobre as normas contábeis, como resultado da convergência aos padrões do IFRS. v. SILVA, Cláudia. Tributação e IFRS no Brasil: alterações na legislação do IRPJ, CSLL, PIS/PASEP e da COFINS, trazidas pela Lei nº 12.973/2014. *Revista da Receita Federal: Estudos Tributários e Aduaneiros*, Brasília, DF, n. 1, p. 418, 2014.

Tudo isto porque a demonstração de resultado apurada com base nas regras contábeis, especialmente por regime de competência, sempre foi o meio idôneo e necessário para a apuração do lucro real. Seria incoerente admitir as regras contábeis como idôneas apenas para a parte dos rendimentos auferidos no país e inidôneas justamente para aquela auferida no exterior.

Por fim, as regras de TBU brasileiras, na tributação por regime de competência do lucro oriundo de controladas e equiparadas, tende a anular qualquer vantagem fiscal pelo fato de se investir no exterior. Neste caso, pode-se dizer que a regra brasileira segue uma neutralidade do tipo *capital export neutrality* (CEN), portanto, oposta à escolhida pela maioria dos países no desenho de suas regras CFC. Esta distinção será melhor detalhada em tópico posterior.

Assim, entendemos que as regras CFC divergem da TBU quanto aos meios porque, em geral, lançam mão da figura da transparência fiscal para tributar uma empresa estrangeira, ao passo que a TBU tributa a própria controladora no Brasil com base no seu próprio lucro – que, por sua vez, já reflete por competência os resultados no exterior de suas controladas. Este lucro líquido contábil é o ponto de partida natural da apuração dos tributos incidentes sobre o lucro, i.e., o IRPJ e a CSLL.

Quanto aos fins, a TBU também diverge das regras CFC. Embora ambas possuam como finalidade o combate a abusos, o efeito da TBU, sob o ponto de vista da neutralidade, é substancialmente diverso das regras CFC, pois estas últimas mantêm um grau de preocupação com a competitividade das empresas controladas no exterior consideravelmente maior do que as regras brasileiras.

Assim, concluímos no sentido de que o mais adequado seria não considerar regras CFC e TBU como exatamente da mesma espécie, dado que se distinguem nos meios empregados e divergem parcialmente nos fins perseguidos. O melhor seria considerá-las de um mesmo gênero, isto é, de normas de tributação internacional sobre o resultado obtido de empresas investidas no exterior.

Como a transparência fiscal internacional está associada a regras CFC, concluímos também que não seria igualmente adequado considerar que a TBU brasileira adota este

instrumento.⁹³ Tal associação entre TBU e transparência fiscal internacional atrai institutos estrangeiros para a compreensão da regra brasileira que, entendemos, não auxiliam. Isto porque todo o sistema do IR encontra-se concebido, ao menos até a presente data, segundo uma lógica interna que desconhece o instituto da transparência fiscal.

3.1.3 Equivalência patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica

Questão tortuosa que emerge das discussões relacionadas à TBU de controladas estrangeiras é de se (i) tal sistema na Lei 12.973/2014 continua ou não se valendo da figura da equivalência patrimonial; e (ii) se tal tributação desconsidera ou não a personalidade jurídica de empresas estrangeiras.

A equivalência patrimonial apareceu pela primeira vez na TBU via IN, isto é, na IN da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF) 213/2002, quando, em seu art. 7º, determinou a adição ao lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil a contrapartida do ajuste do valor do investimento. As discussões suscitadas no judiciário concentravam-se sobretudo no fato de que a equivalência patrimonial não seria lucro.

Como será melhor detalhado no item 3.3.3., acerca da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a equivalência traz dentro de si o lucro, a exemplo de uma caixa menor dentro de uma caixa maior. É bem verdade que nem sempre o valor da equivalência patrimonial é maior do que o lucro empresarial a ser tributado, pois às vezes as demais parcelas além do lucro podem ser negativas. Mas se a comparação com caixas não é perfeita quando se analisam valores, do ponto de vista conceitual é a que melhor se aproxima.

A expressão equivalência patrimonial, embora sem *status* legal na TBU, permanece integrando este tipo de tributação, seja porque a IN 213/2002 que a introduziu não foi expressamente revogada até o momento presente, seja porque os conceitos de empresa coligada e controlada permanecem integrando o núcleo da ideia que norteia a tributação dos

⁹³ Tércio Arruda Sampaio Jr. a esse respeito chega a afirmar: “O regime brasileiro é mais próximo de uma distribuição ficta de lucros do que transparência fiscal internacional, uma vez que o regime da MP 2.158-35 indica que não importa a jurisdição em que a sociedade se encontra (paraíso fiscal, país de tributação favorecida). Some-se que, na legislação CFC brasileira, não se dá relevância à segregação pelo tipo de rendimento, sejam rendas ativas ou passivas, e o residente no Brasil deve ser pessoa jurídica”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 109.

grupos econômicos internacionais na Lei 12.973/2014.

Assim, seria correto admitir que a atual legislação da TBU ainda se utiliza da equivalência patrimonial como instrumento para alcançar a parcela do lucro empresarial que toca às controladoras no Brasil em relação a suas controladas no exterior. Inclusive para as coligadas.

Para os investimentos em coligadas, a tributação ainda recai sobre o lucro empresarial, muito embora a decisão proferida na ADI 2588 tenha concedido a possibilidade de diferimento da tributação para um momento que mais ou menos coincide com a distribuição dos dividendos. Acaso estes nunca sejam distribuídos, nem tenha lugar qualquer das hipóteses legalmente previstas acerca da “disponibilidade do lucro”, este diferimento se pode dar indefinidamente no caso das coligadas, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos com o *tax deferral*. Além disso, como já exemplificado no item 1.2.4, tais regras referentes às coligadas podem ser combinadas com outras do sistema, surgindo múltiplas possibilidades de planejamentos tributários abusivos.

Outra questão a ser enfrentada é de se há ou não de fato descon sideração da personalidade jurídica das controladas estrangeiras quando se tributa a parcela do lucro oriundo das controladas no Brasil, referentemente a parcela do lucro empresarial que lhe toca, ao se valer da sistemática da equivalência.

Entendemos que há, sim, ao menos em termos relativos, algum grau de descon sideração da personalidade jurídica das empresas estrangeiras controladas com a aplicação da TBU e tributação por regime de competência. Primeiro, porque a tributação é do próprio lucro empresarial em valores brutos, mediante a concessão de crédito, e não da distribuição de dividendos. Em segundo lugar, porque o momento da tributação passa a não mais depender de um ato da controlada de distribuição de dividendo ou outro para caracterizar a assim denominada “disponibilidade do lucro”.

As relações de coligação e controle entre empresas, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas (LSA), projetam o que tende a se considerar, para fins tributários, o chamado “grupo econômico”. Mesmo sem conceituação legal, esta expressão aparece em atos normativos, decisões no contencioso administrativo e Soluções de Consulta da Receita Federal.⁹⁴ A existência de grupo econômico faz presumir *in casu* a inexistência de *arm's lenght* nas operações entre as empresas, o que leva o fisco a, não raro, buscar efetivamente

⁹⁴ Como exemplo, vide Solução de Divergência Cosit nº 23 de 2013, em que trata do rateio de despesas comuns entre empresas de um mesmo grupo econômico.

uma flexibilização dessa separação formal entre as pessoas jurídicas por meio de regramento infralegal, mais próximo dos fatos.

A flexibilização dos limites rígidos e estruturais da personalidade jurídica em razão de sua função é bem descrita por Xavier, quando diz:

Todavia, de há muito se vem reconhecendo que a pessoa jurídica não é a forma de uma realidade social pré-normativa, que é sempre e só constituída por homens. O que sucede é que a lei muitas vezes dita uma disciplina peculiar para certa categoria de relações entre homens, disciplina que se traduz na sua unificação e na sua imputação a uma entidade abstrata, dada a necessidade de imaginar um titular de direitos e deveres distintos das pessoas singulares, **A noção de pessoa jurídica é por isso e por natureza uma noção funcional e relativa: funcional, porque a referida disciplina normativa de relações entre homens é ditada para que estes prossigam determinados fins de um modo mais conveniente e racional; relativa, porque, sendo funcional, ela pode valer para determinados fins ou efeitos, mas não valer quanto a outros.**⁹⁵

Em que pese essas ressalvas, é preciso reconhecer que a separação entre as pessoas jurídicas de um mesmo grupo econômico serve também ao fim de confinar os riscos de atividades empresariais de modo a conter uma eventual contaminação de todo o grupo.⁹⁶

Ou seja, mesmo quando não há *arm's length*, a separação patrimonial cumpre fins legítimos que não podem ser totalmente descartados por mera presunção, ao talante do fisco.

No caso específico da TBU, o uso das expressões coligadas e controladas, em nosso entender, torna legal a *equivalência patrimonial* – intimamente ligada à noção de grupo econômico – como meio necessário e adequado ao fim de tributar o lucro auferido no exterior e, no caso específico das controladas, idôneo à cobrança por regime de competência.⁹⁷ Ressalvando que apenas a parcela do lucro integrante do resultado da equivalência percentual do investimento da controladora na controlada interessa para fins de tributação, e não esse valor globalmente considerado.

⁹⁵ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 314.

⁹⁶ Pode-se dizer que esse confinamento do risco é mais respeitado de uma forma geral nos regimes territoriais, que isentam a diferença de taxas por a considerarem inerentes ao risco do próprio negócio de se investir no exterior. Não obstante isso, nem os países territoriais a consideram de forma absoluta, aplicando regras CFC para cobrar a diferença nas situações em que esta se mostre excessiva.

⁹⁷ Em sentido oposto, XAVIER, op. cit., p. 484, para quem não há relação entre a equivalência patrimonial e regime de competência.

3.2 A tese de inconstitucionalidade da tributação dos lucros no exterior não distribuídos

3.2.1 O julgamento da ADI 2588

Como mencionado no capítulo 1, a mudança do sistema de tributação brasileiro de territorial para em bases universais em 1995, com efeitos a partir de 1/1/1996, foi seguida de uma nova modificação, desta vez pela IN 38/96, que permitiu o diferimento da tributação para o momento da distribuição dos dividendos.⁹⁸ Esta alteração foi ratificada pela Lei 9.532/1996.

Em 10 de janeiro de 2001, o art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN) teve sua redação emendada pela Lei Complementar (LC) 104 que introduziu, no parágrafo 2º, uma remissão à lei ordinária para estabelecer o momento e as condições da incidência do IR. E em 28 de junho de 2001, o art. 74 da Medida Provisória (MP) 2.158-33 restabeleceu a cobrança sobre os lucros apurados por regime de competência na parcela ainda não recebida de empresas coligadas e controladas no exterior.

No final ainda de 2001, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou a ADI 2588 contra a redação do § 2º do art 43, por este ter em tese aberto hipótese de ficção legal para a ocorrência do fato gerador, ferindo o conceito constitucional de renda do art. 143, da CF/88, bem como do art. 74 da MP 2.158-34,⁹⁹ que estabeleceu esse momento para a data do balanço onde foram apurados os lucros.

Neste item, analisaremos as principais linhas argumentativas apresentadas pelos ministros no julgamento deste caso, com foco na discussão sobre a constitucionalidade da tributação por regime de competência dos lucros auferidos no exterior por meio de controladas.

A primeira linha pode ser identificada como acerca da existência ou não de um conceito de renda na Constituição e, acaso sim, que a TBU poderia tê-lo transgredido, ao instituir em tese de uma ficção. A esse respeito contudo, os ministros divergiram.

⁹⁸ IN/SRF/38/2002, art. 2º, *caput* e § 1º.

⁹⁹ MP 2158-34, Art. 74, de 27/07/2001: Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta medida provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Sobe o tema, o Ministro Ricardo Lewandowski assim se pronunciou em relação ao dispositivo impugnado:

Em resumo, constato que o art. 74, parágrafo único, da MP 2.158-35/2001, **além de invadir matéria reservada à lei complementar**, a pretexto de apenas alterar o momento da incidência do tributo, **criou, por ficção jurídica, novo fato gerador** e, consequentemente, nova definição da hipótese de incidência tributária, o que implica, na prática, a instituição de um novo imposto.

Duas considerações caberiam ser feitas em relação a essa linha argumentativa. A primeira de que o art. 74 da MP 2.158-35/2001 não feriu reserva de lei complementar, dado que a alteração no art. 43 do CTN pela LC 014/2001, com a introdução dos parágrafos § 1º e 2º, delegou competência à lei ordinária meses antes para tanto. Portanto, a cronologia foi obedecida: primeiro foi alterada a LC, e, sem seguida, surgiu a MP.

A segunda seria acerca da menção à existência de ficção jurídica em relação ao momento da ocorrência do fato gerador. Outros ministros também apontaram o que entenderam ter ocorrido com o art. 74, como a Min. Ellen Grace:

A hipótese de aquisição de disponibilidade criada pela medida provisória, ao que me parece, traduz parcialmente uma ficção legal, que não se coaduna com o entendimento firmado por esta Corte a respeito do que seja aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda.

Mais contundente ainda teria sido o voto-vista do Min. Marco Aurélio nesse sentido:

O artigo 74 da Medida Provisória no 2.158-35 encerraria ficção jurídica em que enquadrada como renda situação que não revela renda em si. Isso estaria evidenciado ao se prever a consideração, como disponibilizados, para a controladora ou coligada no Brasil, lucros constantes do balanço formalizado pela controlada ou coligada no exterior, ou seja, a simples apuração do resultado. O conceito constitucional de renda direcionada à disponibilidade. Daí o Supremo ter decidido que **resultado de atividade de pessoa jurídica não distribuído a acionistas e cotistas não constitui disponibilidade, deixando, assim, de se ter como legítima a cobrança de imposto de renda**, salvo no caso de firma em nome individual, subsidiária integral ou sociedade de cotas em que haja, no contrato social, previsão de distribuição obrigatória de resultados.

O precedente apontado pelo Min Marco Aurélio faz referência ao Recurso Extraordinário (RE) nº 172.058/SC, assim ementado:

Imposto de renda retenção na fonte acionista. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda, na modalidade "desconto na fonte", relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela

sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76.

Ocorre que o lucro empresarial não distribuído a acionistas, haja ou não previsão em contrato social sobre a previsão de distribuição obrigatória de resultados, é base de cálculo do IRPJ e da CSLL nas empresas no Brasil sujeitas ou optantes da apuração com base no lucro real há décadas, de forma mansa e pacífica.

O lucro empresarial não depende de distribuição para ser tributado e a TBU tributa esse tipo de lucro, e não os dividendos, estes sim, dependentes da disponibilidade em dinheiro.

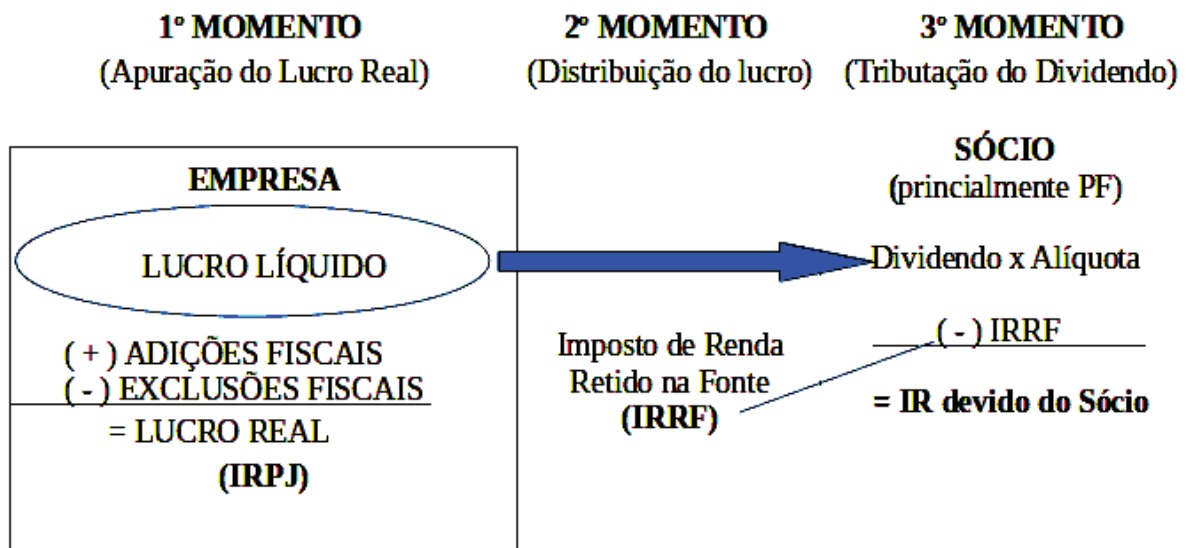
O precedente mencionado pelo Min. Marco Aurélio tratava de distribuição de lucros para pessoas físicas, à época quando o Brasil ainda tributava dividendos distribuídos por empresas nacionais. A confusão parece estar na expressão *distribuição de lucros*, que tende a induzir o intérprete a não distinguir lucro empresarial (tributado por regime de competência) e dividendos distribuídos (tributado por regime de caixa). O art. 35 da Lei 7.713/88 estabeleceu a retenção na fonte obrigatória sobre dividendos independentemente do momento da distribuição.¹⁰⁰

Embora aquela questão à época fosse de fato de índole constitucional e a decisão tenha sido acertada, ela não se aplica ao caso julgado na ADI 2588. Isto porque tratava de tributação de dividendos, em retenção pela fonte nacional quando ainda existia, e não do lucro real.

Para demonstrar melhor, traçamos um diagrama de como se dava a tributação do lucro empresarial no Brasil num modelo clássico como o norte-americano, isto é, de três momentos:

¹⁰⁰ A tributação era regulada pelo Regulamento do Imposto de Renda (RIR) 80, Decreto 85.450/80, art. 34, quando a tributação dos dividendos dava e mediante a informação na declaração de rendimentos na cédula F. A retenção na fonte era opcional, tornando a tributação definitiva. O art. 35, na prática, suprimiu essa opção.

Figura 1 – Modelo clássico de tributação



Fonte: O autor, 2018.

O precedente citado pelo Ministro refere-se ao 2º momento, quando a lei estipulou a tributação na fonte independente de ter havido ou não distribuição, estabelecendo, portanto, uma ficção. Já a ADI 2588, contudo, discutia a tributação no 1º Momento, porque o 2º momento de que tratava o RE 172.058 (possibilidade de retenção na fonte na distribuição de dividendos, definitivamente ou como antecipação da 3ª fase) não existe mais.¹⁰¹

Ou seja, o RE 172.058 apontado tratava de um precedente onde o fato gerador do IR era a própria distribuição do dividendo, e não a apuração do lucro empresarial (ou lucro líquido), sobre o qual incidem o IRPJ e a CSLL. A discussão travada à época contra o art. 35 da Lei 7.713/88 assemelhava-se em parte à discussão de dividendo ficto.

Observe-se que o 1º Momento, no caso da TBU, ocorre na própria controladora no Brasil, dentro de seu lucro líquido contábil, sem precisar passar por um meio jurídico mais controverso, como o da transparência fiscal internacional. A parcela do lucro não distribuída já se encontra adicionada ao lucro líquido contábil da controladora brasileira, por equivalência patrimonial e regime de competência. Este lucro pode inclusive servir de base para distribuição de dividendos no Brasil e interfere no valor de mercado das ações e até nos *ratings* de classificação de risco da empresa.

¹⁰¹ Hoje, a tributação de dividendos no Brasil restringe às hipóteses de recebimentos oriundos do exterior por pessoas físicas e por empresas apenas quando a investida estrangeira não é controlada ou coligada.

Pela antiga tributação no Brasil do modelo territorial, esta parcela do lucro, de que atualmente fala o art. 77 da Lei 12.973/2014, entrava nas “exclusões na apuração do lucro real”,¹⁰² evidenciada no gráfico no 1º Momento da tributação. Com a TBU, em termos práticos essa parcela deixa de ser uma exclusão e passa a integrar efetivamente o lucro real.¹⁰³

Esse método, que permite cobrar o imposto sobre uma renda derivada de receitas ainda não recebidas, é conhecido contabilmente por regime de competência. Não viola as noções de disponibilidade econômica ou jurídica da renda pelo fato de, via de regra, tratar-se de empresas de grande porte – como o caso de multinacionais –, de capital aberto e com acesso à emissão de títulos no mercado mobiliário.

Não respeitar o regime de caixa para uma pessoa física, seja na tributação dos dividendos ou de outros rendimentos, pode caracterizar a falta de disponibilidade da renda. Da mesma forma, empresas de porte menor. Mas o mesmo não se pode dizer em relação a uma multinacional, não só pelo porte, mas porque grandes SA estão fortemente estruturadas no mercado de títulos mobiliários e possuem até ações listadas em bolsa.

Na melhor das hipóteses, as noções de disponibilidade econômica e jurídica da renda, aferíveis apenas no caso concreto, deveriam levar em consideração também as características da pessoa jurídica em questão, isto é, se seu porte ou organização não tornam de fato a renda disponível independentemente dos óbices relativos ao seu recebimento em dinheiro de seus devedores originários.

Além disso, a regra de apuração do IR das empresas no Brasil é a tributação das receitas independentemente de seus recebimentos. Como diz Higuchi:¹⁰⁴

¹⁰² Esta exclusão ocorria por força da regra geral, que isenta a tributação sobre os resultados da equivalência patrimonial.

¹⁰³ Na verdade, a exclusão do resultado do MEP continua a acontecer, sendo readicionado apenas a parcela que interessa à tributação.

¹⁰⁴ HIGUCHI, Hiromi. *Imposto de renda das empresas: interpretação e prática*. 41. ed. São Paulo: 2016, IR Publicações. p. 37.

Note-se que a legislação do imposto de renda adota o regime de competência para tributação dos resultados das empresas. Com isso, se não tiver uma disposição expressa em sentido contrário, as receitas, os rendimentos e ganhos terão que ser reconhecidos pelo regime de competência, isto é, **independente de recebimento em dinheiro**.¹⁰⁵

Além disso, seria um contrassenso considerar inexistência de disponibilidade jurídica ou econômica da renda se, para tal, depende-se de um ato de vontade da própria empresa controladora, e não de terceiro.

Acerca da existência de um conceito jurídico de renda, em sentido estrito, a questão ainda carece de maior amadurecimento na doutrina e jurisprudência tendo-se mostrado, pelo menos por hora, pouco esclarecedora para esse tipo de divergência.

Em primeiro lugar, o problema reside na polissemia do termo “renda” na própria Constituição. Como bem observado pelo Min. Nelson Jobim, citando Queiroz,¹⁰⁶ a Constituição cita a expressão renda 17 vezes, com seis sentidos diferentes.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), diferente de constituições mais principiológicas, como a italiana ou a alemã, fez uma opção por regradar competências valendo-se, por vezes, de conceitos buscados na lei ordinária, constitucionalizando, portanto, discussões que de outra forma não sairiam do campo da legalidade.

O CTN, por exemplo, define renda, no art. 43, como acréscimo patrimonial, assim entendido como disponibilidade econômica ou jurídica, seja oriunda do produto do capital, do trabalho, da combinação de ambos ou de proventos de qualquer natureza.

Segundo Ricardo Lodi,¹⁰⁷ acréscimo patrimonial designa uma cláusula geral. Para Xavier,¹⁰⁸ a cláusula geral para as pessoas físicas foi adotada efetivamente após a revogação

¹⁰⁵ Observe-se que, em contratos de longo prazo (duração maior que 1 ano), de fornecimento, a preço determinado, de bens ou serviços a serem produzidos, costuma-se a suscitar que seja um caso de exceção ao regime de competência na apuração do Imposto de Renda, o que enfraqueceria a nossa afirmação categórica dessa mesma aplicação em relação à TBU. Entendemos, contudo, que, mesmo em contratos de produção de longo prazo, o regime de competência também está sendo aplicado – segundo uma visão fiscal –, porém com critérios mais específicos. Tais critérios são ou o percentual do custo incorrido no período (art. 10, inc. I, do Dec.-Lei 1598/77) ou da produção entregue, segundo o atestado em laudos (inc. II do mesmo dispositivo). A liquidação do contrato não é critério para reconhecimento da receita, do contrário seria regime de caixa. Admite-se, no entanto, o regime de caixa para contratos com o poder público, seja em produção de curto ou de longo prazo (§ 3º do mesmo dispositivo).

¹⁰⁶ QUEIROZ, Luis Cesar Souza de. *Imposto sobre a renda: requisitos para uma tributação constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 212.

¹⁰⁷ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Legalidade tributária, tipicidade aberta, conceitos indeterminados e cláusulas gerais tributárias. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], p. 330, jul./set. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46446/45192>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

¹⁰⁸ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 516.

da Lei 7.713/1988, que ainda mantinha o sistema de tributação cedular, onde os tipos de rendimentos tributáveis era objeto de uma enumeração taxativa ou casuística.

Engisch afirma que as cláusulas gerais possuem a vantagem de regular um grande número de situações de modo ilacunar, com a possibilidade de ajustamento. Já a elaboração casuística corre sempre o risco de dominar a matéria jurídica de maneira fragmentária e, por vezes, em caráter precário.¹⁰⁹

Para Larenz, o que caracteriza um conceito jurídico em sentido estrito seria um conjunto de notas distintivas irrenunciáveis:¹¹⁰

Só se pode falar de um ‘conceito’ em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam. O sentido de uma tal definição é o de que ‘só quando e sempre que’ todas as notas distintivas do conceito se apresentam em algum objecto poderá ser esse objecto subsumido ao conceito, quer dizer, pertence à classe de objectos por ele designados. A ‘premissa maior’ do silogismo subsuntivo é a definição do conceito, a ‘premissa menor’ é a constatação — corroborada pela percepção — de que este objecto X apresenta todas as notas distintivas mencionadas na definição, e a conclusão é o enunciado de que X pertence à classe de objectos designados pelo conceito, ou que X é um ‘caso’ do gênero que se designou mediante o conceito — para o jurista a situação fáctica X seria um «caso» da previsão normativa conceptualmente apreendida.

Destarte, conceitos jurídicos e cláusulas gerais costumam a ser definidos hermeneuticamente um em distinção ao outro.

Conceitos jurídicos exigem nenhuma ou pouca valoração do intérprete. Cláusulas gerais, como acréscimo patrimonial, exigem um preenchimento valorativo maior. Contudo, boa parte desse preenchimento, neste caso, já é feito pela própria lei ordinária, restando ao intérprete mais eventuais intervenções corretivas excepcionais e mais próximas a discussões dos fatos por razões de justiça e equidade.

Se, por um lado, é verdade que o termo renda na Constituição não pode ser considerado vazio em termos de significação — sobretudo por ostentar posição dentro de uma regra de distribuição de competência tributária —, por outro, ainda carece de melhor sistematização na doutrina e na jurisprudência.

Em que pese tal dificuldade, a jurisprudência do STF se vale desta distinção conceitual às vezes com mais sucesso em termos argumentativos do que teve no caso da TBU. Como exemplo, pode ser citada a distinção entre lucro e receita para fins de extensão ou não da

¹⁰⁹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977. p. 233.

¹¹⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. (...). p. 300.

imunidade das receitas de exportação, prevista no art. 149, § 2º, I, da CF ao lucro líquido base de cálculo da CSLL.

Por conta da dificuldade de ainda se estabelecer o que seria o conceito constitucional de renda, o ponto nevrálgico da discussão entre os ministros acabou por recair na questão de se a lei poderia ou não estabelecer qualquer *conceito* de renda, ainda que não fosse o real. Para o Ministro Nelson Jobim, renda poderia ser regulado pela lei ordinária.

Sem embargo, o voto do Ministro Nelson Jobim demonstrou correções impecáveis nos raciocínios, inclusive com cálculos exemplificativos de como funcionava a apuração contábil por meio da equivalência patrimonial.

Os votos do Min. Joaquim Barbosa e da Min. Ellen Grace também confundiram a regra de TBU brasileira com as CFC de outros países, e não foram capazes de perceber os três momentos em que a tributação da renda, no que tange aos lucros empresariais, pode ocorrer. A existência ou não do controle – como no caso das coligadas – ou o fato de a empresa investida estar ou não em paraíso fiscal, não possui relação direta com a controvérsia suscitada pela causa, pois são naturais de regras CFC estrangeiras, mas não da TBU. Não obstante isso, integraram a decisão final da ADI 2588, pela técnica de interseção dos espectros de abrangência dos votos.

Ao final, a regra de TBU brasileira recebeu, por decisão do Supremo, contornos das regras CFCs estrangeiras, inexistentes na legislação brasileira, como a hipótese de a empresa investida estar ou não localizado em paraíso fiscal, agora, só passíveis de serem derogadas por emenda constitucional (EC).

3.2.2 O julgamento do RE 541.090: o caso Embraco

Neste julgamento, confirmou-se a constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35/2001 acerca da tributação dos lucros auferidos por empresas controladas sediadas em país que não tem tratamento fiscal favorecido. Contudo, a votação deu-se por maioria formada por quatro votos, não atingindo o quorum necessário (aprovação por 6 votos) para a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão.

O processo envolvia controladas nos seguintes países: China, Estados Unidos, Itália e Uruguai. No caso de China e Itália, há Tratado de não bitributação com o Brasil. Desta feita,

em razão de haver matéria suscitada acerca do descumprimento de cláusula dos tratados – porém não examinada pela instância ordinária – foi decidido que o Tribunal Regional Federal da 4^a. Região deveria manifestar-se sobre o tema. Assim, o processo foi devolvido à instância ordinária para pronunciar-se expressamente acerca de a causa envolvia ou não, de fato, matéria atinente à violação de tratados.

Este precedente marca dois pontos importantes sobre a matéria de tributação do lucro de controladas no exterior por regime de competência: primeiro, o Supremo ainda não possui decisão definitiva acerca do assunto, o que caracteriza como alto o grau desta controvérsia; segundo, há uma ligeira tendência da corte em considerar constitucional esse tipo de cobrança com possíveis efeitos *erga omnes* no futuro.

3.3 A tese de incompatibilidade da TBU com o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE

3.3.1 A verdadeira função dos tratados contra bitributação no modelo OCDE

Além da tese de inconstitucionalidade da tributação pelo lucro real da parcela do lucro ainda não realizada, referente a dividendos ainda não recebidos do exterior, a mais recorrente diz respeito a uma possível incompatibilidade da TBU brasileira com o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE. Dispõe o mencionado artigo:

Lucros das empresas – Art. 7º:

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.¹¹¹

A doutrina nacional mostra-se fortemente posicionada no sentido de que este

¹¹¹ No original em inglês: “*The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment*”. Tradução obtida dos decretos que promulgam os tratados assinados pelo Brasil.

dispositivo da Convenção Modelo da OCDE – presente em todos os mais de trinta tratados assinados pelo Brasil de não bitributação – limita também a competência do país de residência a tributar a parcela do lucro de suas próprias empresas da forma como faz a TBU.

Esse raciocínio é mais bem demonstrado por Xavier, quando diz, acerca do art. 7º:

Do artigo 5º (definições) dos tratados, combinado com a primeira parte do artigo 7º, resta claro que nas relações entre duas pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria, em que uma controladora da outra, não pode o país de domicílio da primeira (Brasil) pretender tributar os lucros da segunda empresa, domiciliada no outro país contratante, pois cabe a este último a competência exclusiva para a tributação dos lucros das entidades residentes em seu território. Esta competência apenas deixa de ser exclusiva, como se disse, no caso em que os lucros sejam auferidos através de estabelecimento permanente, ou seja, de uma instalação fixa de negócios sem personalidade jurídica própria.¹¹²

Este sentido, mais imediato, explicado por Xavier, remete a uma interpretação ampla do disposto na sentença “Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado”. O que se segue representaria a exceção à regra geral, devendo esta abranger *a priori* todos os sentidos possíveis.

A exceção justamente viria a seguir para confirmar a amplitude da norma geral. Este é o entendimento de seguido por maioria da doutrina. Embora esta interpretação não seja *a priori* inadmissível, ela não é a única, pois esse mesmo texto comporta, de fato, mais de um sentido.

O segundo sentido possível para o art. 7º seria tomá-lo não na sua forma mais abrangente possível – a partir de uma leitura privilegiada de sua primeira oração, como faz Xavier – mas, sim, limitado por todo o sistema, a começar pelo que vem a seguir no próprio dispositivo; ou seja, o que vem depois não seria a exceção que confirma um suposto amplo espectro da regra geral, mas apenas uma explicação cuja função seria justamente o inverso, isto é, limitar o alcance da primeira oração.

Ou seja, exatamente por falar de estabelecimento permanente, isto é, de um termo estrito para uma unidade tributável pela renda porém despersonalizada, é que a primeira oração, ao falar também de “empresa”, não fala de todas as relações atinentes a esta, mas especificamente de casos envolvendo o problema de unidades econômicas não personalizadas.

Por conseguinte, também não caberia dizer que, apenas por defender unidades

¹¹² XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 476.

econômicas despersonalizadas contra a discriminação tributária nos países onde elas estiverem operando – assim como a separação destas em relação a suas matrizes –, tal dispositivo também teria o condão de defender um universo maior de situações, como uma desconsideração da personalidade jurídica de controladas no caso de aplicação de uma regra CFC. Mais remotamente ainda, ter o condão de bloquear justamente a TBU brasileira, já que as CFC em caráter geral o próprio autor reconhece tal problema não ocorrer.

Ao falar de estabelecimento permanente, cuja melhor aproximação para o português do Brasil pode ser “filial”,¹¹³ o artigo 7º fala na primeira parte de sede da matriz, basicamente, porque apenas matrizes é que podem possuir filiais. Substituindo, teríamos:

Os lucros de uma **matriz** de um Estado contratante só poderão ser tributados naquele Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade em outro Estado contratante por meio de uma **filial** aí dentro situada. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a essa **filial**.¹¹⁴

Propomos esta substituição no art. 7º, de termos mais genéricos por esses mais específicos, em caráter experimental, com intuito de clarear a principal função deste artigo: trata-se de um comando de modo a impedir que países, pelo fato de jurisdicionarem uma filial (entidade despersonalizada) em seu território, queiram tributar também rendas imputáveis às respectivas matrizes situadas em outros países. O art. 7º não se trata de uma regra com a finalidade de otimizar algum suposto princípio de transparência ou cooperação internacional, tendo por base o culto à personalidade jurídica.

Assim, em que pese filiais não possuírem personalidade jurídica, assume-se, no convencionado no tratado, que devam ser tributadas como uma empresa autônoma fosse, quando operando em país estrangeiro ao de sua matriz, sendo-lhes garantido o direito à não discriminação.

Do contrário, se a matriz não operar por meio de filial, mas, p.ex., prestar serviços naquele país sem uma base lá permanente, o país da fonte não poderá fazer retenções sobre os pagamentos efetuados, cabendo apenas ao Estado de Residência a competência para tributar esta operação. Ir além disso é estender o alcance semântico dos termos do art. 7º de modo a

¹¹³ Estabelecimento permanente enquadra-se num *tipo* próprio, e não exatamente uma filial. Pode-se dizer que se trata de um conjunto de notas distintivas positivas e negativas que, medidas por suas intensidades no caso concreto, configurariam ou não, ao final, a existência do estabelecimento permanente, independente do registro formal de empresa.

¹¹⁴ Redação da minuta proposta até 2017. Os Tratados que forem firmados posteriormente tomarão por base a nova minuta, com ligeiras alterações, que não serão abordadas neste trabalho.

limitar competências tributárias fora do escopo do tratado.

Esta é, aliás, a principal finalidade do tratado: limitar a competência tributária do Estado de fonte do pagamento em favor do Estado de residência. O estabelecimento permanente da filial, condição a autorizar a sua tributação plena no país da fonte, nada mais é do que um corolário do próprio princípio de residência.

Ou seja, o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE trata de (i) exclusão de competência do Estado de Fonte em favor do Estado de Residência e (ii) uma exceção a essa regra relativamente a situações quando uma matriz opera por meio de uma filial. Isto é, não alcança, *a priori*, situações envolvendo controladora e controlada, como no caso previsto na TBU.

O entendimento de que o art. 7 trata de filiais e matrizes é, curiosamente, confirmado por Xavier, quando diz “Esclareça-se que, para fins dos tratados, o fato de uma sociedade, domiciliada em um dos Estados (Espanha), ser controlada por outra sociedade, domiciliada no outro Estado (Brasil), não faz da primeira um estabelecimento permanente da segunda”¹¹⁵. Ou seja, não abrange situações de controladora e controlada.

Quando a Convenção Modelo da OCDE fala de “estabelecimento permanente”, não toma este conceito em sentido genérico para nele incluir as empresas personalizadas; ao contrário, emprega-o em sentido estrito de modo a ressaltar como traço a falta de personalidade jurídica destas entidades empresariais.

A despeito disso, isto é, de admitir que o art. 7º trata de filiais e matrizes, conclui o autor em sentido oposto, quando afirma que o art. 7º primeira parte, combinado com o art. 5º (que define “estabelecimento permanente”), deixa claro “nas relações entre duas pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria, **em que uma é controladora da outra**, não pode o país de domicílio da primeira (Brasil, controladora) pretender tributar os lucros da segunda empresa (estrangeira, controlada), domiciliada no outro Estado Contratante.

Além desta primeira incoerência, há outras, ao se admitir a interpretação de que o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE possa impedir a tributação de controladoras no Brasil pela TBU.

A segunda seria admitir que o mesmo artigo 7º – cuja principal finalidade é reafirmar o princípio da residência, por meio da limitação da competência do Estado de Fonte – estaria a funcionar de modo a limitar a competência de um Estado de Residência de tributar seus próprios contribuintes.

¹¹⁵ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 477.

Como mencionado no capítulo 1, a convenção modelo da OCDE é um acordo que aumenta a base tributária dos países exportadores de capital em detrimento dos países importadores. Este inclusive é um ponto de notável disputa internacional entre países mais pobres e mais ricos, portanto, fato notório.

Assim sendo, estranho seria extrair deste artigo – um dos principais da convenção – um sentido contrário a tudo aquilo que publicamente se sabe acerca das finalidades desse mesmo tratado, isto é, de ampliar a competência tributária dos Estados de Residência mediante a redução do poder de tributar dos Estados de Fonte.

Curiosamente, embora o Brasil tenha uma história de país importador de capital – e, portanto, de país que tende a se beneficiar mais do critério de fonte –, no caso da TBU, o país funciona como exportador de capital, quando uma empresa nacional se multinacionaliza incorporando controladas no exterior. Assim, nenhuma outra hipótese melhor do que esta representaria a confirmação da competência brasileira de tributar os seus próprios residentes.

Outras seriam as evidências contrárias à interpretação de um suposto conflito do art. 7º com a TBU. Admitindo esta tese como correta, este seria o único artigo com o propósito de, na cabeça, limitar competência do Estado de Residência, destoando do resto do tratado. No máximo, os outros artigos possuem parágrafos que restringem a competência do Estado de Residência de modo a firmar uma partilha da tributação de rendas passivas com o Estado-fonte onde são auferidas esses rendimentos, como, por exemplo, juros, royalties e dividendos. Isto porque, do contrário, tudo acabaria sendo tributado no Estado-fonte.

A esse respeito ainda, cabe citar Klaus Vogel, que critica a interpretação dada por doutrinadores latino-americanos acerca da existência de um suposto princípio de direito internacional que proíba a aplicação da legislação doméstica a situações surgidas de países estrangeiros, incluindo a tributação de rendimentos para fins domésticos:¹¹⁶

O direito internacional permite a tributação de transações econômicas estrangeiras quando exista uma conexão suficiente entre o contribuinte e o Estado de tributação, incluindo residência, morada habitual, cidadania ou local dos ativos. Nenhum princípio de territorialidade de direito internacional proíbe a aplicação do direito doméstico a situações surgidas em países estrangeiros, incluindo a tributação de rendimentos estrangeiros para fins nacionais. Enquanto uma visão contrária de autores latino-americanos e instituições mereça muito respeito do ponto de vista dos comitês de política internacional, tal ponto de vista não representa o direito internacional atual, evidenciado primariamente pela prática real estatal.

¹¹⁶ VOGEL, Klaus. On double taxation conventions. 4. ed. Alphen aan den Rijn: *Kluwer Law International*, [s. l.], 2015. v. 1, p. 7. A passagem não fala especificamente do art. 7º da minuta da Convenção Modelo da OCDE, mas, pelo generalidade da afirmação, entendemos que pode ser aplicada ao contexto.

Outra inconsistência residiria no fato de os comentários à Convenção Modelo – instrumento hábil a dirimir dúvidas sobre o alcance das disposições do tratado – ter passado a fazer menção, expressamente para a cabeça do art. 7º, da compatibilidade das regras CFC com este artigo, quando, em 2003, enunciou:

O objetivo do parágrafo 1 é limitar o direito de um Estado Contratante de tributar os lucros das empresas do outro Estado Contratante. **O parágrafo não limita o direito de um Estado Contratante de tributar os seus próprios residentes sob provisões de empresas controladas estrangeiras encontradas em seu direito interno**, mesmo que o imposto cobrado de tais residentes possa ser calculado por referência à parte dos lucros de uma empresa que é residente do outro Estado Contratante e que seja atribuível à participação daqueles residentes nessa empresa. **O imposto desta forma cobrado por um Estado de seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado e, portanto, não pode ser dito ter sido cobrado sobre esses lucros.**¹¹⁷

Ou seja, tributar por TBU uma controladora em seu próprio país não reduz o lucro de sua controlada no exterior. Indo um pouco além, tributar a controladora no Brasil não limita a liberdade econômica nem discrimina a controlada no exterior.

Com base nos comentários da OCDE, a RFB editou a Solução de Consulta nº 18/2013, concluindo que “a aplicação do art. 74 da MP 2.158-35 de 2001 não viola os tratados internacionais para evitar a dupla tributação”.

Alberto Xavier, contudo, discordou desta interpretação, pois entendeu ter havido um equívoco por parte do fisco brasileiro ao traduzir *controlled foreign companies provisions*:¹¹⁸

Ocorre que em seus comentários a OCDE (da qual fazem parte, diga-se de passagem, representantes das administrações fiscais dos diversos países-membros), admite a compatibilidade das disposições do art. 7º com as *controlled foreign corporations provisions*, ou seja, **as denominadas ‘normas CFC’**, como decorre da literalidade desses comentários, mal traduzidos pela Solução de Consulta COSIT nº 18/2013.

¹¹⁷ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Commentaries on the articles of the model tax convention. p. 133. Nota 14 dos comentários ao art. 7º. Disponível em: <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2017. Tradução Livre. No original: “*The purpose of paragraph 1 is to limit the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents’ participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits.*”.

¹¹⁸ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 493.

Ou seja, entendeu o autor que a expressão em inglês foi usada em sentido estrito de normas CFC, isto é, como normas anti-abuso, e não genericamente como quaisquer disposições referentes a empresas controladas no exterior.

Mas é bom salientar que o comentário não apenas rejeita a tese de conflito de regras CFC com o art. 7º, sejam elas genéricas ou específicas de antiabuso. Ao dizer que “*Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits*”, não resta dúvida de que, sejam ou não apenas as regras CFC antiabuso as referidas no comentário, não há espaço para a interpretação de que, cobrando por TBU as controladoras no Brasil, seria alguma forma transversa de diminuição dos lucros de suas controladas de outros países.

Por outro lado, nem todos os países-membros concordaram com este item 14 do comentário. A Bélgica explicitamente discordou, sob a alegação de que *By doing so, that State increases the tax base of its resident by including in it income which has not been derived by that resident but by a foreign entity which is not taxable in that State in accordance with the Convention*.¹¹⁹ Ou seja, entendeu a delegação daquele país haver desconsideração da personalidade jurídica da controlada em seu território (ou de qualquer outro país), contrariando assim o disposto no art. 7º.¹²⁰

O art. 7º não é um comando de respeito incondicional à personalidade jurídica. Bem diferente disso, quando aborda a questão da personalidade, visa apenas a proteger aquelas unidades empresariais que não a tenham – nominadamente os estabelecimentos permanentes – no sentido de não sofrerem discriminação e receberem o mesmo tratamento tributário que uma empresa personificada teria naquele lugar.

Contudo, se é verdade que tributar o lucro da controladora no país não significa tributar a sua controlada no exterior – como diz com propriedade o comentário da OCDE sobre o art. 7º – o mesmo não se pode dizer em relação ao efeito indutor que essa tributação

¹¹⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Commentaries on the articles of the model tax convention. p. 75. Nota 27.5. Disponível em: <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2017.

¹²⁰ Além dos países que objetaram o item 14 de referência ao art.7º, § 1º da Convenção Modelo, cabe mencionar o julgamento pelo Conselho de Estado – última instância recursal na França, no sistema administrativo – que reconheceu incompatibilidade, em 2002, das regras CFC francesas – muito semelhantes à TBU brasileira – quando a empresa coligada ou controlada estivesse situada em país com o qual a França tivesse tratado de não bitributação, num caso envolvendo empresa Investida Schneider na Suíça. A esse respeito, v. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 479. A decisão foi publicada em 28.06.2002, logo, no anterior ao do Comentário. Esta ordem cronológica entre a decisão da justiça administrativa francesa e os comentários, portanto, pode não ter sido mera coincidência.

possa ter na decisão de residentes no Brasil de quererem investir no exterior.

Ao saber o investidor brasileiro que terá de concorrer com outras multinacionais estrangeiras que não são obrigadas a pagarem a diferença de imposto de renda em seus respectivos países de residência, enquanto estiverem ainda precisando reinvestir os lucros de suas controladas na própria atividade empresarial para estabilizarem-se, duas opções naturalmente se abrirão: ou desistirem antecipadamente do projeto de expansão internacional, ou transferirem a sede da empresa para qualquer outro país que não tenha uma regra de tributação internacional como a brasileira.

A propósito, o Brasil ainda não possui, até a presente data, qualquer regra antielisiva para coibir a mudança artificial de *holdings* de empresas aqui baseadas. Ou seja, adotando o País a regra de tributação internacional mais rigorosa, fiscalmente falando, como já faz, a consequência pode ser uma mudança de sedes de empresas brasileiras para outras jurisdições, fenômeno este já conhecido de outros países exportadores de capital em relação a suas próprias multinacionais.

Outro efeito importante a ser mencionado causado por um tipo de tributação como o da TBU brasileira – como consequência até da inibição provocada sobre as decisões dos investidores – estaria num potencial de influir, ao menos em tese, na limitação do fluxo de investimento de um país para o outro país. Possivelmente, essa é uma das razões que levam as partes por vezes a exigirem uma cláusula especial na minuta da Convenção Modelo. Estas cláusulas são conhecidas por *tax sparing* e *matching credit*, como já comentadas.

Nesta linha, alguns tratados firmados pelo Brasil possuem essas cláusulas específicas limitando a competência do Estado de Residência de tributar suas empresas-controladoras em relação aos lucros não distribuídos apresentados por suas controladas no outro Estado. É o caso, por exemplo, dos tratados firmados com a República Tcheca, Eslováquia¹²¹ e com a Dinamarca.

O exercício da competência tributária na forma posta pela TBU, portanto, pode transformar-se num item a ser negociado com outros países nos tratados de não bitributação firmados, especialmente se o outro país tiver porventura algum interesse específico na importação de capital do Brasil, isto é, no fluxo de investimentos.

Ou seja, embora a TBU possa em tese ter um efeito extrafiscal de inibir investimentos

¹²¹ Dispõe o tratado de não bitributação com a República Tcheca e Eslováquia: Art. 23, § 5º: 5. Os lucros não distribuídos de uma sociedade de um Estado Contratante, cujo capital pertencer ou for controlado total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não serão tributáveis nesse último Estado.

de brasileiros em outros países, esta questão, de uma maneira geral, parece ter pouca relevância para a OCDE, mais preocupada com que os países de fonte não exerçam as suas competências tributárias de modo a inibir a entrada de capital estrangeiro como, por exemplo, tratando de forma discriminatória as multinacionais ou as filiais despersonalizadas.

Outra questão relevante, portanto, está na distinção entre a tributação de dividendos e do lucro empresarial. A convenção modelo procura dar um tratamento especial para as chamadas rendas passivas, nomeadamente os dividendos (art. 10), os juros (art. 11), os royalties (art. 12), e o ganho de capital (art. 13). Como já explicitado no capítulo 1, estas rendas são mais facilmente deslocalizáveis, isto é, mudadas de jurisdição com vistas a reduzir artificialmente a tributação.

Além do problema de a tributação sobre rendas passivas ser mais facilmente elidida, é natural que os Estados de fonte de pagamento destas queiram taxá-las. Para o país exportador de capital no saldo das transações entre os dois, essa tributação pode eventualmente zerar a sua parcela de arrecadação.

No caso dos dividendos, a Convenção Modelo propõe um então uma partilha, que concede ao Estado da Fonte poder tributar em 5% ou 15% esses rendimentos, a depender de se o beneficiário no Estado de Residência é ou não sociedade com participação de mais de 25%. A *ratio* parece seguir uma tendência mundial de não se tributar dividendos quando recebido por pessoas jurídicas qualificadas (e.g., deter 25% do capital da investida, pelo critério adotado pela OCDE na minuta-modelo). Nestes casos, a Convenção Modelo estabelece tributação máxima de 5% pela fonte pagadora na distribuição de dividendos nestes casos.

Para os demais casos, isto é, quando os dividendos forem recebidos por pessoas jurídicas que detenham menos de 25% do capital de suas investidas, ou por pessoas físicas, a tributação fica limitada a 15%. Ou seja, há uma espécie de partilha da tributação dos dividendos, sendo permitido ao Estado de fonte tributar até este valor.

Para o caso de acordos com o Brasil, a formalização desta partilha é desnecessária, pois o País não tributa distribuição de dividendos de fontes nacionais, apenas o recebimento de dividendos de fontes estrangeiras. E, dentro desta hipótese, isentará os dividendos recebidos pelas controladoras no país, pois derivam de lucros já tributados antes por TBU.

Se o caso for de coligação entre a empresa nacional e a investida estrangeira, haverá tributação normal na pessoa jurídica – um caso *suis generis* de tributação do lucro empresarial diferido pela distribuição de dividendos, instituído por construção jurisprudencial. Esta lógica

segue a figura da “disponibilização do lucro”.

Trata-se de uma criação jurídica brasileira que permite, em termos práticos, o diferimento do resultado da TBU para o momento do anúncio dos dividendos, ou algo antes. Esta ligeira antecipação da ocorrência do fato gerador da tributação, em relação à distribuição de dividendos, pode ter lugar quando a investida estrangeira preteriu essa distribuição em benefício de outros desembolsos, em situações enunciadas pela lei.

Ao regular a tributação dos dividendos no art. 10, a Convenção Modelo faz uma ressalva expressa no parágrafo 2º, alínea *b*, em relação ao lucro empresarial, informando que o disposto “não afeta a tributação da sociedade pelos lucros dos quais os dividendos são pagos”. Ou seja, não afeta a tributação pelo equivalente ao IRPJ e a CSLL no Brasil.

Isso se pode justificar, em parte, pelo fato de que o lucro empresarial é mais facilmente imputável aos respectivos estabelecimentos-permanentes-contribuintes do que os dividendos a seus reais acionistas. Além disso, como abordado no capítulo 1, existe a possibilidade de se enxergar os tributos sobre o lucro empresarial como custos do próprio negócio. Na verdade, são substancialmente diversas as tributações dos dividendos (naturalmente voltada as pessoas físicas, em razão da progressividade e da capacidade contributiva) e dos lucros empresariais (voltada para as empresas), sob o ponto de vista de suas justificações.

Portanto, é um equívoco confundir a tributação do lucro empresarial (1º Momento) com tributação de dividendos (2º/3º Momentos),¹²² como por vezes fazem os tribunais no Brasil e a doutrina. Isto porque os efeitos econômicos destas tributações, como acabamos de demonstrar, são diversos e – possivelmente por essa razão – tratados diversamente pela Convenção Modelo.

Por fim, dois vieses importantes poderiam ser destacados da convenção modelo da OCDE: o primeiro trata da preferência pela tributação no Estado de Residência, com a consequente limitação da competência tributária do país de fonte, também chamado de “princípio de residência”; o segundo, o de uma indiferença em relação aos efeitos inibidores no fluxo de capitais porventura decorrentes do exercício da competência tributária de um país no sentido de tributar seus próprios residentes, dado não existir qualquer dispositivo na minuta-modelo com essa finalidade, exigindo portanto dos Estados interessados – como o Brasil ou outros – que aditem a minuta modelo se assim o desejarem.

¹²² À espécie de tributação dos dividendos, acrescentamos a tributação sobre os lucros não distribuídos. Ou seja, as mesmas limitações de competência na tributação de dividendos valem para uma eventual pretensão do Estado da fonte de taxar os lucros não distribuídos.

3.3.2 A limitação de tributar seus próprios residentes nas minutas de tratados dos EUA e da ONU

Se poder tributar sem restrições seus próprios residentes é algo sujeito a controvérsias – muito embora, como demonstrado no item anterior, parecem perfeitamente superáveis –, há considerações relevantes a serem feitas sobre as outras duas minutas de tratado internacional para não bitributação mais conhecidas. No caso, a minuta norteamericana e a das Nações Unidas.

Historicamente falando, a primeira minuta surgida destas três foi a norteamericana, no início do século 20, que serviu de para a modelo da Liga das Nações,¹²³ depois Organização das Nações Unidas. Segundo Klaus Vogel,¹²⁴ o modelo americano foi revisado no final dos anos 1970 com o principal objetivo de adaptá-lo ao modelo da OCDE. Como exposto no capítulo 1, a tributação americana internacional do imposto de renda nasce orientada pelo princípio de fonte.

Além da confluência em suas origens históricas, observa-se certa semelhança estrutural entre essas minutas. Conceitos como estabelecimento permanente, lucros das empresas e tributação de rendas passivas aparecem nos três, mais ou menos nos mesmos artigos, com algumas poucas distinções. A principal delas talvez seja um benefício um pouco maior, pelo modelo das Nações Unidas, aos Estados de Fonte.¹²⁵

A minuta do tratado de não bitributação dos Estados Unidos, em seu art. 1º, parágrafo 4º, quando faz uma ressalva expressa quanto à possibilidade de os Estados contratantes tributarem seus próprios residentes sem limitações, quando diz “*Except to the extent provided in paragraph 5, this Convention shall not affect the taxation by a Contracting State of its*

¹²³ GRAETZ, Michael J.; O’HEAR, Michael M. The “original intent” of U.S. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], p. 1066-1067, 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

¹²⁴ VOGEL, Klaus. On double taxation conventions. 4. ed. Alphen aan den Rijn: *Kluwer Law International*, [s. l.], v. 1, p. 12-13, 2015.

¹²⁵ “*The United Nations Model Convention generally favours retention of greater so called ‘source country’ taxing rights under a tax treaty—the taxation rights of the host country of investment—as compared to those of the “residence country” of the investor. This has long been regarded as an issue of special significance to developing countries, although it is a position that some developed countries also seek in their bilateral treaties.*” Segundo Sérgio André Rocha, este benefício maior seria apenas superficialmente diferente do modelo OCDE, na medida em que adotou o critério de residência como predominante. ROCHA, Sérgio André. Imperialismo fiscal internacional e o princípio do estabelecimento permanente. In: QUEIROZ, Luís Cesar Souza; ABRAHAM, Marcus; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo (Orgs.). *Estado fiscal e tributação*. Rio de Janeiro: GZ, 2015. p. 156-157.

residents (as determined under Article 4 (resident)) and its citizens...”.

Quanto ao modelo das Nações Unidas, a publicação com comentários à minuta faz também menção expressa a essa hipótese, quando diz:

Tratados tributários não limitam o escopo do direito do país de residência em taxar rendimentos estrangeiros. Enquanto tratados limitam direitos de tributação do país de fonte, uma questão mais difícil é se a distribuição de provisões dos tratados tributários representam alguma restrição no país de residência em relação a seu direito de tributar. A visão predominante parece ser que as regras distributivas nos artigos 6º a 21 não tencionam a limitar diretamente os direitos dos países de residência.¹²⁶

Ou seja, embora não totalmente pacífico, como é reconhecido na publicação, a visão predominante é de que dos artigos 6 a 21 – ou seja, incluindo o art. 7º, que na minuta ONU também se refere ao lucro das empresas – não limitam o poder de tributar do Estado de residência de tributar rendimentos estrangeiros.

Assim, a partir de uma análise abrangente do art. 7º sobre o lucro das empresas da minuta da Convenção, confrontando-a com as disposições das outras duas principais minutas de tratados – as quais influenciaram umas nas outras no decorrer da história –, conclui-se seria destoante considerar que apenas a minuta da OCDE permitiria um sentido diferente para esse dispositivo, excepcionando o princípio da residência sem que qualquer fundamento passível de ser encontrado nem mesmo em outros tratados.

3.3.3 A jurisprudência do STJ

Acerca da jurisprudência do STJ sobre o tema, cabe comentar os precedentes nos RE nº 1.236.779/PR e nº 1.325.709/RJ. Entre as questões enfrentadas, destacam-se a da legalidade da tributação por equivalência patrimonial do lucro oriundo de controladas no exterior, pendentes de distribuição, em face do art. 43 do CTN, e da compatibilidade desse modelo com os tratados internacionais contra bitributação assinados pelo Brasil.

Contudo, a jurisprudência não se mostrou clara em relação ao se pronunciar sobre se a TBU infringe genericamente a Convenção Modelo ou se apenas no caso daqueles países

¹²⁶ HARRIS, A. Peter. Taxation of residents on foreign source income. In: *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*. New York: ONU, 2013. p. 111-112.

mencionados no Recurso Especial 1.236.779. Isto porque, neste recurso especial, a corte analisava se a TBU seria cabível na hipótese de a controlada estar situada nos países de Luxemburgo, Bélgica e Dinamarca. E a ementa e o acórdão não dirimem essa questão.

O questionamento faz-se necessário porque, de fato, já não seria cabível a aplicação da regra sobre os lucros não distribuídos de controladas na Dinamarca por haver cláusula específica neste tratado com comando expresso proibindo essa hipótese de tributação. Inclusive, este detalhe foi bem destacado no voto vencedor do relator, Ministro Napoleão Nunes.

No caso da Bélgica, embora não haja esta cláusula específica, pode-se ainda considerar que esse país, como parte contratante, de fato entende que regras CFC ferem o art. 7º. Por consequência, a mesma incompatibilidade se estenderia à TBU, dado esta ser mais invasiva em sua incidência. Assim, poder-se-ia em tese cogitar de um desrespeito ao acordado (*pacta sunt servanda*) entre o Brasil e esse país. Por fim, Luxemburgo também se incluiria neste caso, pois fez ressalva nos comentários da OCDE acerca de sua não concordância da compatibilidade de regras CFC com o art. 7º.¹²⁷

Assim, o trecho da ementa do acórdão com a decisão foi o seguinte:

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 relações exteriores, a que o Direito Internacional não confere abono.**¹²⁸

Primeiramente, os lucros auferidos no exterior pela controlada já se encontram adicionados ao lucro societário da controladora brasileira na parte que lhe toca, por equivalência patrimonial, independentemente da distribuição dos dividendos. Ou seja, a lei fiscal não inovava nesta questão; em termos práticos, apenas deixa de considerar tal parcela do lucro societário como não-tributável.

¹²⁷ Comentários da OCDE à convenção modelo. Item 80: “*Luxembourg does not share the interpretation in paragraph 14 which provides that paragraph 1 of Article 7 does not restrict a Contracting State’s right to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law as this interpretation challenges the fundamental principle contained in paragraph 1 of Article 7*”.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão acerca da compatibilidade das regras de TBU com os Tratados Internacionais para não bitributação. Recurso Especial nº 1.325.709. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 24 de abril de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1275096&num_registro=201201105207&data=20140520&formato=PDF>. Acesso em: 05 maio 2017.

Além disso, não restou claro se o entendimento da corte revelaria uma posição de fato contrária a aplicação das regras de TBU em caso de a controlada estar domiciliada em qualquer país com o qual o Brasil mantenha acordo de não bitributação com base na minuta da OCDE ou se apenas nesses casos abordados, por serem especiais.

O voto vencedor do Min. Napoleão Nunes parece esclarecer um pouco mais o que a ementa não trouxe, sinalizando ter acatado o entendimento de Alberto Xavier, de quando o comentário da OCDE fala genericamente se valendo da expressão *controlled foreign corporations provisions*, não a empregaria em sentido lato, mas em sentido estrito de regras CFC antiabuso:

Dir-se-á que o Modelo OCDE não é incompatível com as medidas antielisivas inspiradas pela legislação CFC (*Controlled Foreign Corporation*). Acontece que essa legislação antielisiva visa coibir a má concorrência ocasionada pelos Estados conhecidos como paraísos fiscais em que a tributação é mínima.

O relator parece também ter-se confundido – embora tal equívoco não tenha prejudicado o núcleo de suas conclusões – acerca do momento em que a expressão “equivalência patrimonial” tenha sido inserida no ordenamento jurídico. Segundo o ministro, à época em que foi introduzida pela IN 213/2002, não existia por não estar expressa no art. 248 da LSA:

Tudo a se resumir na conclusão de que o art. 7o, caput, e § 1o, da **Instrução Normativa no 213, de 2002**, da Secretaria da Receita Federal (a seguir transcrito), pretendendo regulamentar o art. 74 da Medida Provisória no 2.158-35, de 2001, dele extrapolou: (...) O trecho do caput dessa norma ao dizer – "conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira" -anacrônico, no sentido de que está fora do contexto da época. Tal qual dito acima, **a expressão 'equivalência patrimonial' na data dessa Instrução Normativa, não estava incorporada na legislação comercial nem à legislação fiscal.**

Na verdade, a expressão “equivalência patrimonial” já se encontrava incorporada à LSA e em vigor antes da edição da IN 213/2002, no seguinte artigo:

Art. 197. (...)

§ 1o Para os efeitos deste artigo, considera-se realizada a parcela do lucro líquido do exercício que exceder da soma dos seguintes valores: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001).

I o resultado líquido positivo da **equivalência patrimonial** (art. 248); (...)
(Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001).

Antes disso, embora a expressão equivalência patrimonial não estivesse na LSA, já se

encontrava na legislação tributária do IR pela Lei 9.249/1995. E também a expressão é conhecida das empresas de capital aberto, sujeitas à fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conforme já previa a IN/CVM nº 247/1996.

Efetivamente, a equivalência patrimonial é por excelência um método contábil que permite enxergar com mais transparência os resultados e a composição patrimonial de um dado grupo econômico, e não uma mera criação da legislação fiscal. A legislação tributária sempre procurou excluí-la das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL porque se tratava de resultados já tributados nas empresas investidas brasileiras, os quais, se não expurgados da apuração da investidora, provocariam *bis in idem* sobre a mesma parcela de renda pelo simples fato de o controle do grupo econômico ter decidido operar por meio de pessoas jurídicas separadas.

Isto não quer dizer, por tal razão, que o resultado da equivalência patrimonial não seja renda em si, como é recorrente ver sustentado na doutrina. Apenas não faz mais sentido manter de fora o resultado da equivalência patrimonial (isto é, a sua parcela referente ao lucro propriamente dito) do lucro real da investidora no Brasil, uma vez que o país decidiu adotar um modelo de tributação mundial.

A expressão “equivalência patrimonial” permanece fora da redação dos textos legais da TBU, possivelmente pela polêmica que o termo gerou. Mas a ideia é essencialmente a mesma, sendo o termo agora usado “parcela” ou “variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos”.¹²⁹ Ou seja, um conceito mais restrito.

Ressalta-se que a parcela da equivalência patrimonial referente ao lucro da investida do exterior sempre fez parte do lucro líquido, fosse pelas regras contábeis antigas, seja pelas novas (alinhadas ao *International Financial Report Standards* (IFRS) e aos pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC)).

O cerne de toda a confusão, portanto, não ocorreu com o advento da IN/SRF/213/2002 – como mencionado no voto vencedor – mas, sim, por obra da IN/SRF/38/1996, que introduziu a figura estranha do “lucro não disponibilizado”, isto é, uma espécie *suis generis* de lucro empresarial não tributável pelo fato de (i) ter sido auferido no exterior e (ii) ainda não ter sido realizado. Equívoco mais grave foi a inclusão desta figura, posteriormente, no art. 43

¹²⁹ Dispõe o art. 77 da Lei 12.973/2014: Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76.

do CTN, pela LC 104.¹³⁰

É fato que o lucro registrado por equivalência patrimonial, não distribuído, é considerado não realizado, por exegese art. 197, § 1º, I da LSA,¹³¹ seja ele auferido no exterior ou no Brasil. A função deste dispositivo é formar reservas excluindo tais valores da base de cálculo do dividendo obrigatório a fim de que sejam distribuídos após serem realizados.

Ocorre que a TBU não tributa dividendos distribuídos pela controlada no exterior, mas sim o próprio lucro empresarial, na fatia pertencente à sua controladora. Como já mencionado, são duas tributações diferentes do ponto de vista de seus fundamentos. A tributação de dividendos é própria de pessoas físicas em regra e justifica-se pela capacidade contributiva em seus sentidos objetivo e subjetivo. Já a tributação do lucro empresarial justifica-se apenas pela capacidade contributiva objetiva, como será melhor detalhado oportunamente.

A TBU tributa a fatia do próprio lucro empresarial da controladora em sua controlada. Para grandes empresas, como normalmente se dá com multinacionais, a tributação pelo lucro real é obrigatória. E a tributação da pessoa jurídica pelo lucro real não depende da realização das receitas ou lucros, porque se dá em regra por regime de competência.

Quando o lucro não é realizado, isto é, quando não tem origem em receitas recebidas em a vista, tal fato pode suscitar, eventualmente, discussões acerca de sua disponibilidade econômica ou jurídica no caso concreto, especialmente para empresas de menor porte e com restrição ao crédito. Contudo, a regra é de que a não realização do lucro não o torna automaticamente indisponível para apuração do IR, tendo em vista, como já demonstrado, tal resultado repercutir economicamente para grandes empresas desde o momento quando são registrados em seus balanços.

Em que peses estas considerações, observa-se que a pior solução legislativa parece ter sido adotada e a confusão entre tributação de dividendos e de lucro empresarial foi de fato

¹³⁰ Efetivamente, a redação do § 2º do art. 43 do CTN é ainda menos técnica, pois, em vez de tratar de lucro, trata de receita e de rendimentos. Não há nada que justifique uma distinção entre receitas auferidas no País e no exterior, do ponto de vista do momento de suas ocorrências, a não ser uma própria intenção de se tentar instituir o *tax deferral* no Brasil por via transversa.

¹³¹ Art. 197, § 1º e inc. I, da LSA: § 1º Para os efeitos deste artigo, considera-se realizada a parcela do lucro líquido do exercício que exceder da soma dos seguintes valores: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001): I o resultado líquido positivo da equivalência patrimonial (art. 248).

incorporada ao CTN com a introdução do parágrafo 2º no art. 43 do CTN¹³² e, por consequência, a todo ordenamento jurídico.

Por conta disto, a figura da “disponibilização dos lucros” aparece em todo o estatuto da TBU, sem que ninguém saiba ao certo o seu significado para a tributação internacional, levantando-se especulações acerca de haver ou não uma possível ficção de renda quando estabelecida outra data de ocorrência do fato gerador diferente da distribuição efetiva dos dividendos.

Ainda se admitindo que a disponibilização do lucro seja uma figura que guarde sintonia com as disponibilidades econômica ou jurídica da renda, previstas no art. 43 do CTN – portanto, em consonância com a ideia de se perscrutar o caso concreto de modo a afastar a tributação de ficções –, causa estranheza a necessidade de introdução deste dispositivo em específico para limitar a tributação dos lucros no exterior.

Ou seja, o fato de o lucro ter sido auferido no exterior por multinacionais não poderia ser condição bastante para se justificar a criação de tal regra estreitadora da competência tributária no CTN, pois não há óbices excepcionais à disponibilidade da renda no estrangeiro, quando comparada àquela auferida no país.

A propósito, a redação dada pela LC 104 foi além, tornando indisponível como regra não apenas o lucro, mas a própria receita auferida no exterior, como se alguma razão houvesse que justificasse a não utilização dos *standards* contábeis de registro por regime de competência nestes casos. A verdadeira razão, acreditamos, pode ter sido tornar os textos confusos de modo a deles se poder extrair interpretação que possibilitasse, por via tortuosa, o benefício fiscal do *tax deferral* também no Brasil.

A lógica de a lei ordinária poder fixar a ocorrência do fato gerador nestes casos pode ser bem mais simples do que as especulações jurídicas mirabolantes sobre o tema trazem: se uma controlada levanta seu balanço, pela legislação de seu país, p.ex., em 30 de junho, a parcela do lucro que toca à controladora será tributada no Brasil em 31 de dezembro desse mesmo ano. Não seria razoável que controladas no exterior levantassem seus balanços especificamente em 31 de dezembro apenas para cumprir uma exigência do fisco de suas controladoras brasileiras, se os exercícios financeiros não coincidirem com o ano-calendário. Há também o problema de que uma controladora depende dos balanços das controladas para

¹³² Art. 43. (...). § 2º Na hipótese de receita ou de rendimentos 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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001).

fechar o seu próprio.

Assim, ocorre na prática um diferimento por razões operacionais e torna-se – ou ao menos se deveria tornar – irrelevante qualquer discussão acerca de momento de disponibilização em lei quando o que se trata é da tributação de lucros empresariais por regime de competência.

Quanto à equivalência patrimonial, a rigor ela traz em si também valores que não são renda (e.g., reavaliações de itens patrimoniais, provisões, etc.) que tanto podem aumentar, quanto diminuir indevidamente a base de cálculo do IR. A IN/SRF/213/2003 foi a primeira norma a determinar a adição global do resultado do MEP ao lucro real (art. 7º), mas não fez menção expressa à exclusão das parcelas da equivalência patrimonial que não são tributáveis, contribuindo para gerar desconfiância e repúdio por esse método de apuração.

Ou seja, quando se diz que o MEP não seria renda, a conclusão não está por completo equivocada. Mas o raciocínio correto para criticar esse modelo de tributação no passado deveria ter-se dado necessariamente em discriminar quais parcelas integrantes do MEP deveriam ser expurgadas da base de cálculo do IR, sem caber, contudo qualquer consideração em relação ao momento da ocorrência do fato gerador, como foi feito. Desta maneira, acabou-se por promover uma enorme confusão entre tributação de dividendos e do lucro empresarial.

Na sequência do julgamento do Recurso Especial 1.236.779, ao voto do relator seguiu-se o voto o Min. Arnaldo Esteves Lima, que fez referência importante acerca do método da equivalência patrimonial, informando tratar-se de método previsto em resolução do Banco Central e de instrução normativa da CVM, ambos de 1978. Contudo, acompanhou o relator no voto vencedor. A observação fez com que o relator corrigisse seu voto para afirmar a legalidade da TBU para os resultados auferidos em Bermudas, país que, além de não ter tratado de não bitributação com o Brasil, é paraíso fiscal.

Por fim, o voto-vencido do Min. Kukina parece ter acertado o núcleo da questão, quando expôs:

Em verdade, ao assim proceder, o fisco nacional, no exercício de sua delimitada soberania, está a tributar apenas a pessoa jurídica radicada no território brasileiro, não se descortinando, nesse procedimento, qualquer intrusão fiscal no território em que sediada a controlada ou coligada, o que, se por hipótese estivesse a ocorrer, aí sim renderia ensejo a descabida bitributação, vedada pela antes referida regra internacional.

Cabe ainda fazer uma consideração acerca do *pacta sunt servanda*, mencionado no voto condutor, como fundamento de respeito ao acordado em tratados internacionais.

De uma leitura dos comentários da OCDE sobre a Convenção Modelo, observa-se que uma minoria de países, entre os quais Bélgica e Luxemburgo, objetaram o entendimento do grupo de trabalho do organismo. Basicamente, o Comentário, no item 14, firma que não ferem o art. 7º as disposições na legislação interna de cada país de tributar seus próprios residentes com fundamento em regras sobre sociedades controladas estrangeiras, bem como esta tributação não reduzir os lucros da empresa controlada estrangeira e, assim, não poder ser considerada um imposto desta cobrado.¹³³

Se decisões judiciais no Brasil ao final entenderem que as disposições da TBU ferem, sim, o art. 7º da Convenção Modelo, por estarem supostamente cobrando imposto de empresas estrangeiras, a Justiça brasileira estará automaticamente se colocando como contrária ao entendimento da maioria dos países-membros da OCDE e, além disso, da própria Fazenda Pública Federal, reconhecendo, ao final, como interpretação correta, justamente aquela dada por uma minoria de países estrangeiros acerca do sentido e alcance das cláusulas de um tratado.

Assim, concluímos que a TBU não fere o disposto no art. 7º, § 1º (na verdade, *caput* pela técnica redacional brasileira). Embora em nível internacional essa questão também costume a ser suscitada, especialmente pela doutrina, representa cada vez mais uma posição minoritária,¹³⁴ sobretudo após a publicação dos comentários da OCDE à minuta dos tratados em 2003.

A lei 12.973/2014 corrigiu aspectos importantes em relação à Lei 9.249/1995 e suas alterações da MP 2158-35. Entre elas, redigiu, em texto claro, que apenas a parcela ou variação do valor do investimento referente ao lucro é tributável, abandonando a expressão “equivalência patrimonial”, de espectro mais abrangente. Excluiu expressamente as demais parcelas que influenciam o patrimônio líquido da controlada, bem como da base de cálculo as

¹³³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Commentaries on the articles of the model tax convention. Paris, OCDE, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> Acesso em: 12 mar. 2017.

¹³⁴ SCHIMIDT, Peter KØerver. Taxation of controlled foreign companies in context of the OECD/G20 project on base erosion and profit shifting as well as the EU proposal for the anti-tax avoidance directive: an interim nordic assessment. *Nordic Tax Journal*, Copenhagen Business School, p. 103, 2016. No original: “*Compatibility with Tax Treaties The question, concerning whether CFC legislation is compatible with tax treaties, has for years been subject to heavy debate in the international tax literature, and case law in different jurisdictions has not been consistent concerning this matter (Broe (2008)). The dispute has primarily concerned whether the CFC taxation should be considered contrary to tax treaties that include provisions similar to art. 7 (1) and 10 (5) of the OECD Model Tax Convention. It seems reasonable, however, to conclude that the prevalent, but not undisputed, position is that the application of the CFC legislation is compatible with tax treaties (Weeghel (2010))*”.

oscilações cambiais contabilizadas referentes a bens e obrigações ainda não liquidadas. Por fim, acatou o decidido na ADI 2588 e afastou o regime de competência na tributação dos lucros auferidos de coligadas situadas em países não classificados como paraíso fiscal.

3.3.4 A jurisprudência nas instâncias ordinárias

A jurisprudência das instâncias ordinárias, até a presente data, é vacilante quanto ao cabimento tributação dos lucros auferidos por meio de controladas tendo, por fato gerador, a data do balanço quando os investimentos são feitos em país de tributação não favorecida. De uma maneira geral, contudo, prevalece a linha de que sim, é cabível tal modelo de tributação, não ofendendo nem o conceito constitucional de renda, nem os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Vale ressaltar, a despeito das mudanças feitas na Lei 12.973/2014, a controvérsia do tema da tributação do lucro de controladas no exterior, localizadas em país de tributação não favorecida, tendo por base a data do balanço em regime de competência, permanece a mesma desde os primórdios da TBU, com poucas mudanças em termos de nuances.

Nas decisões contrárias à Fazenda acerca do tema, um dos equívocos mais comuns nas instâncias ordinárias é considerar improcedente a tributação por TBU por esta se valer do MEP, cujo resultado seria considerado renda não tributável, segundo interpretação literal-isolada do disposto no Decreto-Lei nº 1.598/1977, na parte que trata das regras de contabilização do Investimento em Sociedades Coligadas e Controladas. Em especial, os arts. 20 a 24.

Dispõe o artigo 23 que “a contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22 (isto é, o MEP), por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real.” Encontram-se, nos votos condutores, fundamentações do tipo de que o resultado por MEP não constitui renda tributável em razão do disposto no artigo 23.¹³⁵

O primeiro problema nesta afirmação é que, efetivamente, toda a renda é tributável, em razão do princípio da universalidade, salvo se lei específica a exonerar, e por razões muito

¹³⁵ APELREEX 000014 SC 2003.72.01.000014-4 (TRF-4), data de publicação: 21 jan. 2016.

claras – o que não é o caso, quando se cita apenas o art. 23 do DL 1.598/1977. Dizer que a renda não é tributável em razão de seu método de apuração não encontra respaldo em termos principiológicos no Direito Financeiro e Tributário.

Entre as considerações a reduzirem ou exonerarem a tributação da renda, poder-se-iam citar aquelas em razão da pessoalidade dos impostos ou de concessão de benefício fiscal, quando se permite o diferimento do IR como meio de incentivar os investimentos na própria atividade econômica.

Não existe renda não tributável em razão de ela ter sido apurada pelo método A ou B. Ou há acréscimo patrimonial ou não há. A verdadeira razão pela qual se excluía do cálculo da apuração do lucro real o resultado do MEP era não tributar *in bis in idem* uma parcela da mesma renda, já tributada na empresa investida.

Ocorre que, se essa empresa investida estiver situada no exterior, *a ratio* da aplicação do art. 23 deixa de existir, pois tais resultados ainda não foram tributados no Brasil, como demonstrado no item anterior. Ou seja, o art. 23 do Decreto-lei 1.598/1977 não é uma regra de aplicação geral no IRPJ – como equivocadamente presumido pela jurisprudência –, mas um dispositivo de aplicação apenas no contexto onde se encontra, isto é, um simples método de eliminação da bitributação entre empresas situadas no Brasil.

Acaso esta regra de exclusão não existisse, a tributação sobre o resultado do MEP aconteceria e funcionaria de modo a inibir a formação de grupos econômicos ou, ainda, forçá-los a dissimular esta condição, a fim de não sofrerem bitributação. Seria um viés indutor da norma tributária totalmente indesejado.

Se não houver influência significativa entre-empresas segundo esses critérios, o MEP não será aplicado. Neste caso, os lucros da investida não serão automaticamente reconhecidos no resultado da investidora. Em vez disso, os dividendos recebidos é que serão reconhecidos como lucro da investidora – situação no mundo real relativamente rara. No MEP, quando os dividendos são recebidos de empresas investidas, este valor já não é mais contabilizado no lucro.

Transpor, assim, a aplicação do art. 23 do Decreto-lei 1.588/1977 como regra de impedimento da tributação por TBU – surgida apenas cerca de oito anos depois – no resultado de multinacionais é ignorar como funciona de fato a apuração do IR nas empresas.

Outras decisões contrárias à Fazenda dizem respeito ao uso do MEP como critério

inadequado para apuração do resultado tributável por TBU.¹³⁶

De fato, acaso tenha sido considerado o valor bruto do resultado no MEP na TBU, haverá erro na aplicação do critério jurídico na apuração da base de cálculo, importando, desta forma, a nulidade do lançamento. Mas isto não invalida o MEP em si, para a apuração da TBU. É necessário saber se não foram de fato expurgadas as parcelas no resultado do MEP que não dizem respeito ao lucro tributável.

O simples fato, contudo, de o fisco usar a relação percentual do MEP – a qual traz consigo os conceitos de sociedades coligada e controlada – para trazer à tributação a parcela dos lucros pertencentes à investidora no Brasil no ano do balanço, em alguns casos, foi motivo para a anulação do lançamento tributário pelo Judiciário.¹³⁷

Ou seja, não se argumentou o problema de o MEP carregar parcelas indevidas, mas de a apuração na data do balanço conduzir a um resultado contrário ao conceito de renda. Em outras situações, a razão de decidir simplesmente fez menção a uma suposta ficção da renda na tributação por TBU – sem maiores considerações ao MEP – por entender inconstitucional por si a tributação que fixou a data do balanço como momento da ocorrência do fato gerador.

A Lei 12.973/2014, como já mencionado, evitou usar a expressão equivalência patrimonial, embora a ideia, na essência, permaneça a mesma: tributar, na proporção da participação societária na empresa no exterior, a parcela do lucro por esta apurado, em empresas estrangeiras, quando o investimento for relevante. Contudo, o novo estatuto da TBU cuida de separar de dentro do resultado do MEP as parcelas que não são o lucro, controlando-o em subcontas na própria escrituração contábil-fiscal. É a chamada Parcela do Ajuste do Valor do Investimento, que deve ser adicionada ao lucro líquido da controladora no Brasil relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que o resultado foi apurado pela empresa estrangeira investida.

Assim, ao menos com o advento da Lei 12.973/2014, a alegação de uso indevido do MEP pode-se dizer ter sido superada.

¹³⁶ AC 200333000051178 BA 2003.33.00.005117-8 (TRF-1). Data de publicação: 18/09/2013.
AMS 3527 SP 2003.61.00.003527-2 (TRF-3). Data de publicação: 28/10/2010.
AMS 200351010084598 RJ 2003.51.01.008459-8 (TRF – 2). Data de publicação: 15/06/2009.

¹³⁷ AMS 3527 SP 2003.61.00.003527-2 (TRF-3). Data de publicação: 28/10/2010;
AMS 2003.51.01.008459-8 (TRF-2), Data de publicação: 28/04/2011.
AMS 200232000064768 AM 2002.32.00.00.006476-8 (TRF-1), Data de publicação: 13/12/2013.

3.3.5 A jurisprudência do CARF

De uma maneira geral, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) considera procedente a apuração por TBU do resultado no exterior auferido por meio de controladas, tendo por fato gerador o ano-calendário de referência do balanço que apurou os lucros.

Excepcionalmente, contudo, o Conselho entendeu haver incompatibilidade da regra de TBU com o art. 7º da Convenção Modelo da OCDE. Na decisão proferida no acórdão 1402-002.388, sessão de 14 de fevereiro de 2017, em caso envolvendo controlada na Argentina, entendeu o Conselho haver óbice para a autuação. O voto vencedor, contudo, não demonstrou o que tratado Brasil-Argentina para não bitributação teria de essencialmente diferente da minuta de referência da OCDE, para impedir a tributação brasileira por TBU.

Decisões mais antigas chegaram a considerar a disponibilização do lucro na data do balanço como distribuição ficta de dividendos.¹³⁸ O equívoco deste raciocínio recai, como já mencionamos, na confusão entre tributação do lucro empresarial com tributação dos dividendos distribuídos.

¹³⁸Acórdão nº 101-95.500, sessão de 27/04/2006. Na ementa: “A disponibilização ficta prevista no § 2º do art. 1º da Lei 9.532/97 caracteriza pagamento de dividendos. O artigo de regência dos acordos internacionais firmados com a Alemanha e com a Argentina é o art. 10. Nesse caso, os tratados preveem que a tributação será pelo Estado de residência do investidor (no caso, o Brasil), admitindo a tributação também pelo outro Estado”.

4 TBU E INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

4.1 Nota introdutória

Neste capítulo, abordar-se-á o tema tributação em bases universais (TBU) sob a ótica de seus efeitos na ordem econômica e da sua conformação com a Constituição, isto é, se esta admite o uso de lei tributária não neutra, dentro de uma lógica de possibilidade de intervenção no domínio econômico.

O motivo dessa investigação reside no fato de, no decorrer da pesquisa sobre os aspectos dogmáticos da TBU, terem sido constatadas considerações diversas de ordem econômica subjacentes ao discurso jurídico-tributário. Assim, a proposta a partir daqui é aprofundar a discussão, de modo a esclarecer todas as reais questões e interesses envolvendo o tema a fim de detectar eventuais transgressões à ordem constitucional, não detectadas a partir de abordagens puramente dogmáticas.

A doutrina parece pacífica a respeito de que o Estado possui poderes para intervir na ordem econômica de modo a implementar políticas públicas. Contudo, o seu exercício com frequência restringe direitos constitucionais individuais, entre eles, o da igualdade como direito fundamental.

A igualdade, como princípio formal, funciona como teste capaz de filtrar eventuais arbitrariedades sensíveis que escapam ao crivo da *ratio legis*. Assim, não basta apenas que a ordem lógica dos enunciados, forte em seus aspectos sintáticos e semânticos, seja acatada para que os direitos constitucionais sejam respeitados e a justiça, ao final, atingida. Isto é, é necessário também zelar para que a igualdade não seja fulminada quando o uso exclusivo de raciocínios dogmáticos porventura venham a produzir restrições sérias e desproporcionais do ponto de vista dos efeitos, sob a ótica das garantias fundamentais, em face da realidade que se pretende regular.

Desta forma, não bastaria apenas saber se as regras de TBU, tenham elas ou não efeito fiscal, firam ou não tratados internacionais, tributem ou não efetivamente renda; é necessário, além disso, investigar os seus efeitos econômicos, para saber se de fato não há disfunções que

restringam desproporcionalmente direitos fundamentais.¹³⁹

A questão é de suma importância, pois os efeitos econômicos colaterais da norma tributária podem, eventualmente, levar a restrições de outros valores constitucionais – como a livre concorrência. Nestes casos, mesmo quando há uma concordância *a priori* da norma com a capacidade contributiva – como é o caso da TBU –, cumpre aprofundar a análise.

A preocupação com os efeitos da norma é também objeto da abordagem funcional do direito, da qual Bobbio pode ser citado como uma referência. A importância do aspecto funcional do Direito Econômico também é destacado por Eros Grau, quando diz “o tratamento da ordem econômica reclama, do estudioso do direito, o desenvolvimento de análise não exclusivamente dogmática, porém funcional. Mais ainda, é adequado, também, que tal análise seja empreendida desde uma perspectiva crítica”.¹⁴⁰ No caso de normas extrafiscais, p.ex., quando esta apresenta efeitos colaterais indesejados, o Prof. Guilherme Mendes, por exemplo, os chama com propriedade de “disfuncionalidades”.¹⁴¹

Como também se observa, há um entrelaçamento entre o Direito Financeiro e Econômico nas questões que se pretende abordar. Essa relação é, de fato, natural, e mencionada por Ricardo Lobo Torres, especialmente no que diz respeito ao intervencionismo, à livre iniciativa e à extrafiscalidade, pontos-chave desta pesquisa:¹⁴²

O Direito Financeiro se relaciona também com os outros aspectos do Direito Constitucional ou com as outras Subconstituições. Com Direito Constitucional Político as relações são estreitas, pois questões como a da democracia, do autoritarismo, do federalismo e do equilíbrio entre os poderes envolvem sempre aspectos financeiros. A mesma coisa acontece com o Direito Constitucional Econômico, mormente em assuntos básicos como os do intervencionismo, do mercado social, da livre iniciativa e da extrafiscalidade.

Assim, neste capítulo, será abordado acerca da relação entre normas tributárias de caráter fiscal e a possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico, os aspectos da TBU relacionados à neutralidade, bem como até que ponto a Constituição efetivamente tolera restrições à livre iniciativa como um efeito colateral esperado a partir do exercício natural da

¹³⁹ Como diz Ávila, a igualdade não deve ser apenas garantida na norma, mas também diante dos seus efeitos. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

¹⁴⁰ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 13.

¹⁴¹ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. *Extrafiscalidade: análise semiótica*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 113-115.

¹⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 17.

competência tributária.

4.2 O Estado e a intervenção no domínio econômico

4.2.1 Evolução do papel interventor do Estado Liberal

O Estado Liberal surge com a proposta de assegurar máxima liberdade às num retrospecto histórico, Eros Grau esclarece que o intervencionismo estatal aparece no início do séc. 20, fosse em razão dos clamores pelo Estado Social, fosse em razão do clima de guerras externas da época. Esta transição para o modelo atual, a que Grau também chama de neoconcorrencial, é assim descrita pelo autor:¹⁴³

Tem-se afirmado que ao Estado, até o momento neoconcorrencial ou intervencionista qualquer que seja o vocábulo ou expressão que se adote para designar a mudança de regime que marca, no sistema capitalista, a passagem do século XIX para o século XX estava atribuída, fundamentalmente, a função de produção do direito e segurança. Para referir, em largos traços, o regime anterior, poderíamos afirmar, singelamente, que não se admitia interferisse o Estado na "ordem natural" da Economia, ainda que lhe incumbisse a defesa da propriedade. Essa concepção porta em si a pressuposição de que ambos, Estado e sociedade, existissem separadamente um do outro, o que não é correto.

Este temperamento de características remonta, na verdade, à própria mudança experimentada com o Estado liberal clássico para o Estado Social, na virada para o século 20.

Essa transição também é abordada por autores das ciências econômicas, como apontado por BRAZUNA, quando diz que:

Partindo do pressuposto da existência de liberdade para o desempenho de atividades econômicas, uma evolução de ideias a respeito da organização dessas atividades, que começa com ideias a respeito de absoluta crença nos mecanismos de regulação do mercado e ausência total de interferência do Estado, pregados pela chamada Escola Clássica, e chega à constatação, pela Escola Keynesiana, da ineficiência das forças de autoajustamento da Economia, abrindo-se espaço para intervenção do Estado e a formulação de políticas econômicas.

¹⁴³ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 14.

Uma das razões para intervenção, portanto, estaria nas falhas de mercado (*market failure*). Segundo Paul Krugman,¹⁴⁴ três seriam as possibilidades principais:

- a) competição imperfeita, ou seja, quando determinado agente econômico detém tanto poder que impede que os outros agentes econômicos aufram benefícios do sistema de trocas. Tal situação ocorre, por exemplo, nos casos de monopólio ou oligopólio onde existe manipulação de preços para que ocorra uma transferência de recursos dos consumidores para os monopolistas;
- b) externalidades (*externalities*) ou efeitos colaterais (*side effects*) de determinadas ações de agentes econômicos. Um dos exemplos clássicos é a poluição;
- c) informações assimétricas (*informational asymmetry*) ou problemas de informações decorrentes da natureza de determinadas operações ou bens. Tal situação ocorre especialmente quando determinado agente detém informações privadas que não estão disponíveis de modo integral para outros agentes ou consumidores. Assim, por exemplo, no caso da contratação de um mecânico o corretor de bolsa, o consumidor não dispõe de informações suficientes para determinar se o contrato está sendo cumprido de modo satisfatório ou não. Outras classes de bens que possuem estas características são os bens públicos (*public goods*); recursos comuns (*common resources*) e bens escasso (*scarce goods*).

Segundo Luís Roberto Barroso, o projeto ideológico inscrito na Constituição define uma importante gradação na atuação do Estado, como agente normativo e regulador do fenômeno econômico.¹⁴⁵ “A intensidade do poder de intervenção do Estado leva à distinção entre os conceitos de dirigismo e disciplina”, conclui o professor.

¹⁴⁴ KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin; MYATT, Anthony apud CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 77.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 205, out./dez. 2001.

4.2.2 A intervenção no domínio econômico na Constituição

A Constituição de 1988 consagra valores liberais clássicos como a livre iniciativa tanto na ordem econômica (art. 170), como um dos objetivos fundamentais perseguidos pela República Federativa do Brasil (art.1º). Segundo Barroso:

O princípio da livre iniciativa, por sua vez, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da idéia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que hão de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV). Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).¹⁴⁶

A defesa dessas liberdades é um dos – senão o principal – fundamento a justificar a intervenção do Estado no domínio econômico.

A sistematização doutrinária das formas de intervenção do Estado na economia varia conforme o critério adotado. José Afonso da Silva prefere dividir as modalidades de intervenção estatal em duas: a participação e a intervenção, tomada esta última em sentido estrito. A primeira, com base nos arts. 173 a 177, caracterizando o Estado como administrador de atividades econômicas; a segunda, com fundamento no art. 174, em que o Estado apareceria como agente normativo e regulador da atividade econômica, compreendendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador e o planejador da atividade econômica.¹⁴⁷

A atuação do Estado, como agente normativo e regulador do fenômeno econômico, comporta uma gradação importante, à vista do projeto ideológico escolhido. Historicamente, têm sido experimentados modelos que vão de um extremo a outro: do controle absoluto ao liberalismo radical (*laissez-faire*), passando por formas intermediárias. A intensidade do poder de intervenção do Estado leva à distinção entre os conceitos formulados por Barroso de

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 189-190, out./dez. 2001.

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

dirigismo e disciplina.

A atuação espontânea do mercado é o principal fundamento da ordem econômica à luz da Constituição brasileira. A intervenção estatal pode ocorrer para implementar políticas públicas, corrigir distorções e, principalmente, assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento. Este é o fundamento e o limite de sua intervenção legítima. A característica da disciplina está, exatamente, em que ela não pretende nem pode pretender substituir o mercado em seu papel central do sistema econômico.¹⁴⁸ Neste contexto, o Direito Econômico tem papel primordial.

Grau conceitua Direito Econômico como o “sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da política econômica estatal.”¹⁴⁹. Reafirma ainda a adequação do vocábulo intervenção para referir atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito ou domínio econômico, e prefere distingui-la três modalidades: intervenção por absorção ou participação, por direção e por indução.¹⁵⁰

Como mencionado, uma das principais das razões para a intervenção dá-se justamente com fundamento na defesa da concorrência. Acerca disso, Eros Grau esclarece que:¹⁵¹

O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado –, passaram e desde então permanecem a controlar os mercados.

Brazuna reafirma que a liberdade econômica é a regra, mas a intervenção pode ter lugar de modo a preservar situações que digam respeito a outros objetivos constitucionais:

No Brasil, a Constituição Federal adota o primado da liberdade econômica, mas admite a intervenção do Estado com o objetivo de preservar o modo de produção capitalista e, ao mesmo tempo, transformar a realidade econômica e social encontrada em 1988. Por isso, conciliam-se, no texto constitucional, fundamentos e princípios liberais (livre iniciativa, propriedade privada, livre concorrência) com fundamentos e princípios protecionistas e de ordem social (dignidade da pessoa

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 205, out./dez. 2001.

¹⁴⁹ GRAU, Eros. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 31.

¹⁵⁰ Idem. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, p. 147.

¹⁵¹ Ibidem. p. 20.

humana, justiça social, soberania nacional, função social da propriedade, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução de desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, favorecimento de empresas de pequeno porte).¹⁵²

Por outro lado, mesmo tendo o Estado não só o poder, mas também o dever constitucional de intervir no domínio econômico para prevenir desequilíbrios concorrenciais, há situações onde as suas ações, contudo, poderão produzir efeitos contrários a outros objetivos constitucionalmente previstos na ordem econômica – ou disfuncionalidades –, especialmente no que tange ao respeito à livre concorrência. Um exemplo delas é no exercício da competência tributária, como será oportunamente abordado.

O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela Economia de mercado.¹⁵³ A livre iniciativa também pressupõe a existência da propriedade privada. Alguns autores entendem ainda a livre iniciativa como um direito fundamental. É o caso de Celso Ribeiro Bastos,¹⁵⁴ para quem:

A livre iniciativa é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.

Se a livre iniciativa e o seu corolário livre concorrência pertencem à dimensão dos direitos fundamentais, trata-se de questão que cabe ser perscrutada, sobretudo sob ótica de efeitos, o que será feito em momento oportuno.

¹⁵² BRAZUNA, José Luís Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação à luz do Artigo 146-A da Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 235.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 226, out./dez. 2001, p. 195.

¹⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. 7. v. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16.

4.3 TBU e neutralidade

4.3.1 Neutralidade fiscal e livre concorrência na Constituição

Cumpra investigar se é possível afirmar a existência de um princípio implícito de neutralidade da tributação na Constituição. Primeiramente, é necessária uma desambiguação do termo neutralidade.

Não é incomum ver o termo neutralidade sendo genericamente utilizado para exprimir a livre concorrência (art. 146-A da CF). De fato, há uma relação entre neutralidade fiscal e livre concorrência; Contudo, empregar um conceito pelo outro é impróprio, pois é possível que uma legislação neutra não atenda a livre concorrência, sendo necessário, em tais casos, uma norma com viés indutor a fim de se restabelecer tal equilíbrio.

O sentido próprio para neutralidade fiscal pode ser observado no seu emprego como um princípio constitucional implícito que orienta a tributação de modo a não causar ineficiências (em sentido técnico-econômico), isto é, não constituir ela mesma a causa de decisão dos agentes econômicos na alocação de recursos. Neste segundo caso, Paulo Caliendo a identifica como um princípio jurídico que tenta equilibrar dois interesses distintos: equidade e eficiência.¹⁵⁵

Segundo Casalta Nabais, a princípio da neutralidade fiscal tem importante previsão expressa na Constituição Portuguesa, em seu art. 81, “e”, que dispõe: “incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”.¹⁵⁶ Neste caso, para o direito português, a alusão feita à neutralidade em seu aspecto concorrencial e principiológico não é *a priori* distinguida.

Acerca das relações entre livre concorrência e neutralidade fiscal, prossegue Caliendo comentando importante decisão do O Conselho Administrativo de Defesa Económica

¹⁵⁵ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 101.

¹⁵⁶ NABAIS, José Casalta. A liberdade de gestão fiscal das empresas. *Revista Forum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, out. 2007.

(CADE) ao tratar de incentivos fiscais:

Em particular o tema dos incentivos fiscais foi tratado pelo CADE no Processo Administrativo n. 038/99, em uma decisão relevante sobre o assunto, apresentado pelo PNBE (Pensamento Nacional das Bases Empresariais). Nesse caso, o Plenário do CADE apreciou uma consulta acerca da adequação dos incentivos fiscais concedidos pelos Estados-Membros às empresas, prática conhecida como “Guerra Fiscal”, à legislação de defesa livre concorrência. Segundo a consulta, a “guerra fiscal pode levar a situações de alocação ineficiente de recursos na Economia e a condições que permitam a uma empresa a deter domínio de mercado”.¹⁵⁷

Questiona-se ainda se é possível conceber a neutralidade em sentido puro. Neste sentido, Schoueri, p.ex., a afasta, atribuindo-lhe a ideia de um dogma ultrapassado, dado que as normas tributárias passam elas mesmas a servir de instrumento do Estado na intervenção sobre o domínio econômico.¹⁵⁸

A neutralidade axiológica da tributação estaria associada à fase liberal clássica, sucedida pela fase intervencionista, onde o Estado de Direito assume uma postura positiva, não mais apenas se limitando a garantir o mero *status negativus libertatis* das liberdades individuais.

A necessidade de intervenção dá-se sob o próprio fundamento das ineficiências geradas pelo próprio mercado. Portanto, tributar com neutralidade ou mesmo tributar com um fim externo de inibir ou de incentivar determinadas condutas podem encontrar, no fim comum de evitar disfunções do mercado, um mesmo fundamento, como faces de uma mesma moeda.

Ávila também faz menção à impossibilidade de uma neutralidade em sentido puro, isto é, de proibição de os entes federados influírem de qualquer modo no exercício das atividades econômicas do contribuinte por meio da tributação. Isto porque tantos tributos fiscais como extrafiscais, afirma o autor, influem no comportamento dos contribuintes, pois a cobrança maior ou menor estimula ou desestimula comportamentos, mesmo que isso não seja o propósito imediato da lei; já os tributos com finalidade extrafiscal exercem influência direta, na medida em que visam precisamente a induzir o contribuinte a fazer ou deixar de fazer alguma coisa por meio da tributação.¹⁵⁹

No caso da regra de TBU brasileira, que adota a neutralidade fiscal na residência, o

¹⁵⁷ NABAIS, José Casalta. A liberdade de gestão fiscal das empresas. *Revista Forum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, out. 2007

¹⁵⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7, p. 15.

¹⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 97-98.

efeito sobre o comportamento dos contribuintes acaba por ser o de inibir a internacionalização de investimentos, pois a sobrecarga tributária pode, em determinados casos, interferir na decisão dos agentes econômicos de investir no exterior.

A neutralidade tributária pode ser também tomada como corolário de preservação da livre concorrência constitucionalmente estabelecida. Vale ressaltar, o Estado deve intervir, se necessário for, a fim de afastar as chamadas distorções do liberalismo – inevitáveis – de modo a serem corrigidas visando à realização dos fins do Estado Social.¹⁶⁰

Com efeito, a Emenda Constitucional (EC) 42/2003 introduziu o art. 146-A, que faculta à lei complementar estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência. Trata-se de um comando expresso no seio do sistema tributário nacional a exigir do legislador uma atuação positiva no sentido de preservar a livre concorrência.

Grecco afirma que um concorrente ter de suportar o ônus do tributo enquanto outro por ele não é atingido implica quebra da neutralidade da tributação perante a competição, contrariando o princípio consagrado no artigo 146-A da Constituição Federal de 1988 (CF/88).¹⁶¹ Acerca do conteúdo e alcance da norma insculpida neste artigo 146-A do sistema tributário nacional, Brazuna¹⁶² postula tratar-se ao mesmo tempo de regra e de princípio.

Segundo Schoueri, diversas são as oportunidades em que o constituinte revela sua opção pela neutralidade concorrencial da tributação.¹⁶³ Como um exemplo dessa opção, poderia ser citado o sentido do § 1º do art. 173 do texto constitucional. Quando se trata de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, assegura-se que tal empreendimento se sujeite ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributários.

A este preceito se vincula o § 3º do artigo 150 da CF quando, ao tratar de imunidade recíproca, afirma que esta não se aplica “ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados” (exatamente aquelas regidas pelo artigo 173).

Assim, constata-se que a limitação à imunidade recíproca, regida pelo artigo 150, § 3º,

¹⁶⁰ GRAU, Eros. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 63.

¹⁶¹ GRECCO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. p. 353.

¹⁶² BRAZUNA, José Luís Ribeiro Brazuna. *Defesa da concorrência e tributação à luz do artigo 146-A da Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 240-241.

¹⁶³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 519.

tem vinculação com o conteúdo do artigo 173, que se inspira no princípio da livre concorrência. De modo semelhante, a neutralidade concorrencial da tributação também parece inspirar a proibição da instituição de tributos que discriminem unidades da Federação, ou que limitem o trânsito de pessoas e bens, garantindo a unidade econômico-política do país, conforme acima referido.

Como regra, o art. 146-A da CF/88 funcionaria, ao outorgar competência para o legislador infraconstitucional a fim de que crie regimes especiais de tributação, de modo a gerar efeitos indutores de comportamento dos agentes econômicos com o objetivo de prevenir desequilíbrios concorrenciais, eventualmente provocados por falhas de estruturas ou mesmo por deslealdade nos comportamentos.

Cabe destacar a passagem segundo a qual Schoueri descreve a possibilidade de afastamento direto da lei tributária quando esta inviabilize ou dificulte sobremaneira a própria concorrência, dispensando a existência da própria lei complementar:

Na primeira hipótese, i.e., quando a lei tributária, ao aumentar ou reduzir a carga tributária sobre os agentes econômicos, vem dificultar ou inviabilizar a própria concorrência, parece dispensável a lei complementar: mesmo sem esta, o Princípio da Neutralidade Tributária seria suficiente para que se afastasse uma tal lei.¹⁶⁴

Por outro lado, a neutralidade tributária não pode ser confundida com a absoluta ausência de interferência estatal na ordem econômica por meio de tributos, por ser esta, como já mencionado, impossível. Há, portanto, uma margem de tolerância em termos do aceitável, quando se trata das disfunções da tributação, mesmo que estas recaiam contra a livre concorrência.

Contudo, pode-se identificar na neutralidade tributária um de princípio limitador ao poder de tributar, sendo inadmissível que a ação arrecadadora de tributos provoque desequilíbrios substanciais ou excessivos na concorrência.

Este ponto se torna de curial importância na análise da conformidade da TBU com a ordem econômica, pois, como se verá, esta possui algumas disfuncionalidades que, em tese, interferem na relação concorrencial enfrentada pelas multinacionais brasileiras no exterior.

¹⁶⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 525.

4.4 As noções de *capital export neutrality* e *capital import neutrality*

4.4.1 Definições

Dois conceitos são amplamente referenciados na literatura acerca da avaliação da política tributária internacional em termos de neutralidade: os de *capital export neutrality* (CEN) e *capital import neutrality* (CIN). Não obstante essa realidade, estes conceitos aparecem pouco ou, quando aparecem, não ocupam posições de destaque nas discussões institucionais no Brasil acerca de tributação internacional.

Weisbach¹⁶⁵ atribui a Richman o aparecimento desta distinção conceitual, surgida na década de 1960 para explicar as decisões em termos da política tributária internacional adotada pelos países.

O CEN seria a situação hipotética verificada onde os mesmos residentes suportam a mesma carga tributária – a despeito de decidirem investir no próprio país ou no exterior. Frequentemente, refere-se a um viés indutor adotado pela legislação fiscal internacional de modo a estabelecer a neutralidade tributária entre os próprios residentes de seu país, seja por razões de justiça fiscal (*equity*), seja por razões econômicas (*worldwide efficiency*).

Segundo Paulo Caliendo, a neutralidade fiscal em Direito Tributário Internacional pode ser entendida da seguinte forma:¹⁶⁶

- a) neutralidade na importação de capitais ou CIN, que procura manter o mesmo tratamento para dois contribuintes idealizando que a mesma forma de negócios não venha a receber tratamento diferenciado. Assim, aquele que investe em um terceiro país não pode ser privilegiado ou prejudicado no investimento internacional, de tal modo de que não se crie uma distorção na alocação internacional de recursos. O princípio é satisfeito quando todos os

¹⁶⁵ WEISBACH, David A. *The use of neutralities in international tax policy*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics, [s. l.], n. 697, 2014. Disponível em:

<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2383&context=law_and_economics>. Acesso em: 15 abr. 2017.

¹⁶⁶ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 118-119.

contribuintes, em um dado mercado, são tributados da mesma forma;

- b) neutralidade fiscal na exportação de capitais (CEN): igualmente, procura-se preservar a isonomia no tratamento entre o residente que pretende investir no exterior e o residente que investe somente nas fronteiras nacionais, evitando incentivos econômicos para a fuga de capitais ou desincentivos à alocação externa. Desse modo, a decisão entre investir no mercado doméstico e no exterior não é afetada por motivos fiscais (*a tax system meets the standard of capital-export neutrality if a taxpayer's choice between investing at home or abroad is not affected by taxation*);
- c) neutralidade nacional (*national neutrality*): determina que o montante de rendimentos de capital de origem nacional é dividido entre o fisco e o contribuinte na mesma proporção, independentemente de eles serem investidos no país ou no estrangeiro.

Segundo Alberto Xavier:

Com efeito, do ponto de vista econômico, o princípio da fonte (exonerando os lucros estrangeiros de tributação) favorece a neutralidade na importação de capitais (NIC), enquanto o princípio da residência, conduzindo a tributação idêntica, seja qual for o lugar de obtenção do lucro, favorece a neutralidade na exportação de capitais (NEC).¹⁶⁷

Sem embargo, na decisão de investir no exterior, uma realidade será inexoravelmente encontrada: países tributam a renda diferentemente, e, via de regra, será possível encontrar um destino para os investimentos onde a tributação seja bem menor do que a do país de residência. Neste caso, os investidores tendem a escolher a localidade onde há a maior economia de impostos, tomando por base os valores a serem pagos a título de antecipação, sem considerar *a priori* os ajustes da declaração anual.¹⁶⁸

Na situação hipotética da CEN, a tributação sobre investimentos feitos no exterior é instituída, no país de residência, de modo a anular essa diferença, cobrando-se no país o

¹⁶⁷ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 217.

¹⁶⁸ WEISBACH, David A. *The use of neutralities in international tax policy*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics, [s. l.], n. 697, 2014. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2383&context=law_and_economics. Acesso em: 20 maio 2017.

imposto que deixou de ser pago nos outros países. Este é também conhecido por sistema do *crédito*,¹⁶⁹ pois o cálculo base é feito mediante a tributação da renda obtida no exterior concedendo-se como crédito o imposto pago no outro país.¹⁷⁰ Diz-se genericamente ser o sistema usado nos países que adotam o *worldwide income*, como Estados Unidos e Brasil.

Uma das consequências lógicas da adoção da neutralidade tributária em termos de CEN é a forma igualitária como são tratados os residentes de um país: todos terminam sendo taxados, hipoteticamente falando, da mesma forma diante da escolha de investirem ou não no exterior, não havendo, ao menos a princípio, restrições à justiça fiscal (*equity*). Além disso, apregoa-se que este sistema pode influir menos na decisão dos agentes econômicos de onde investir (=alocar) seus recursos, pois, se a carga tributária final é a mesma seja em seu país, seja no exterior, em tese é uma opção mais apta a promover a eficiência econômica (*worldwide efficiency*).

A ideia de que a CEN é a opção mais apta a promover a *worldwide efficiency*, embora dominante, é sujeita a controvérsias. Vogel cita ensaio de Thomas Horst¹⁷¹ onde este economista afirma que apenas assumindo como fixas as ofertas de capital em ambos os países, variando-se os custos em razão da demanda, pode-se confirmar o papel da CEN como promotora da *worldwide efficiency*.

Outro ponto a ser esclarecido diz respeito ao próprio sentido da expressão *worldwide efficiency* ou eficiência global. Este conceito econômico gera uma noção um tanto equivocada quando lido por não especialistas, de tratar de uma preocupação, com um suposto respaldo

¹⁶⁹ Na Convenção Modelo da OCDE, o método do crédito ou da imputação está previsto no art. 23 – B, quando diz: 1. Quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos ou for proprietário de patrimônio que, de acordo com o disposto na Convenção, possam ser tributados no outro Estado contratante, o primeiro Estado mencionado deduzirá: a) do imposto sobre os rendimentos desse residente uma importância igual ao imposto sobre o rendimento pago nesse Estado; b) do imposto sobre o patrimônio desse residente, uma importância igual ao imposto sobre o patrimônio pago nesse outro Estado. Em ambos os casos, a importância deduzida não poderá, contudo, exceder a fração do imposto sobre o rendimento ou do imposto sobre o patrimônio, calculado antes da dedução, correspondente ao rendimento ou patrimônio que, consoante o caso, pode ser tributado nesse outro Estado. 2. Quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos ou for proprietário de patrimônio que, de acordo com o disposto na Convenção, forem isentos de imposto neste Estado, este Estado poderá, contudo, ao calcular o quantitativo do imposto sobre os outros rendimentos ou patrimônio desse residente, ter em conta os rendimentos ou o patrimônio isentos.

¹⁷⁰ Algumas definições na literatura tratam a tributação sobre os rendimentos brutos auferidos no exterior, sem direito ao crédito, como *capital export neutrality*, sendo que, quando o crédito do imposto pago é concedido unilateralmente, a situação seria de *national neutrality*. WEISBACH, David A, op. cit., p. 3. No mesmo sentido: GRAVELLE, Jane G. *Reform of U.S. international taxation: alternatives*. Congress Research Service, [s. l.], 2010.

¹⁷¹ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. Influence of tax differentials on international competitiveness. *Kluwer Law International*, [s. l.], p. 126.

científico, em se priorizar o desenvolvimento mundial em prejuízo do nacional como melhor política. Graetz e O’Hear sugerem que a explicação técnica, de que a CEN deveria ser adotada nos Estados Unidos em razão de promover uma maior “eficiência global” na alocação de recursos, torna-se argumento difícil de ser aceito pelo congresso para aprovar uma legislação tributária internacional com esta característica, mais preocupado obviamente com a arrecadação e o desenvolvimento americanos.¹⁷²

Klaus Vogel explica que eficiência global e nacional costumam a ser vistos como sinônimos em Economia, embora não de forma unânime. Conceber alguma diferença entre eficiência em nível nacional e global depende de se assumir se intervenções governamentais na economia beneficiam de fato ou não o crescimento econômico. Como na maioria das vezes, na visão do autor, as intervenções na economia prejudicam o próprio país cujo governo intervém, não haveria portanto diferença entre a eficiência nacional ou global, pois buscando uma, por meio da neutralidade, atingir-se-ia a outra.¹⁷³

Acerca das intervenções estatais prejudicarem mais do que beneficiarem, é oportuno aqui mencionar a chamada Escola das Escolhas Públicas ou *Public Choice School* e, especialmente, Milton Friedman, para quem toda a tentativa de corrigir falhas do mercado por meio de ação do Estado pode implicar erros maiores, em virtude dos custos decorrentes das falhas de governo, isto é, defeitos dos regimes democráticos que possibilitariam as práticas nocivas como o uso dos mecanismos públicos para garantir interesses privados (*rent seeking*).

Ou seja, tratar a eficiência global como sinônimo de eficiência nacional e, por conseguinte, adotar a CEN como melhor opção entre as duas neutralidades a serem utilizadas, parece estar em linha com as vertentes mais libertárias, embora tal tema, possivelmente por sua especificidade, não seja encontrado na literatura do gênero.

Contudo, sabe-se que nenhuma das duas neutralidades é exatamente neutra, em sentido estrito. Quando se decide. p.ex., adotar o viés da CEN na legislação tributária internacional, outra distorção será também provocada: o investidor que optar por investir no exterior enfrentará uma situação desigual diante de seus concorrentes estrangeiros naquele território, pois, no final, arcará com uma sobretaxa de impostos em sua sede. Trata-se do

¹⁷² GRAETZ, Michael J.; O’HEAR, Michael M. The “original intent” of U.S. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017. p. 1.042.

¹⁷³ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. Influence of tax differentials on international competitiveness. *Kluwer Law International*, [s. l.], p. 136-137.

enfoque de um econômico ou empresarial, em que os tributos são vistos como custos do negócio, o que será mais bem detalhado adiante.

Se não houver, contudo, sobretaxa em seu país de residência, tem-se que esse investidor estará, no exterior, em condições de igualdade concorrencial sob o ponto de vista da carga tributária. Se o seu país de residência isentar esta diferença de impostos, estará adotando, segundo a literatura econômica, uma opção por uma política de CIN.¹⁷⁴ Esta é a posição adota pelos países da dita tributação territorial e é melhor explicada por Lang, quando diz:

O método da isenção garante que uma empresa investindo no exterior está sujeita à mesma carga tributária que um competidor residente no país no qual o investimento é feito (“*capital import neutrality*”). Nenhuma tributação se acumula no Estado de Residência (...). A alíquota do Estado da fonte é, portanto, decisiva.¹⁷⁵

Ou seja, a tributação exclusiva no Estado-fonte, como também é chamada a tributação territorial, é vista como primordial sob o enfoque concorrencial, e a neutralidade preservada nestes casos é conhecida como CIN.

Uma dificuldade frequente em se entender esses dois tipos de neutralidade, reside, sobretudo, em compreender o conceito de CIN. A expressão “importação de capitais”, no núcleo semântico deste conceito, não guarda simetria perfeita com a expressão oposta, isto é, “exportação de capital”, sobretudo em razão do uso normalmente dado a elas.

Na CEN, a compreensão é intuitiva, pois a cobrança da diferença de impostos na residência, em relação ao que deixou de ter sido pago por ter-se investido no exterior a uma menor tributação, torna indiferente investir no próprio país ou fora, promovendo, assim, a neutralidade na exportação de capital do ponto de vista fiscal.

Já na CIN, o sentido corrente de “importação de capitais” aplica-se, sobretudo, ao Estado que recebe o investimento, e não àquele que decide adotar a neutralidade em questão. Basicamente, CIN tem a ver com poupança¹⁷⁶ e com igualdade de tratamento no país da fonte do rendimento, esta, de especial interesse para o Direito.

¹⁷⁴ Serão adotadas estas expressões em inglês de modo a restringir outros sentidos que se possam ganhar se traduzidas para o português, prejudicando a compreensão.

¹⁷⁵ LANG, Michel. *Introduction to the law of double taxation conventions*. 2. ed. revisada. IBFD, 2013.

¹⁷⁶ WEISBACH, David A. The use of neutralities in international tax policy. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics*, [s. l.], n. 697, p. 3, 2014. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2383&context=law_and_economics>. Acesso em: 15 abr. 2017.

Assim, extrair o sentido destas expressões do próprio uso corrente delas em vez de buscar as suas origens semânticas pode proporcionar uma melhor compreensão, correlacionando-as ainda às noções de tributação na fonte ou na residência.

Por exemplo, para Klaus Vogel, *export neutrality* implica um sistema de tributação em bases mundiais (*worldwide taxation*) mais crédito do imposto estrangeiro, enquanto a *import neutrality* implica isenção.¹⁷⁷

Não obstante a existência de controvérsias no tema, estas duas noções ou vieses, de CIN ou de CEN, relacionadas aos efeitos econômicos da norma fiscal, parecem-nos como de suma importância na opção que os países fazem ao desenharem suas legislações tributárias internacionais.

4.4.2 As opções pelo CIN ou pelo CEN em tributação internacional da renda

Esta dúvida, naturalmente surgida quando se analisam operações internacionais, remete à afirmação, sobretudo pela literatura econômica, de que a tributação nestes casos só pode optar por uma das duas neutralidades: ou aquela que respeita a igualdade do contribuinte enquanto residente, em relação aos outros contribuintes do seu país, tendo por base a capacidade contributiva; ou a que preserva a igualdade do contribuinte com os seus concorrentes no país estrangeiro onde ele opera, isentando-o dessa diferença de impostos na sua sede, a fim de, ao final, não vir a pagar mais tributos que os seus concorrentes estrangeiros, ao operar e exercer a mesma atividade econômica.

A importância da neutralidade para a legislação tributária internacional, sobretudo envolvendo grandes corporações, é abordado de forma esclarecedora pelo Prof. Moris Lehner, da Universidade Ludwig-Maximilians de Munique, para quem:

O que se sabe sobre conceitos de neutralidade fiscal é influenciado por problemas para definir regulamentos de origem e vice-versa. Tais conceitos são: neutralidade da exportação de capitais (NEC), neutralidade da importação de capitais (NIC) e neutralidade de propriedade do capital (NPC). Existindo ainda conceitos de neutralidade tributária nacionais, internacionais, entre – nações e mundiais; além de novos conceitos como: neutralidade de importação de serviços e de capitais (NISC)

¹⁷⁷ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. Influence of tax differentials on international competitiveness. *Kluwer Law International*, [s. l.], p. 137, 1990.

e neutralidade de exportação de serviços e de capitais (NESC). Todos os conceitos de neutralidade tendem a melhorar a eficiência econômica como políticas de tributação internacional. Entretanto, deve-se ter em mente que a discussão sobre neutralidade fiscal é focada na tributação. Isto quer dizer que obrigações fiscais não são os únicos critérios em termos de neutralidade e eficiência. É uma questão que não requer elaboração, mas devemos mencionar que o ato de perturbar a neutralidade fiscal pode ser compensado por vantagens financeiras, assim como uma neutralidade fiscal existente pode ser afetada por desvantagens financeiras. Outra afirmação importante que a ser feita, deve-se ao fato de que os conceitos de neutralidade fiscal são altamente disputados. Finalmente, considerando tributação corporativa, o assunto é bastante complexo. Isto se deve ao fato de que é necessário discernir entre um nível de corporação e um nível de investidor em cenários bilaterais e multilaterais. E os investidores podem ser contribuintes individuais ou corporações. Então estes são problemas que não podem ser resolvidos por uma contribuição que está fadada a ser pequena.¹⁷⁸

Ou seja, a neutralidade de fato permeia todo o problema da tributação internacional, o que faz presumir a sua importância, **até hoje**, no desenho de regras de *controlled foreign corporations* (CFC).

Diante deste dilema que remonta aos primórdios, os Estados Unidos, berço da tributação mundial da renda – sistema que, de início, surge para fazer respeitar a neutralidade na tributação entre seus próprios residentes (CEN) – dá um passo atrás logo em seguida e adota o *tax deferral*, um diferimento por prazo indeterminado dessa diferença global de impostos de multinacionais americanas por suas atividades operacionais exercidas em outros países por meio de sociedades controladas.

Esta opção restou ainda mais clara diante da declaração do representante do Tesouro Americano, Thomas Adams, à época da implantação da tributação em bases mundiais nos Estados Unidos, no início do século 20: “negócios competem com negócios, e não donos competem com donos”.¹⁷⁹ Isto é, a neutralidade escolhida pelos Estados Unidos foi a do CIN, ao adotar um diferimento da tributação por prazo indeterminado que, na prática, acaba por pouco diferir do método da isenção, adotado por países de tributação territorial.

Mas é no início da década de 1960 que a neutralidade vai aparecer explicitamente nas considerações feitas pelo governo Kennedy ao congresso americano em favor da aprovação das regras CFC ou *Subpart F of part III*, como é ainda hoje conhecida naquele país. Assim dispunha a introdução dessas considerações:

¹⁷⁸ LEHNER, Moris. O impacto da neutralidade fiscal na crise financeira global. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 4, p. 194-195, jan./jun 2011. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/revista5/lehner.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

¹⁷⁹ GRAETZ, Michael J.; O’HEAR, Michael M. The “original intent” of U.S. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. l.], p. 1.037, 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

Neutralidade é um princípio fundamental de tributação nos Estados Unidos. O propósito da neutralidade é promover a justiça fiscal e a mais eficiente possível alocação dos recursos existentes. Idealmente, alíquotas de imposto sobre os lucros deveriam ser em qualquer lugar as mesmas, assumindo aproximadamente serviços governamentais equivalentes. Nós não podemos controlar as alíquotas tributárias estrangeiras e o fato de elas poderem contribuir para as desigualdades. Mas podemos prevenir o sistema tributário americano de contribuir com a deslocalização artificial de recursos entre jurisdições com subtributação, taxando os rendimentos auferidos na residência. O ônus da prova por não seguir o princípio geral da neutralidade fiscal deve recair sobre aqueles que desejarem continuar a se afastarem dela.¹⁸⁰

O projeto original enviado ao congresso, das regras CFC americanas aprovadas em 1962, portanto, privilegiava a neutralidade na residência como forma de (i) promover a igualdade e (ii) a melhor alocação possível dos recursos existentes. Em suma, as regras CFC aparecem como contrapeso à neutralidade externa (ou CIN) adotada até então nos Estados Unidos, em favor da neutralidade tributária interna (ou CEN).

Pretendia o governo americano, já em 1962, restringir bem mais o *tax deferral* do que de fato a aprovação das regras CFC o fez. A proposta inicial previa cortar esse benefício fiscal, mantendo-o, se fosse o caso, apenas para aquelas situações em que estudos econômicos comprovassem a sua contribuição em termos de aumento nas exportações e de geração de empregos nos Estados Unidos.¹⁸¹

Assim, além do corte do *tax deferral* para rendas passivas – que, por definição, não dependem de uma atividade operacional para serem geradas –, propunha-se cortá-lo também para investimentos em países desenvolvidos. Isto porque estudos demonstravam que investimentos em países em desenvolvimento, como os da América Latina, contribuíam de fato para geração de emprego e renda nos Estados Unidos, ao passo que outros feitos, p.ex., em países europeus, o retorno já não se verificava.

Ou seja, propunha-se, originalmente, que a capacidade contributiva entre contribuintes americanos só poderia ser restringida pelo favor fiscal do *tax deferral* o estritamente necessário a fim de que os benefícios revertidos para a população dos Estados Unidos o justificassem. Contudo, o Congresso Americano optou por uma regra CFC de escopo mais modesto e de abrangência menor.

Outra situação apontada pelo governo americano em 1962 como uma das distorções

¹⁸⁰ ESTADOS UNIDOS. *Revenue Act of 1962*. Hearings before the Committee on Finance, p. 173. Disponível em: <<https://catalog.hathitrust.org/Record/009936082>>. Acesso em 10 set . 2017.

¹⁸¹ ESTADOS UNIDOS. Department of Treasury. *The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study*. Washington, D.C., 2000. p. 118. Disponível em: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

provocadas pelo *tax deferral* dizia respeito ao fato de contribuintes americanos optantes por operações no exterior, em razão de alíquotas mais baixas de imposto de renda (IR), ganhavam significativa vantagem sobre os demais, que operavam exclusivamente dentro da jurisdição dos Estados Unidos. Logo, o *tax deferral* trazia malefícios não só em termos de prejuízos à capacidade contributiva, mas também para concorrência interna no mercado americano. Este último argumento não é melhor fundamentado nas fontes, sobretudo por não explicar como a tributação da renda nesses casos poderia interferir na livre concorrência entre empresas situadas dentro do próprio território americano.

Além desses malefícios, poder-se-ia imaginar também situações em que, em vez de o *tax deferral* contribuir para as exportações e para geração de emprego, o efeito poderia ser exatamente o oposto, isto é, o de empresas americanas preferirem desempregar nos Estados Unidos para empregarem no exterior atrás de menores custos com impostos, o que, de fato, já fazem para outras despesas, sobretudo na busca de Economia com salários e de menor regulação governamental.

Mas não seria apenas do ponto de vista jurídico que a adoção de uma política tributária de CEN é vista como a mais justa. Do ponto de vista econômico, o viés adotado pela tributação internacional é examinado sob o prisma da chamada *worldwide efficiency ou* eficiência mundial. Neste domínio, estuda-se as distorções que a tributação pode provocar em termos de alocação de investimentos e de poupança em nível mundial. Embora não de forma pacífica, a literatura econômica aponta a CEN como uma melhor alternativa na alocação dos recursos, alinhado-se mais à noção econômica de eficiência global e bem-estar (*welfare*).¹⁸²

Outras classificações econômicas, contudo, como *capital ownership neutrality* e *national neutrality* concorrem com as classificações de CIN e de CEN em termos de estudos acerca da eficiência global e bem-estar, mas estas duas parecem ser as mais referenciadas na literatura jurídica, bem como as que aparecem nas exposições de motivos do governo americano ao congresso quando se trata de aprovação de reformas na legislação tributária internacional.

Não obstante o intenso debate sobre neutralidade da regra CFC e competitividade no exterior, no Brasil tais ponderações não aparecem nas exposições de motivos da Lei

¹⁸² GRAETZ, Michael J. Taxing international income: inadequate principles, outdated concepts, and unsatisfactory policy. *Faculty Scholarship Series*, paper 1.618, p. 270, 2001. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1618>. Acesso em: 28 mar. 2017. No original: “Typically, economists regard CEN as essential for worldwide economic efficiency, because the location of investments would be unaffected by capital income taxes”.

9.249/1995 (que instituiu a TBU) e nem na da Medida Provisória (MP) 627/2013, convertida na Lei 12.973/2014. Alguns temperos de *capital import neutrality* aparecerão, contudo, no atual estatuto da TBU, concedendo um benefício fiscal de compensação de prejuízos mais abrangente, bem como um parcelamento, que combinam critérios de *entity e jurisdictional approach*, a ser comentado *a posteriori*. Uma leitura das 516 emendas apresentadas pelo Congresso por ocasião da conversão da MP 627 na Lei 12.973/2014 sugere haver ainda pouca maturidade no Brasil acerca do problema entre os tipos de neutralidade na tributação internacional, ao contrário dos Estados Unidos, onde se discute tal questão desde o início da década de 1960.

4.4.3 A lógica da CIN e da CEN no desenho das regras CFC

Não obstante a categórica afirmação de economistas de, *a priori*, ser impossível conciliar CIN e CEN por serem logicamente autoexcludentes, a prática demonstra que estes critérios são de fato combinados pelos países, numa espécie de tempero ou balanço entre os dois, no desenho adotado de suas regras CFC.

De uma maneira geral, países que adotam regras CFC tendem a respeitar a neutralidade no país da fonte quando as rendas da controlada estrangeira são ativas e quando esta não está localizada em país com tributação favorecida. Neste caso, a lógica é observar a CIN excluindo a tributação de CFC onde de fato há competitividade a ser respeitada, isto é, entre empresas que produzem lucros propriamente derivados de suas atividades empresariais, promovendo a eficiência de investimentos diretos.

Klaus Vogel defende que a tributação de investimentos diretos em países estrangeiros é economicamente eficiente apenas se o investidor não pagar mais impostos que o cobrado de seus concorrentes no país onde opera. Tal eficiência só é atingida, segundo o autor, se o país de residência do investidor adotar o princípio de fonte, isentando, portanto, a diferença. Não haverá, contudo, consistência com a eficiência econômica se o critério adotado for o do *worldwide income*, mesmo se for concedido o crédito do imposto pago no outro país.¹⁸³

¹⁸³ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. Influence of tax differentials on international competitiveness. *Kluwer Law International*, [s. l.], p. 143, 1990.

Esta linha é a observada pela maioria dos países que possuem regras CFC e participaram das reuniões da Ação 3 do *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS), segundo o relatório final.¹⁸⁴ Neste, afirma-se que na concepção das regras CFC deve ser estabelecido um balanço entre tributação dos lucros oriundos de subsidiárias estrangeiras.

Isto porque as regras de CFC levantam dois principais tipos de preocupações de competitividade. Primeiro, as jurisdições com regras CFC de amplo espectro de aplicação, segundo o relatório, podem encontrar-se em desvantagem competitiva em relação a jurisdições sem regras CFC ou com regras de espectro mais restrito. A lógica reside no fato de o lucro de subsidiárias estrangeiras de propriedade de empresas residentes acabarem sendo, em termos práticos, tributados de maneira mais pesada do que o de empresas de propriedade local na jurisdição estrangeira. Essa desvantagem competitiva pode, em tese, levar a distorções como, por exemplo, a uma mudança artificial da sede da multinacional para uma jurisdição que não tribute CFC, ou tribute de maneira mais branda.

O relatório também reconhece que não há limites claros entre sistemas territoriais e globais de tributação de multinacionais mas que, de uma maneira geral, os primeiros são mais prováveis de tributar apenas as rendas que foram artificialmente deslocadas das empresas-mães para as filhas.¹⁸⁵

Observa-se, por fim, uma clara mudança de rumo da Ação 3 do BEPS desde o seu início até o relatório final. A ideia inicial de propor que todos os países adotassem regras CFC de amplo espectro do tipo *full inclusion*, forte na ideia de neutralidade na residência, deu lugar a uma proposição final que respeita, em alguma medida, a neutralidade no país da fonte, por razões de competitividade.

Na prática, a Ação 3 do BEPS não trouxe as mudanças esperadas em termos de tributação de corporações multinacionais. Além da pressão de entidades representativas de multinacionais – inclusive brasileiras –, ficou registrada a preocupação dos países de adotarem regras contrárias à competitividade, diante do risco de os demais eventualmente não

¹⁸⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Designing effective controlled foreign company rules*. Action 3. 2015. Final Reports, OECD/G20. Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 15-16. Disponível em: <<http://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2017..

¹⁸⁵ A esse respeito, vale mencionar relatório da consultoria da Price Water House que aponta tendência mundial dos países abandonarem as tributações mundiais para adotarem sistemas territoriais. Dos 34 países que integravam a OCDE até 2012, 28 já eram territoriais, seguindo um número que cresce com os anos. Inclusive a Nova Zelândia, conhecida por já ser territorial mas por ter tido uma norma CFC de amplo espectro – comparável à TBU brasileira –, reformou suas regras, de modo a conter a mudança artificial de sede de suas multinacionais para outros países próximos, como a Austrália.

a adotarem, ou as aplicarem de maneira mais branda.

Apenas o Brasil parece ter adotado uma regra CFC na Lei 9.249/1995 de neutralidade pura na residência. Na lei 12.973/2014, a TBU ganhou temperos das regras CFC, mas continua chamando à base de cálculo todos os lucros auferidos por meio de controladas estrangeiras, fazendo considerações de CIN *a posteriori*, na forma de benefícios fiscais de compensação de prejuízos e da possibilidade de parcelamento do imposto com juros.

A despeito destas concessões, a regra brasileira de tributação da parcela do lucro oriundo de controladas estrangeiras continua sendo forte na neutralidade na residência, enquanto o resto do mundo opta por regras CFCs que respeitam a CIN por razões de competitividade.

A primeira vez que o princípio da neutralidade na fonte foi seriamente questionado nos Estados Unidos foi nas discussões no congresso em 1962 para aprovação das regras CFC da *Supart F*. Como já mencionado, o governo americano apresentou estudos demonstrando que o benefício fiscal do *tax deferral* só se convertia em mais divisas e mais empregos nos EUA para investimentos feitos em países em desenvolvimento, resultado este não verificado para aqueles feitos em países desenvolvidos, com na Europa. Naquela ocasião, o governo Kennedy já fizera um apelo ao congresso americano no sentido de que fosse dada prioridade ao CEN por razões de equidade e política econômica.

4.4.4 Considerações de *capital import neutrality* na Lei 12.973/2014

A Lei 12.973/2014 trouxe inovações ao estatuto da TBU no tocante a dar um tratamento diferenciado às rendas auferidas no exterior, seja discriminando-as em razão de serem ativas ou passivas, seja em razão da jurisdição onde foram auferidas, isto é, se de tributação baixa ou normal.

Estas diferenciações, comuns em regras CFC de grande parte dos países, cumpre uma função de respeitarem, em geral, a neutralidade tributária no país da fonte quando há justificativas em termos concorrenciais. Embora as regras CFC dos demais países – ou CFC sentido estrito – possuam finalidade antielisiva, não se pode ignorar que os fins perseguidos por estas normas não se esgotam no combate aos planejamentos tributários. Na verdade, a verdadeira função destas normas, tomada em sentido mais abrangente, acaba sendo, em geral,

o de temperar as neutralidades, de fonte (CIN) e de residência (CEN), de modo a se perseguir ideais de justiça fiscal (*equity*) e de eficiência na alocação dos recursos (*worldwide efficiency*). Ou seja, vão além do que normalmente se contenta afirmar.

No caso da TBU brasileira, ao menos na formação da base de cálculo a ser tributada referente ao resultado de controladas no exterior, não há considerações de neutralidade na fonte as serem aplicadas. Na Lei 12.973/2014, o critério de apuração continuou observando o chamado *full inclusion*, chamando *a priori* à tributação a totalidade dos lucros auferidos no exterior por meio de sociedades controladas. A regra brasileira continua, portanto, sendo de neutralidade na residência.

Contudo, foram concedidos alguns benefícios fiscais, aplicáveis *a posteriori*, cujos critérios consideram a distinção entre rendas ativas e passivas, e auferidas ou não em jurisdição de subtributação. Estes benefícios, se não exatamente equipara ainda a TBU brasileira às CFC estrangeiras, ao menos aproxima, do ponto de vista de alguma importância à neutralidade no país da fonte ter sido dada.

Estes benefícios fiscais seriam um parcelamento do tributo a ser pago em até oito anos e uma compensação de prejuízos mais benéfica, esta válida apenas até 2022. Ambas estavam previstas na MP 627, porém em prazos mais curtos.

No parcelamento, chama a atenção que este fica condicionado ao lucro distribuído.¹⁸⁶ Não haveria essa necessidade do ponto de vista estritamente do tributário. Tendo assim prescrito a lei, acabou por embutir na norma tributária um incentivo à repatriação dos recursos, ou seja, deu-lhe um efeito indutor. Como se observa, mais uma indicação de que a norma tributária internacional é campo fértil para a interferência do legislador na economia.

Além dessa condição, estabeleceu a lei que a controlada não pode estar submetida a regime de subtributação ou situada em país ou dependência com tributação favorecida, ou for beneficiária de regime fiscal privilegiado. Ainda, não pode controlar direta ou indiretamente outra sociedade nestas condições. Por fim, exigiu que a controlada direta ou indireta tenha renda ativa própria igual ou superior a oitenta por cento da sua renda total.

Este último critério é denominado, no relatório final da ação 3 do BEPS, de *entity*

¹⁸⁶ Art. 90. À 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 12,50% (doze inteiros e cinquenta centésimos por cento) no 1º (primeiro) ano subsequente.

approach.¹⁸⁷ Tem como característica ser tributariamente mais rigoroso, pois exclui completamente a empresa de um dado regime se as suas rendas passivas atingirem um determinado patamar, no caso aqui, de 20%, isto é, um percentual relativamente baixo. Isto pode ser particularmente complicado no caso de a controlada, num dado exercício, auferir um ganho de capital que venha a representar, p.ex., 30% de sua renda total – algo não raro. Neste caso, não poderá a controladora no Brasil beneficiar-se do parcelamento referente ao lucro apurado nesta controladora. Este critério também tende a ser criticado em razão de que algumas empresas possuem como objeto social cujas rendas são fiscalmente classificadas como passivas, como no caso de *royalties*.

Além do parcelamento, foi facultado às controladoras brasileiras compensar os prejuízos entre as suas controladas, sejam elas diretas ou indiretas, trazendo à tributação apenas o resultado consolidado, se positivo. Para usufruir esse benefício, a controladora também deverá demonstrar que a controlada cujo prejuízo se pretende compensar com o lucro de outra controlada deve não estar situada em zona de baixa tributação e nem auferir menos do que 80% de suas rendas como passivas.

Por fim, as coligadas que não cumprirem estes mesmos requisitos serão equiparadas à controladas e passarão da tributação de regime de caixa para competência.

Basicamente, estabelecendo-se estes critérios, algum respeito à concorrência no Estado da fonte passou-se a se observar, ponto antes de fortes críticas por parte da doutrina. Assim, nem mais a TBU brasileira pode ser considerada como de CEN pura, embora ainda seja possivelmente a com esse viés mais forte no mundo.

¹⁸⁷ “Under the entity approach, an entity that does not earn a certain amount or percentage of attributable income or an entity that engages in certain activities will be found not to have any attributable income, even if some of its income would be of an attributable character.” ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Designing effective controlled foreign company rules*. Action 3. 2015 Final Reports, OECD/G20. Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 50-51.

5 TBU E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

5.1 Nota introdutória

Em seguida à análise da acerca da relação entre a tributação em bases universais (TBU) e intervenção no domínio econômico, do ponto de vista da possibilidade de a lei fiscal poder ter também um papel em termos de política tributária que vai além da mera intenção arrecadatória – sobretudo de poder escolher qual neutralidade pode ou deve adotar nas normas de tributação internacional –, abordar-se-á a questão agora sob um enfoque da Análise Econômica do Direito, a fim de se investigar se não há eventualmente limites constitucionalmente implícitos ao poder de tributar a serem observados por regras de tributação internacional como a TBU.

Partindo-se da ideia de que o Direito é, efetivamente, um subsistema, nos dizeres de Nicklas Luhmann, “autopoético”, isto é, que se autodetermina segundo uma espécie de “fechamento operativo”, conclui-se ainda que, por meio da comunicação, recebe ele influência de outros subsistemas, como os da política e da Economia.¹⁸⁸ Pela *autopoiesis*, o Direito é autoreferente, embora dependente de um sistema maior que é a sociedade.¹⁸⁹ Esta é uma das ideias centrais em que se baseia Paulo Caliendo em sua abordagem da Análise Econômica do Direito (ou *Law and Economics*), e que orientará a presente parte da dissertação.¹⁹⁰

A razão da escolha deste enfoque reside no fato de a Análise Econômica do Direito propor uma abordagem abrangente o bastante para tentar compreender os fenômenos jurídicos sem deixar de dar a devida atenção a seus efeitos econômicos, o que, por todo o exposto até agora, é uma necessidade quando se analisam regras para *controlled foreign corporations*

¹⁸⁸ DERZI, MIZABEL. A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. (Org.). *O processo na constituição*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 1, p. 161-194.

¹⁸⁹ COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em recurso especial: a Súmula 7 do STJ*. Projeto Arcos (online), p. 150-152, [200-?]. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/reexame-de-prova-em-recurso-especial-a-sumula-7-do-stj/capitulo-iii-prova-e-recurso-especial/10-recurso-especial/a-a-sumula-7-do-stj#topo>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

¹⁹⁰ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 1-2.

(CFC).

Neste cenário, cabe também incluir os papéis da sociedade e da linguagem na compreensão dos fenômenos econômicos. O sentido da sociedade – como explica a Sociologia – é a produção da diferença, onde a linguagem exerce um papel primordial. Este processo só é possível mediante um fechamento do sistema para manter sua identidade, porém, ao mesmo tempo, mantendo-se cognitivamente aberto a mudanças. Estas mudanças são necessárias por razões adaptativas, sem as quais os sistemas colapsariam. Tal fenômeno é também reconhecido por “acomplamento estrutural”.¹⁹¹ Desta antítese entre estabilidade e diferença, surge a noção de risco, que deriva do processo dinâmico entre sistema social e ambiente.

São as instabilidades provocadas pelo processo de diferenciação que produz a “evolução”, aqui entendida em sentido estrito de passagem de sistemas simples para mais complexos. Todos os subsistemas estariam de alguma forma sujeitos a este processo, inclusive o próprio Direito, recebendo, dentre outras ciências, influências da Economia.

Caliendo propõe assim uma “teoria sistêmica da tributação” que abrange, além do Direito, a Política e a Economia. Segundo o autor, o sistema tributário encarado como resultado de trocas entre os subsistemas da sociedade, assumindo um sentido dinâmico de resposta à complexidade do sistema social e do risco. Aceita-se, portanto, a incapacidade de previsão exata das consequências racionais para as programações em matéria tributária, exigindo adaptação às novas condições e à permanente evolução do sistema.

No processo de trocas, contudo, deve-se ter a atenção a fim de que não haja corrupção sistêmica, isto é, a imposição do código lógico-modal de um sistema sobre o outro. Assim, a Economia, com seus modais ligados à eficiência, embora com relevância para o direito, não pode prevalecer sobre a lógica jurídica. Segundo Caliendo,

A ciência do Direito deve reconhecer que deve existir uma coerência sistêmica entre justiça e a eficiência em sentido pragmático, ou seja, o sistema de normas deve ser orientado por valores e justificativas advindas do contexto extranormativo. Dessa forma, não se trata de negar a autonomia e sintática da linguagem jurídica, mas de reconhecer que a rede de significados adotados no direito decorrem de uma conexão entre eficiência e justiça. Não há como negar qualquer relação ou determinar uma ordem de prioridade de uma sobre a outra. A compreensão do relacionamento entre justiça e eficiência é fundamental para a determinação de um sistema tributário justo e a afirmação de uma sociedade de direitos do contribuinte.¹⁹²

¹⁹¹ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

¹⁹² *Ibidem*. p. 93-94.

Neste contexto, a neutralidade fiscal, vista como princípio jurídico, juntamente com a capacidade contributiva, funcionaria como filtro das informações advindas do subsistema da Economia sobre a tributação e, assim, orientar corretamente o intérprete. O sentido e o alcance da neutralidade como princípio jurídico só poderiam ser determinados mediante uma análise de cada sociedade em particular. No caso de regras CFC, o sentido da neutralidade deve ser dado levando-se em consideração a realidade mundial.

Embora a análise econômica do Direito Tributário ainda constitua uma abordagem incipiente tanto no Brasil quanto no exterior, ao se propor responder questões tais como em que medida as normas tributárias influenciam o comportamento dos agentes econômicos, ela mostra-se promissora em termos de poder oferecer respostas satisfatórias a questões jurídicas como as relacionadas à constitucionalidade da TBU, sobretudo por esta estar, como já demonstrado, intimamente ligada à noção de neutralidade.

A Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* rejeita a ideia de autonomia do Direito perante a realidade social e recorre a métodos de outras áreas, como da Economia. A proposta, portanto, é integrar as impressões da Economia acerca de livre concorrência e neutralidade com a abordagem jurídica relacionada à questão da igualdade, relacionada ao tema da tributação do lucro de controladas.

5.2 A tributação como custo da transação ou Teorema de Coase

Em *Law and Economics*, o Teorema de Coase aborda a eficiência econômica de alocação de recursos em face das chamadas “externalidades”, isto é, os custos ou benefícios que são repartidos entre partes que não escolheram participar de uma determinada transação.¹⁹³ Uma das ideias básicas em Economia é de que governos devem adotar políticas que “internalizem as externalidades”, isto é, devem agir de modo a que os custos e benefícios afetem principalmente as partes que escolheram neles incorrer. Já a eficiência econômica atinge-se quando uma melhora adicional não pode mais ser feita sem prejudicar a situação de ninguém (“pareto ótimo” ou de eficiência na alocação de recursos) ou sem aumentar o custo médio (“eficiência produtiva”).

¹⁹³ BUCHANAN, James M. et al. Externality. *Economica*, New Series, v. 29, n. 116, p. 371-84, 1962.

Coase demonstrou que as análises clássicas sobre teoria microeconômica seriam incompletas, visto que consideravam apenas os custos de produção, mas não incluíam os gastos com a celebração de contratos ou administrações de firmas. Ora, se o mercado é capaz de alocar eficientemente os recursos, por que existiriam firmas, onde as trocas aconteciam dentro de uma via hierárquica? Porque funcionários não negociam diretamente com outros funcionários? A resposta de Coase seria a existência de custos que tornavam esse tipo de negociação inviável na prática, preferindo-se, ao invés de negociações e contratos, os fluxos por vias hierárquicas e burocráticas, por serem mais baratos, dentro de uma análise mais abrangente de custos.

A este conjunto de gastos tomados de forma abrangente, que influenciariam na decisão dos agentes em optar por contratar ou não, denominou-se “teoria dos custos de transação”. No que diz respeito à aplicação da teoria dos custos de transação aos tributos, os estudos ainda se mostram incipientes, mas já demonstram potencial para explicar problemas fundamentais ligados ao comportamento dos agentes econômicos, bem como a fornecer subsídios para decisões jurídicas.

A tributação pode ser vista como um custo de transação em sentido estrito, tal como nas situações envolvendo tributos indiretos. Mas para o teorema de Coase, a tributação pode ser vista também como custo de transação em sentido amplo, por representar um custo a ser suportado na utilização de mecanismos de mercado. Os problemas decorrentes de um sistema tributário imperfeito e ineficiente aumentam os riscos, culminando num custo de transação maior.¹⁹⁴

A relevância do teorema de Coase para esta análise não estaria, essencialmente, ligada à pergunta central que este propõe responder, mas ao próprio tratamento do tributo como um custo pela utilização dos mecanismos de mercado. Este tratamento apresenta estreita relação com a noção de *capital import neutrality* (CIN), embora tais temas estejam pouco associados na literatura.

O respeito à neutralidade no país da fonte tem também, como um de seus pressupostos, a ideia de que os impostos devem ser pagos à burocracia responsável por prover os serviços que viabilizam o funcionamento de uma empresa num dado local. Embora a nomenclatura de CIN ou de *capital export neutrality* (CEN) só tenha aparecido na literatura econômica na década de 1960, a ideia de privilegiar a tributação no local onde a renda é

¹⁹⁴ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 22.

auferida já deu demonstrações de força no início do Imposto de Renda (IR) moderno, nos anos 1910-1920 do século 20 nos Estados Unidos.¹⁹⁵

Esta relação entre o imposto pago como contraprestação pelos serviços públicos locais aparece também na noção de neutralidade inter-nações, defendida por Vogel para a tributação de investimentos diretos – um conceito que pode ser visto como uma variante da CIN – quando diz:

A neutralidade inter-nações requer que um contribuinte que conduza uma empresa in outro país ou mercado e então utilize facilidades de outro país (bens públicos) possa ter certeza de ser taxado não mais do que qualquer outro quem, sob as mesmas circunstâncias, usa estas mesmas facilidades na mesma medida.¹⁹⁶

Neste contexto também, uma das questões mais suscitadas costuma a ser se a tributação sobre a renda de fato é ou não repassada aos custos, como os tributos indiretos, ou se é suportada apenas pelos acionistas, ou seja, o fenômeno reconhecido na doutrina brasileira como repercussão, para os casos de repetição de indébito.¹⁹⁷ Esta parece ser basicamente a mesma ideia, porém implícita, na noção de CIN, pois considera que a sobretributação na residência da controladora piora as condições de competitividade da controlada no exterior.¹⁹⁸

¹⁹⁵ GRAETZ, Michael J.; O’HEAR, Michael M. The “original intent” of U.S. international taxation. *Duke Law Journal*, [s. 1.], p. 136-137, 1997. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2/>>. Acesso em: 12 jun. 2017. Thomas Adams, figura expoente representando o tesouro americano nas discussões sobre a implantação do *worldwide income*, teria declarado: “*A large part of the cost of government is traceable to the necessity of maintaining a suitable business environment. (...) Business is responsible for much of the work which occupies the courts, the police, the fire department, the army and the navy. New business creates new tasks, entails further public expense. (...) The relationship between private business and the cost of government is a loose one (...) The connection, however, is real. (...) [B]usiness ought to be taxed because it costs money to maintain a market and those costs should in some way be distributed over all the beneficiaries of that market.*”. Diante ainda da afirmação de que negócios competem com negócios e não donos com donos, Adams ainda teria declarado: “*Income must to some extent be taxed where it is earned, at rates and by methods determined by the conditions under which it is earned—not by the conditions under which it is spent. (...) [C]orporations and other business units derive benefits and compete with one another as units, in the jurisdictions in which they do business*”.

¹⁹⁶ VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. Influence of tax differentials on international competitiveness. *Kluwer Law International*, [s. 1.], p. 143, 1990.

¹⁹⁷ FARO, Maurício Pereira; ROCHA, Sérgio André. Ação de repetição de indébito. In: ANTONELLI, Leonardo Pietro; GOMES, Marcus Lívio (Org.). *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2001. v. 3, p. 318-319.

¹⁹⁸ Acerca dos efeitos da tributação sobre o Lucro na livre concorrência, convém mencionar o julgado do STF no RE 474.132 SC, que decidiu acerca do cabimento da imunidade prevista no art. 149, § 2º, I, da CF/88 (imunidade sobre receitas decorrentes de exportação) para a CSLL. Neste recurso extraordinário, a questão foi enfrentada, tendo sido vencido o Min. Gilmar Mendes. Apesar de entender relevante para a concorrência internacional a tributação sobre o Lucro tanto quanto a sobre a receita, devendo, portanto, a imunidade sobre esta ser estendida àquela, a posição do Min. Gilmar Mendes não prevaleceu.

Estudos parecem demonstrar que acionistas dividem a carga do IR sobre o lucro empresarial com consumidores e trabalhadores. Assim sendo, a tributação adicional na residência seria igualmente capaz de reduzir efetivamente a competitividade no mercado estrangeiro. No que diz respeito a benefícios fiscais concedidos no IR sobre o lucro empresarial, o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) os considera não neutros em termos de competitividade, considerando-os exportação de subsídios.¹⁹⁹

Questionamentos semelhantes também são suscitados no Brasil, sobretudo na discussão sobre se aumentos de determinados tributos (e.g. PIS e COFINS) podem ser repassados ao consumidor final, quando se trata de preços sujeitos a regulação, como serviços de telefonia, pendentes de julgamento no Superior Tribunal Federal (STF).²⁰⁰

É de se presumir – embora sujeito a maiores aprofundamentos – que a ideia de repasse dos tributos para os preços esteja algo mais ou menos presente em todos os tributos, mas com ênfase, contudo, na tributação indireta.

Não obstante estas dúvidas, a opinião prevalente a nível mundial, até a presente data, é a de que a sobretributação da renda na residência da sociedade controladora prejudica a competitividade de suas controladas, embora, por outro lado, não seja claro em que medida esse prejuízo à neutralidade concorrencial possa de fato ocorrer.²⁰¹

¹⁹⁹ LAITY, Eric T. *The competence of nations and international tax law*. *Duke Journal of Comparative & International Law*, [s. l.], p. 231, 2009. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol19/iss2/1>>. Acesso em: 10 out. 2017. No original: “*More recent scholarship suggests that shareholders share the burden of a corporate income tax with consumers and workers. This conclusion suggests that a topping-off tax may in fact reduce competition in the foreign market place, to the detriment of consumer welfare. Furthermore, GATT decisions that characterize targeted income tax subsidies as export subsidies also assume that a corporate income tax of a home nation affects the workings of foreign markets and not simply the return enjoyed by the shareholders of an enterprise. GATT outlaws export subsidies because they skew competition within the market of importation.*”

²⁰⁰ ARE 638.550.

²⁰¹ Avi-Yonah chega a dizer que o conceito de competitividade não é claro e há questões abertas em relação à sua utilidade como métrica para determinar a política tributária internacional nos EUA, bem como não haver boas evidências empíricas suportando o ponto de vista de que a atual legislação tributária americana prejudicaria a competitividade de multinacionais baseadas em território americano, pelo fato de ser mundial e não territorial. E conclui: “*In our opinion, (...) competitiveness should not be a major consideration in reforming US international tax policy. Other considerations, such as the various neutralities (CEN, CIN, CON) and the impact of tax rules on actual behavior by US-based MNEs (e.g., the decision whether to repatriate income) and on whether future MNEs will be based in the US are more important.*”. De qualquer forma, o autor chama a atenção para o problema envolvendo neutralidades no desenho de regras CFC, tema muito pouco explorado no Brasil. AVI-YONAH, Reuven S.; SARTORI, Nicola. *International taxation and competitiveness: introduction and overview*. University of Michigan Law School. *Law & Economics*, [s. l.], paper 58, [200-?]. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/law_econ_current/58>. Acesso em: 26 mar. 2017.

5.3 O conflito entre os princípios da justiça fiscal e da neutralidade fiscal

Uma das questões principais acerca do cabimento da tributação por regime de competência do lucro auferido por meio de controladas no exterior é do conflito existente entre os princípios da justiça e da neutralidade fiscal.

Segundo Paulo Caliendo, o princípio da neutralidade fiscal recebe informações do subsistema da Economia no sentido de orientar como a tributação pode influir o mínimo possível na escolha dos agentes, interpretando estas mensagens sob o código próprio da linguagem jurídica, fazendo considerações de eficiência econômica na solução de questões próprias do Direito.²⁰² Segundo ainda o autor:

Esses dois princípios irão garantir ordem (consistência) e unidade (coerência) ao sistema jurídico tributário. A justiça fiscal irá tratar da correta relação do cidadão (parte) com a esfera pública (todo), permitindo identificar a correta forma de contribuição que o indivíduo deve realizar à manutenção de uma esfera pública de liberdade e igualdade. O princípio da justiça fiscal volta-se aqui à promoção do sentido *público* de tributação e de seus valores essenciais.²⁰³

Mas é o equilíbrio entre estes dois princípios, justiça fiscal e neutralidade, que Caliendo aponta como tendo por fim a consagração da paz e da prosperidade:

Em nosso entender o princípio da neutralidade fiscal adquire posição de igual relevância no sistema jurídico tributário ao princípio da justiça fiscal. Nesse ponto poder-se-ia objetar apaixonadamente, mas com o, a busca do Direito não será a busca pela justiça e, no caso do direito tributário, a busca pela justiça fiscal? Cremos que a busca das sociedades está na consagração de paz e prosperidade. A paz sem prosperidade (benefícios individuais e comuns) somente pode ser alcançada pela opressão e submissão. Partindo desse postulado de dois objetivos máximos da sociedade, existirão dois princípios que irão nortear todo o sistema jurídico tributário: justiça fiscal e neutralidade fiscal.²⁰⁴

No que tange ao princípio da neutralidade fiscal, a recepção dos conceitos de CIN ou de CEN – oriundos da Economia e que dizem respeito a como a legislação fiscal pode escolher tratar seus contribuintes – é de relevância para a análise da TBU.

Os efeitos econômicos destas escolhas são melhor descritos pela ciência econômica,

²⁰² CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 106.

²⁰³ *Ibidem*. p. 117.

²⁰⁴ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 116.

não só pelos seus raciocínios apriorísticos e axiomáticos, mas principalmente em razão de testes empíricos que podem ser feitos; por conseguinte, não podem ser desprezados pelo Direito em razão do necessário componente pragmático da norma tributária. Este componente, como se vetorialmente somado aos demais – isto é, ao sintático e ao semântico –, fornecerá, como resultante, o correto sentido, alcance e intensidade de aplicação da norma tributária, de forma a satisfazer os ditames de justiça.

A opção em tese por um tipo de norma CFC com prevalência da neutralidade no país de residência da controladora favorece *a priori* capacidade contributiva e a justiça fiscal, enquanto as que buscam preservar a neutralidade no país da fonte, onde se situam as controladas, favorecem em tese a neutralidade concorrencial.

A primeira questão a ser enfrentada no conflito entre os princípios da justiça fiscal e da neutralidade é se de fato a capacidade contributiva, no caso da tributação das multinacionais, seria o critério de igualdade tributária, ou se esta não seria informada pela própria neutralidade concorrencial.

A doutrina nacional e ibérica dividem a capacidade contributiva em duas espécies, objetiva e subjetiva. A capacidade contributiva objetiva vincula-se à proibição do exagero ou confisco (art. 150, IV, da CF), que seria uma aplicação do princípio da proporcionalidade, mas não diretamente da igualdade.²⁰⁵ Segundo Schoeuri, na igualdade está implícita a ideia de comparação de um contribuinte com outro, enquanto na proibição do exagero se indaga se o tributo não ultrapassou o necessário para atingir a sua finalidade. Requer, portanto, um exame de proporcionalidade, em sentido lato. Além disso, veda-se a tributação onde não existe de fato capacidade contributiva, mediante critérios materiais outros que não com conteúdos econômicos.

Na capacidade contributiva subjetiva, as especificidades econômicas de cada contribuinte, isoladamente considerado, são levadas em conta e é também o critério por meio do qual são feitas as comparações entre as pessoas. Por vezes, a própria Constituição indica este objetivo da capacidade contributiva quando determina tratamento privilegiado às cooperativas e micro e pequenas empresas.²⁰⁶ No caso das pessoas físicas, pode-se observá-la na progressividade e na pessoalidade das deduções.

²⁰⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 302.

²⁰⁶ CARRAZA, Roque Antônio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116.

Segundo o Prof. Pedro Molina,²⁰⁷ não cabe falar de aplicação da capacidade contributiva subjetiva para pessoas jurídicas, embora seja cabível na modalidade objetiva, pois dispõem de uma capacidade de contribuir para os gastos públicos.

Ávila, na busca da aceção normativa mais coerente – em análise das padronizações – a ser empregada para a neutralidade, chega a afirmar que esta representa melhor uma manifestação da própria igualdade na sua conexão com o princípio da livre concorrência, notadamente no lado negativo da atuação estatal. Não seria, portanto, diferente da igualdade, mas apenas um aspecto dela, delimitando-a em termos subjetivos e temporais:

No aspecto subjetivo, porque, quando se analisa a igualdade do ponto de vista do contribuinte, examina-se o direito de o contribuinte ser tratado igualmente por meio da consideração de sua capacidade contributiva, ao passo que, quando se analisa a igualdade tendo como referência a atuação estatal, perquire-se o dever de o ente estatal respeitar a livre concorrência dos contribuintes. No aspecto temporal, porque quando se analisa a igualdade na cobrança de tributos depois do exercício da atividade do contribuinte, estuda-se o princípio da igualdade conforme a capacidade contributiva no produto daquela atividade, enquanto que quando se observa a igualdade na cobrança de tributos antes ou sobre o próprio exercício da atividade dos contribuintes, examina-se o princípio da igualdade sob o ângulo da atuação ou abstenção estatal relativamente àquela atuação.²⁰⁸

Por fim, completa que, enquanto o dever de neutralidade de concorrência garante a igualdade de chances no processo de trabalho, a capacidade contributiva garante a igualdade de oneração. A nosso ver, esta colisão de valores se apresenta como a mais desafiadora na abordagem da tributação por TBU de controladas por regime de competência, em razão da opção pela neutralidade do tipo CEN no desenho da lei brasileira.

Assim sendo, a livre concorrência, portanto, e não a capacidade contributiva, parece ser mais apta fornecer o conteúdo pertinente para o tratamento igualitário entre empresas multinacionais do que a capacidade contributiva. Por conseguinte, taxar na residência numa opção CEN pode favorecer a justiça fiscal por um lado, mas pode prejudicar a igualdade por outro, se considerar que há prejuízo de fato à livre concorrência no país onde se situa a empresa controlada.

Este prejuízo deve ser medido em termos de sua intensidade, o que pode em tese ser feito de maneira mais competente por estudos econômicos. Na falta destes, ou se inconclusivos, uma alternativa é adotar a opinião predominante entre os especialistas área.

²⁰⁷ MOLINA, Pedro Manuel *Herrera*. *Capacidad económica y sistema fiscal: analisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons Librero Editor, 1998. p. 85.

²⁰⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99.

Evidentemente, não se trata de delegar a estes o poder de dizer a solução jurídica do problema, mas tão somente de acolher tais considerações no conjunto de componentes a serem pesadas no processo de aplicação da norma.

Neste contexto, pode-se dizer que os estudos internacionais existentes sobre os prejuízos causados por regras CFC fortes na neutralidade do tipo CEN – como é o caso da TBU brasileira – à concorrência para as multinacionais, não são, ao menos atualmente, conclusivos no sentido de comprovarem uma restrição de grau médio ou alto à igualdade das controladas estrangeiras em relação às suas concorrentes baseadas no território onde se situam. Mas tal realidade pode mudar.

Se os prejuízos à concorrência forem de fato de baixa intensidade, tem-se que a norma CFC forte em CEN estará, por um lado, atingindo a justiça fiscal eficazmente e, por outro, apenas provocando disfuncionalidades aceitáveis como consequência usual da tributação. Portanto, deve ser vista como sem excessos que comprometam a sua constitucionalidade.

Ocorre que a opinião dominante, ao menos na presente data, é no sentido de normas CFC fortes em CEN serem prejudiciais à livre concorrência. Tal constatação pode ser feita a partir de uma análise do perfil das normas CFC em nível mundial, desde o movimento observado entre países integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de abandonarem tributações mundiais para adotarem sistemas territoriais²⁰⁹, passando pela resistência do congresso americano em adotar a CEN – apesar dos insistentes apelos do departamento do tesouro – e, por fim, à retração observada ao longo das discussões da Ação 3 do *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS), no tocante a uma eventual adoção do *full inclusion* nos *standards* a serem propostos aos países.

Assim, o conflito entre os princípios da neutralidade e da justiça fiscal, verificável no problema da tributação da parcela do lucro oriundo de empresas controladas por regime de competência, não é de fácil solução jurídica. Isto porque, acaso ainda se considere as opções feitas pela maioria dos países sejam de ordem política e não técnica, e decida-se, ao final, pela constitucionalidade da TBU face à igualdade, outro problema ainda surge: a afirmação do Brasil, que já ostenta baixíssima posição no ranking mundial de competitividade, como um dos únicos países – senão o único – que adota regra CFC forte em CEN, mundialmente ainda vista como prejudicial à concorrência de multinacionais. Ou seja, um efeito moral negativo

²⁰⁹ PRICE WATER HOUSE COOPERS. Evolution of Territorial Tax Systems in the OECD (2013). Disponível em: <http://www.techceocouncil.org/clientuploads/reports/Report%20on%20Territorial%20Tax%20Systems_20130402b.pdf>. Acesso em 10 jun. 2017.

sobre as multinacionais de base brasileira que não se pode desprezar.

Há, ainda, um terceiro elemento contrário neste contexto a ser considerado: o fato de a quase totalidade dos países no mundo adotarem regras CFC fortes em neutralidade no país da fonte para rendas empresariais ativas, combinadas às vezes com o critério de localização em paraísos fiscais, coloca em posição mais difícil ainda o Brasil, em termos de competitividade, por adotar postura contrária.

Isto porque países também concorrem entre si como lugares mais atrativos aos investimentos e, de certa forma, a opção dos demais deve ser levada em consideração nas escolhas a serem feitas, de modo a se otimizar as oportunidades. Casos onde a otimização das opções precisa ser medida em função das escolhas feitas por outros agentes são estudados em Economia na Teoria dos Jogos. Não há, contudo, estudos que demonstrem como as opções dos demais países em termos de regras CFC podem interferir na competitividade de cada país, mas o governo americano usa como argumento *a contrario* para aprovar emendas mais duras às suas regras CFC o fato de os demais países estarem cada vez mais endurecendo as suas normas.

Há, ainda, um último fator: se considerarmos que a neutralidade na residência para regras CFC prejudica a concorrência em níveis médio ou alto, tem-se que a adoção da TBU, a partir de 1996, trouxe prejuízo para as empresas brasileiras à época já internacionalizadas, pois a violação à igualdade neste caso, além de evidente, juntar-se-ia ao problema da segurança jurídica. Considerando ainda a superveniência do art. 146-A da Constituição, que passou a ordenar ao legislador observância à questão da neutralidade concorrencial, o cenário poderia ser o da inaplicabilidade dessas regras para empresas já internacionalizadas até 1/1/1996. Contudo, não evidenciados estes prejuízos em nível elevado, a presunção de constitucionalidade da cobrança deveria prevalecer.

CONCLUSÃO

No presente trabalho, foi investigado o cabimento da tributação brasileira sobre lucros não distribuídos de empresas controladas no exterior, considerados pela lei disponibilizados no ano-calendário do balanço que os apurou, mesmo para investimentos realizados em países de tributação não favorecida.

Milita certa presunção em favor de investimentos feitos em países de tributação não favorecida no sentido de não se tratarem meramente de artifícios para economizar impostos em seus países de residência. Contudo, tal raciocínio não é o bastante para afastar o critério de tributação dos lucros no exterior por regime de competência (a chamada “tributação automática” dos lucros). Há de se considerar a possibilidade de abusos mesmo envolvendo países de tributação normal e, ainda, a questão da neutralidade fiscal.

A junção da tributação das rendas passivas com as ativas no Imposto de Renda (IR), no início do séc 20 nos Estados Unidos, é marcada, desde as suas origens, pela implementação progressiva de medidas legais – dentre elas, as regras para *controlled foreign corporations* (CFC) – que tentam mitigar o problema da deslocalização dos lucros. Isto se dá em razão, principalmente, da alta mobilidade das rendas passivas, além da possibilidade, sempre existente, de se encontrar no exterior um porto de menor tributação para a renda.

Assim, pode-se dizer que a tributação em bases universais (TBU) brasileira – quando estipula o ano do balanço que apurou os lucros totais auferidos no exterior por meio de controladas – serve a um claro propósito antielisivo, como as regras americanas, embora não seja a sua única função.

Muita resistência, contudo, foi oposta no Brasil a essa modalidade de tributação nos últimos anos. As principais teses contrárias à tributação dos lucros por TBU no ano do balanço são: (i) haveria ficção da renda ao se fixar por lei o fato gerador o ano da data do balanço, sendo, por conseguinte, inconstitucional, por ferir um conceito de renda ínsito ao art. 143 da Constituição Federal de 1988 (CF/88); e (ii) haveria descon sideração da personalidade jurídica da controlada estrangeira, violando a cláusula do art. 7º da minuta da Convenção Modelo, referência para os tratados internacionais assinados pelo Brasil. Nenhuma destas duas teses, contudo, mostrou-se consistente o bastante, por seus argumentos, para barrar o modelo brasileiro de tributação em nosso entender.

Concluimos que a disponibilidade do lucro das controladas no exterior, no ano do

balanço, diz mais respeito ao desenho de regra CFC escolhido pelo Brasil, forte na neutralidade na residência – ou *capital export neutrality* (CEN) –, do que a uma possível violação de um conceito constitucional de renda.

Não é razoável deduzir, *a priori*, a partir de um conceito constitucional de renda, a inconstitucionalidade da tributação dos lucros no exterior na data (ou no ano) do balanço que os apurou. Isto porque equivaleria a admitir que a Constituição, por meio de uma definição do conceito de renda, fizera uma opção implícita acerca da espécie de neutralidade a ser adotada na tributação das rendas de multinacionais antes mesmo de esta vir a existir no ordenamento jurídico brasileiro (1/1/1996).

Não que a Constituição não pudesse fazer uma opção política por um tipo de neutralidade tributária internacional dentro do próprio desenho do conceito de renda. Apenas seria muito pouco provável ter escolhido justamente uma forma implícita de fazê-lo, num tema tão específico, e cerca ainda de oito anos antes de ele mesmo surgir. Pesa também, contrariamente a esta tese, o fato de precisar lançar mão de raciocínios que confundem tributação de distribuição de dividendos com a dos lucros empresariais.

Os lucros auferidos no exterior por controladas, porém não distribuídos às suas controladoras, classificam-se, pela Lei das Sociedades Anônimas (LSA), como lucros não realizados (Art. 197, § 1º e inc. I). O fato de o lucro não ser realizado não o torna indisponível, para efeitos do art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN).

Isto porque tributar lucros não realizados é fato relativamente comum na apuração pelo lucro real. Embora tal abordagem se distancie um pouco do núcleo da ideia de disponibilidade da renda, entendemos que, apenas no caso concreto, fazendo-se considerações acerca do porte da empresa, dos valores envolvidos e do seu acesso ao crédito ou ao mercado de valores mobiliários, é que se pode eventualmente concluir por haver uma ficção da renda na tributação pelo regime de competência. No caso da TBU, normalmente envolvendo empresas controladoras de grande porte, não há problema em se tributar por regime de competência.

Assim, a tese de haver ficção da renda – quando a lei determina o ano do balanço de apuração do lucro para ocorrência do fato gerador, no caso de lucros de controladas no exterior – padece de sérias contradições, inclusive de evolução do ordenamento jurídico na linha do tempo, devendo portanto, em nosso ver, ser rejeitada.

A escolha dos tipos de neutralidades no desenho da regra CFC diz respeito, por conseguinte, à política tributária adotada em cada país, e não a algo intrinsecamente ligado a

um conceito de renda. Para examinar o tipo de neutralidade da regra CFC, adotamos, em nossa análise, os conceitos de CEN e de *capital import neutrality* (CIN).

Os conceitos de CEN e CIN não são os únicos existentes na literatura para explicar o tipo de neutralidade a ser perseguida pela lei internacional, mas são aparentemente os mais difundidos, razão pela qual os escolhemos no decorrer desta pesquisa.

A neutralidade na tributação internacional, embora tema de alta relevância em outros países, parece não receber a mesma atenção da doutrina no Brasil. Entre os motivos, o principal reside no fato de não ser possível atingir uma neutralidade perfeita na tributação internacional, o que faz autores nacionais enxergarem com certo ceticismo esta classificação.

Ocorre que, embora a neutralidade em termos absolutos seja impossível, é perfeitamente possível concebê-la em termos relativos, isto é, como uma medida para comparar os efeitos provocados por regras CFC distintas. Esta foi, inclusive, uma das propostas desta pesquisa: buscar na Economia estes conceitos – lá definidos em termos axiomáticos – para o Direito, mas sem o viés matemático; em vez disso, buscando-se um sentido normativo para estes.

Por exemplo, no caso do Brasil, a TBU que entrou em vigor em 1996 teria claro desenho de prescrição de uma neutralidade na exportação de capitais (CEN), ao chamar à tributação a totalidade de lucros auferidos no exterior (*full inclusion*) sem permitir diferimento (i.e., sem permitir o *tax deferral*). Com a opção por esse tipo de neutralidade, torna-se *a priori* indiferente investir no país ou no exterior por razões tributárias, não importando a espécie de investimento feito, se em atividades empresariais tradicionais, em rendas passivas ou se em outras que não requeiram estabelecimento permanente em suas concepções convencionais.

A adoção desse tipo de regra CFC (CEN) não só é mais efetiva, do ponto de vista antielisivo, como também visa a cumprir outras finalidades econômicas, relacionadas à eficiência na alocação de capitais. Ou seja, não se adotam regras CFC apenas com o fim de coibir planejamentos tributários abusivos, mas também com o fim regulatório de interferir ou não no fluxo de investimentos produtivos.

Neste contexto, surge uma questão central, da qual divergimos da maior parte da doutrina brasileira: a regra de TBU, por instituir a apuração por competência para a tributação do lucro de controladas, não constitui um regime especial ou penalidade – como defendem respeitáveis autores – mas sim um sistema que abarca fins mais abrangentes do que os meramente arrecadatórios, ao pretender induzir ou regular uma alocação de capitais conforme políticas a serem traçadas pelo legislador.

Se esta pretensão pode ser questionável do ponto de vista econômico ou político – i.e., usar a tributação como meio indutor para se atingir uma eficiência na alocação de capitais –, o mesmo não se pode dizer em termos jurídicos, pois a Constituição assegura ao Estado este poder-dever – que há de ser exercido em observância a critérios econômicos, porém pautados por valores constitucionalmente estabelecidos.

A discussão sobre neutralidades em regras CFC, contudo, é tema polêmico em diversos países. Embora seja pacífica a plena aptidão antielisiva de regras CFC com *full inclusion* (i.e., do tipo CEN, tal qual a TBU brasileira), discute-se mundialmente o potencial negativo destas à livre concorrência, prejudicando as multinacionais com sede nos países que a adotam.

A posição dominante, em termos mundiais na atualidade, é de que tais normas – do tipo da adotada pelo Brasil – prejudicam, efetivamente, a igualdade concorrencial das multinacionais em face de outras empresas situadas nos países onde operam, sejam estas concorrentes nacionais destes mesmos países, sejam elas subsidiárias de outras multinacionais não sujeitas a regras CFC desta espécie.

Embora a literatura econômica afirme que só um desses tipos de neutralidade pode ser adotada na lei tributária internacional, entendemos tal afirmação deveria ser relativizada, pois, na prática, observa-se na legislação dos países um temperamento entre estas duas: para determinadas espécies de renda ou de localidade onde são auferidas, a lei tributária faz discriminações, prescrevendo ora um tipo de neutralidade, ora outro.

Assim, para enfrentar a questão da livre concorrência para as multinacionais, países adotam CFC fortes em CIN (neutralidade na fonte), designando, contudo, a neutralidade oposta para as demais rendas auferidas que não suscitem esse tipo de questionamento. Logo, as regras CFC comportam em geral as duas neutralidades, diferentemente do que a literatura econômica usualmente afirma, de apenas ser possível uma estrita observância de uma das duas.

Mesmo a TBU brasileira, forte na neutralidade na residência, a partir da Lei 12.973/2014, passou também a fazer considerações de neutralidade na fonte para rendas ativas auferidas em países de tributação não favorecida.

Contudo, tais considerações na Lei 12.973/2014 não implicaram o fim do *full inclusion*, isto é, o fim do chamamento à tributação por regime de competência da totalidade dos lucros auferidos no exterior por controladas. Apenas foram concedidos benefícios fiscais na forma de parcelamento e de compensação de prejuízos mais favoráveis tendo por critérios

considerações de neutralidade na fonte onde as rendas foram auferidas, permitindo, portanto, um *tax deferral* limitado. Assim, em que pese tais concessões, a regra brasileira de TBU para o lucro de controladas no exterior continua forte em neutralidade na residência, possivelmente a mais forte no mundo nesse tipo de escolha.

Logo, se há alguma constrição do ponto de vista constitucional, no desenho da TBU brasileira, certamente não está na ausência de capacidade contributiva objetiva (i.e., por não existir renda na data do balanço), mas nos efeitos que a regra possa ter em termos de prejuízos à igualdade concorrencial.

Se assumirmos que a expansão de uma empresa de grande porte, para dentro ou fora da jurisdição de sua sede é, na verdade, uma decisão de sobrevivência diante dos desafios e ameaças naturais da livre concorrência em nível mundial, temos que uma lei tributária pautada pela neutralidade, do ponto de vista concorrencial, é essencial para a igualdade tributária.

A propósito, a Constituição mesma dá um comando ao legislador de modo a que este edite leis na área tributária que preservem a neutralidade concorrencial (art. 146-A). Se a lei tributária não pode provocar desequilíbrios na concorrência entre empresas nacionais, mais odioso ainda seria se pudesse prejudicá-las em face de concorrentes estrangeiros, como em tese a TBU tem o potencial de provocar.

Em vista do exposto, entendemos que poderia ser cogitado, em defesa da igualdade tributária, um exame da proporcionalidade *lato sensu* no caso concreto da norma de TBU, forte em neutralidade na residência, para saber se não há real constrição à igualdade a de fato ameaçar a sobrevivência de empreendimentos sujeitos a este tipo de regras. Semelhantes teses são feitos pelo Tribunal de Justiça Europeu em matéria tributária em casos envolvendo liberdade de estabelecimento e as regras antielisivas dos Estados-Membros.

A dificuldade em se adotar este teste em matéria desta natureza (TBU) no Brasil, contudo, residiria na real capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal (STF) em fazê-lo competentemente. A falta de base empírica e, por conseguinte, de critérios para esta análise, leva-nos a deixar em aberto esta questão, para maiores aprofundamentos.

De uma maneira geral, contudo, a neutralidade na fonte, como necessidade à livre concorrência, embora dominante, é também sujeita a inúmeras controvérsias, suscitadas por órgãos e entidades internacionalmente reconhecidas, entre elas, o Departamento do Tesouro Americano. Este órgão, no passado, já chegou a proclamar que não faria mais sentido manter a neutralidade no país da fonte nem mesmo para as rendas ativas.

Assim, acreditamos que, acaso exista de fato uma constrição à livre concorrência na adoção de regra TBU como a brasileira, esta tende a não ser forte o bastante para torná-la desproporcional e, por conseguinte, inconstitucional em caráter geral. Contudo ainda, esse juízo não pode excluir todas as situações concretas, devendo-se manter, portanto, uma porta de saída para aquelas situações reais onde o prejuízo à livre concorrência e, *ipso facto*, à igualdade, possam ser flagrantes.

Neste contexto, deve-se considerar também uma possível evolução da tributação em outros países. A depender de como o resto do mundo vir a tributar a renda – sobretudo pela corrida desenfreada dos países na redução de suas alíquotas e na concessão de benefícios fiscais – a opção brasileira de tributar mundialmente as rendas com neutralidade na residência poderá produzir situações ainda mais extremas para a igualdade tributária.

Além disso, não se pode perder a questão do ponto de vista das neutralidades. A Economia trabalha com múltiplas variáveis e controlá-las todas, nas observações dos experimentos, é tarefa impossível, ao menos nos dias de hoje. O futuro, no entanto, reserva novidades quanto às possibilidades de resolução de problemas complexos de inúmeras variáveis, o que pode trazer mudanças na análise das neutralidades. Os negócios tradicionais cedem cada vez mais espaço à economia digital, desafiando tributações com critério de residência. Tudo isto nos levou a apontar a Análise Econômica do Direito como potencialmente a mais adequada, sobretudo pelo seu caráter interdisciplinar, para oferecer respostas no futuro para as dúvidas ainda existentes relacionadas ao problema da neutralidade na lei tributária internacional.

Fato é que a questão da TBU extrapola as análises com frequência suscitadas nos tribunais, meramente dogmáticas e estruturais. Estas análises – fortes nos aspectos sintáticos e semânticos da norma, porém pobres em sua dimensão pragmática – acabam por revelarem-se formalistas e contribuem para cifrar os verdadeiros interesses em jogo que se escondem por detrás desses debates suscitados contra a TBU, interesses estes por vezes até legítimos e com proteção constitucional. Não há porque, portanto, não se promover uma abertura argumentativa a fim de não se perder, no caminho destas discussões, o sentido de justiça fiscal.

A compreensão dos problemas da TBU exige do intérprete um exame dos efeitos da norma sobre os agentes, bem como uma argumentação aberta, não criptografada em conceitos jurídicos, sem perder de vista ainda qual a sua verdadeira função na ordem tributária e econômica.

Na ordem econômica, a CF/88 consagra valores liberais clássicos como a livre iniciativa, além de ser um dos objetivos fundamentais perseguidos pela República Federativa do Brasil. Contudo, reserva ao Estado também o poder-dever de intervir de modo a assegurar outros objetivos constitucionais, inclusive o de preservação da livre concorrência. Isto porque o seu projeto ideológico, inscrito no texto constitucional, define uma importante gradação na atuação do Estado como agente normativo e regulador do fenômeno econômico.

Em vista disto, entendemos que o traçado da lei tributária internacional em geral – e da TBU em particular – é de livre configuração do legislador. Isto não quer dizer carta branca para editar qualquer norma a seu talante, com escolha arbitrária de critérios, mas, sim, buscar a promoção de outros valores constitucionais quando, *a priori*, estiver a restringir outros.

O Brasil historicamente posicionou-se como país importador de capitais e a adoção de uma regra de tributação internacional que privilegia a neutralidade na exportação de capitais – como a TBU das controladas – é coerente com essa opção, feita no passado, pois, ao menos em tese, é capaz de desestimular a saída de investimentos de titularidade brasileira. Contudo, esse perfil do país, de importador de capital, já mudou consideravelmente nas últimas décadas, devido ao crescente número de empresas nacionais que se multinacionalizaram.

É possível afirmar ainda que a verdadeira função de regras CFC é regular a neutralidade tributária internacional e não apenas coibir planejamentos tributários abusivos. Ou seja, as regras CFC acabam por exercer uma finalidade mais abrangente do que normalmente a elas se atribui, sobretudo no Brasil. Se, por um lado, essa finalidade – que diz respeito à alocação eficiente dos recursos do ponto de vista econômico – pode ser estabelecida livremente pelo legislador, por outro, não pode ser exercida de maneira extremada, isto é, de modo a comprometer a igualdade. Por maneira extremada, referimo-nos tanto a ignorar, de um lado, a existência de condutas abusivas quanto, de outro, os problemas passíveis de serem provocados pela tributação na livre concorrência.

Além da íntima relação da TBU e das normas CFC em geral com a neutralidade tributária internacional, da constitucionalidade do ano do balanço como critério para o reconhecimento da disponibilidade da renda, também examinamos a compatibilidade da regra brasileira com os tratados internacionais para evitar a bitributação e a evasão fiscal, no modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

No que diz respeito a uma possível violação da TBU ao art. 7º da Convenção Modelo OCDE, concluímos tal tese ser minoritária, a nível internacional, prevalecendo a interpretação de que o texto em questão não tem por finalidade limitar a competência tributária de um país

de tributar seus próprios residentes, nem mesmo quando se trata de aplicação de regras CFC.

Concluimos desta forma essencialmente tendo por base os comentários à Convenção Modelo do ano de 2003, no item 14, que esclarece não haver incompatibilidade entre as regras CFC adotadas pelos países e o proposto na minuta dos tratados. Parte respeitável da doutrina brasileira entende que tal item do comentário da OCDE só se aplicaria a CFC estrangeiras, não alcançando a brasileira em razão de suas especificidades. Contudo, pontua o comentário que a tributação por regras CFC não fere o art. 7º porque tal tipo de norma não tem o condão de reduzir o lucro da controlada estrangeira. Neste caso, esta justificativa é tanto pertinente para as regras estrangeiras, quanto para a tributação brasileira, isto é, a TBU da mesma forma não reduz o lucro da controlada no exterior, fazendo-nos concluir ser indiferente a qual tipo de regra CFC o comentário se referia.

No Brasil, contribuí para a má compreensão dos tratados a confusão corrente – tanto na doutrina, quanto na jurisprudência – da tributação de dividendos com a do lucro empresarial. Embora os dividendos derivem do lucro empresarial, não são uma mesma coisa. Tais espécies de rendimentos possuem fundamentos jurídicos distintos para as suas tributações, razão pela qual não se pode aplicar, num deles, dispositivos de limitação de competência tributária referente ao outro.

A propósito, a expressão “distribuição de lucros”, no Direito Tributário em nosso ver, deveria por bem ser evitada, dando-se preferência à expressão “distribuição de dividendos”. Semelhantemente, o uso da expressão, no âmbito da TBU, da “disponibilização dos lucros”, incorporada à tributação internacional pela Lei Complementar (LC) 104 e leis ordinárias, deveria ser revisto, pois (i) presume tais rendimentos possuírem algum óbice especial que não os faria “renda”, apenas pelo fato de terem sido auferidos por meio de subsidiárias no exterior, o que não é verdadeiro; (ii) predispõe a confusão entre tributação de dividendos e do lucro empresarial.

Por fim, concluimos que a tributação por regime de competência da parcela do lucro empresarial auferida por meio de empresas controladas, situadas em países de tributação normal (não favorecida), ao menos de um ponto de vista estritamente dogmático – como foi discutida nos tribunais nas duas últimas décadas –, não possui inconsistências que a invalidam. Contudo, isto não é o bastante, pois tais raciocínios puramente estruturais passam ao largo da análise da neutralidade fiscal – finalidade mais abrangente das regras deste gênero – e ignoram por completo a questão de eventuais prejuízos à livre concorrência.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- APPY, Bernard et al. Impactos do modelo brasileiro de tributação de lucros de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, n. 113, 2012.
- AVI-YONAH, Reuven S.; SARTORI, Nicola. *Corporations, society and the State: a defense of the corporate tax*. n. 04–006. Michigan: Michigan Law, [200-?]. Disponível em: <http://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art6>. Acesso em: 5 jul. 2017.
- _____. *Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state*. [s.n.]. Michigan: Michigan Law, [200-?]. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1049&context=articles>>. Acesso em: 5 jul. 2017.
- BARBOSA, Igor de Andrade. *Análise econômica do direito e neutralização tributária de práticas anticoncorrenciais à luz do art. 146–A da Constituição Federal de 1988*. 2014. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2014.
- BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- CALIENDO, Paulo. Direitos fundamentais do contribuinte e interpretação tributária: conceito e aplicação do princípio *in dubio contra sacrificium*. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 18, n. 1, p.181-216, 2014.
- CASTRO, Marcus Faro. Direito, tributação e economia no Brasil: aportes da análise jurídica da política econômica. *Revista da PGFN*, Brasília, DF, ago. 2011.
- CENTRÁNGOLO, Oscar; SABAINI, Juan Carlos Gómez. *La tributación directa en América Latina y los desafíos a la imposición sobre la renta*. Santiago do Chile: Nações Unidas, 2007.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. *O avesso do tributo: incentivos e renúncias fiscais do direito brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- DELOITTE. *Controlled foreign company regimes essenciais*. [s. l., s. n.]. 2012. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/al/en/pages/tax/articles/guide-to-controlled-foreign-company-regimes.html>>. Acesso em: 03 abr. 2013.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ESTADOS UNIDOS. Office of the Law Revision Counsel. United States Code. *Internal revenue code*: section 26. [s. l., s. n.]. Washington DC, [200-?]. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/download/download.shtml>>. Acesso em: 14 set. 2017.

FOLLONI, André; SIMM, Camila Beatriz. Direito tributário, complexidade e análise econômica do direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 11, n. 1, 2016.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. O princípio constitucional da livre concorrência: corolário da livre iniciativa ou princípio autônomo da ordem econômica? In: *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. v. 4. Brasília, DF: Senado Federal, [200-?]. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iv-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-estado-e-economia-em-vinte-anos-de-mudancas/principios-gerais-da-ordem-economica-o-principio-constitucional-da-livre-concorrencia-corolario-da-livre-iniciativa-ou-principio-autonomo-da-ordem-economica>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

HAYEK, Friedrich A. *O caminho da servidão*. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

_____. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. Fiscal Affairs Department. MATHESON, Thornton; PERRY, Victoria; VEUNG, Chandara. *Territorial vs. worldwide corporate taxation: implications for developing countries*. [s. l., s. n.]. Washington D.C., 2013. Disponível em: <<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/31/Territorial-vs-40981>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. *Policy paper spillovers in international corporate taxation*. [s. l., s. n.]. Washington, D.C., 2014. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

MARTUL-ORTEGA, Perfecto Yebra. Los fines extrafiscales del impuesto. In: AMATUCCI, Andrea. *Tratado de derecho tributario*. Bogotá: Temis, 2001. v. 1.

MAZZA, Willame Parente. *Globalização, neoliberalismo e nova ordem tributária*. [s. l., s.n.]. [200-?]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=034e2db715b4e796>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

MELO JR, Roberto Gomes de Albuquerque. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica: conteúdo, aplicação, limites e exame de implementação à luz da teoria dos jogos*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

MILLER, Robert. *The taxation of intercompany income*. [s. l., s. n.]. Duke Law Scholarship Repository Online. [200-?]. Disponível em: <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2018&context=lcp>>. Acesso em: 3 out. 2017.

MISES, Ludwig von. *Ação humana: um tratado de economia*. 3. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MOSCHETTI, Francesco. El principio de la capacidad contributiva. In: AMATUCCI, Andrea (Org.). *Tratado de Derecho Tributario*. Bogotá: Temis, 2001.

PALAO TABOADA, Carlos. Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva. In: *Estudios jurídicos em homenagem al profesor Federico de Castro*. Madrid: Tecnos, 1976. v. 2.

PAPADOPOL, Marcel Davidman. *A extrafiscalidade e os controlos de proporcionalidade e igualdade*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

PEREIRA, Roberto Cordiz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre suas causas e efeitos*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.

PERONI, Robert J. et al. *Getting serious about curtailing deferral of U.S. tax on foreign source income*. v. 52, n. 2. [s. l.]: *SMU Law Review*, 1999. Disponível em: <<http://scholar.smu.edu/smulr/vol52/iss2/7>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2013.

_____. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. *Tributação dos lucros no exterior: Lei nº 12.973/14*. São Paulo: Dialética, 2014.

ROSEMBUJ, Tulio. *Principios globales de fiscalidad internacional*. 2. ed. Barcelona: El Fisco, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, M. C. Brazil: CFC rules and tax treaties in Brazil: a case for article 7. In: LANG, Michael et al. *Tax treaty case law around the globe 2015*. 1. ed. Viena: Linde, 2016. v. 97, p. 69– 85.

TÔRRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VOGEL, Klaus. *Double tax treaties and their interpretation*. v. 4, n. 1. Berkeley: Berkeley Journal of International Law, 1986. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1039&context=bjil>>. Acesso em: 3 maio 2017.