

TRIBUTAÇÃO DE
LUCROS AUFERIDOS
POR CONTROLADAS E
COLIGADAS NO EXTERIOR

3ª edição


QUARTIER LATIN
20 Anos

SERGIO ANDRÉ ROCHA

Professor de Direito Financeiro e Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Livre-Docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo – USP. Diretor Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF. Titular da Cadeira nº 32 da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT. Advogado e Parecerista.

TRIBUTAÇÃO DE LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR

3ª edição

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2022
editoraquartier@uol.com.br
 @editoraquartierlatin

SERGIO ANDRÉ ROCHA

Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior – 3ª edição

São Paulo: Quartier Latin, 2022.

ISBN 978-65-5575-145-1

1. I. Título

Editor

Vinícius Vieira

Produção editorial

José Ubiratan Ferraz Bueno

Diagramação

Victor Gasperazzo Guimarães Nakamura

Finalização

Anderson dos Santos Pinto

Revisão gramatical

Studio Quartier

Capa

Anderson dos Santos Pinto

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua General Flores, 508

Bom Retiro – São Paulo

CEP 01129-010

Telefones: +55 11 3222-2423; +55 11 3222-2815

Whatsapp: +55 11 9 9431 1922

Email: editoraquartier@uol.com.br

 @editoraquartierlatin

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Apresentação da Terceira Edição.....	13
Prefácio.....	15

CAPÍTULO I

Tributação em bases universais: Origens e controvérsias do Regime da MP 2.158, 25

1. Introdução: da Lei nº 9.249/95 à Lei nº 12.973/14.....	27
2. O Debate sobre a Constitucionalidade do Artigo 74 da MP 2.158.....	38
2.1. O Julgamento da ADI 2.588	44
2.1.1. Ministra Ellen Gracie.....	47
2.1.2. Ministro Nelson Jobim	49
2.1.3. Ministro Marco Aurélio.....	55
2.1.4. Ministro Ricardo Lewandowski	57
2.1.5. Ministro Ayres Britto	58
2.1.6. Ministro Cezar Peluso	62
2.1.7. Ministro Joaquim Barbosa	64
2.1.8. A Metodologia da Decisão Proferida na ADI 2.588	66
2.1.9. As Decisões nos Recursos Extraordinários nºs 611.586 e 541.090.....	68
3. Tributação do Lucro Auferido por Empresas Situadas em Países com os quais o Brasil Celebre Convenções sobre a Tributação da Renda e do Capital.....	73
3.1. Afastamento do Artigo 74 da MP 2.158 pelo Artigo 7 (1) dos Tratados	74
3.2. Afastamento do Artigo 74 da MP 2.158 pelo Artigo 10 dos Tratados	78
3.3. Afastamento do Artigo 74 da MP 2.158 nos Tratados que Estabelecem Isenção para Dividendos.....	80
3.4. Afastamento do Artigo 74 da MP 2.158 por Regra Específica.....	81
3.5. Tratados com Regra Específica que Autoriza a Tributação Automática.....	81
3.5.1. A “Saving Clause” do Artigo 1 (3) dos Modelos da OCDE e da ONU.....	82

3.6. Requisitos para a Utilização do Tratado: Controle do <i>Treaty Shopping</i>	84
3.6.1. Substância e <i>Treaty Shopping</i> no Mundo Pós-Projeto BEPS	89
3.6.2. Decisões do CARF sobre Tributação de Controladas Indiretas no Regime da MP 2.158	93
3.7. Os Comentários da OCDE e da ONU às suas Convenções Modelo.....	98
3.8. A Posição da Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta Interna COSIT nº 18/2013.....	104
3.9. A Posição da Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta Interna COSIT nº 400/2017	108
3.10. A Discussão Envolvendo a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido	110
3.11. Alguns Precedentes no Âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.....	115
3.11.1. Acórdão nº 108-08.765.....	115
3.11.2. Acórdão nº 101-95.802.....	116
3.11.3. Acórdão nº 101-97.070.....	117
3.11.4. Acórdão nº 1101-00.365.....	118
3.11.5. Acórdão nº 1101-000.811.....	120
3.11.6. Acórdão nº 1402-00.391.....	121
3.11.7. Acórdão nº 1201001.024	122
3.11.8. Acórdão nº 1103001.122	123
3.11.9. Acórdão nº 1102001.247	125
3.11.10. Acórdão nº 1302001.630	125
3.11.11. A Jurisprudência do CARF entre 2016 e 2020	126
3.12. A Nova Posição da CSRF no Acórdão nº 9101-005.809	130
3.13. A Decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.325.709	133
3.13.1. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.....	137
3.13.2. Ministro Ari Pargendler	140
3.13.3. Ministro Sérgio Kukina	142
3.13.4. <i>Status</i> Atual da Matéria.....	143

CAPÍTULO II

Tributação dos resultados de controladas no exterior na Lei 12.973, 149

1. A Nova Sistemática de Tributação em Bases Universais	
Estabelecida pela Lei nº 12.973/14	151
2. Contabilização dos Investimentos em Controladas no Exterior	152
2.1. Disciplina da Contabilização da Distribuição de Lucros na IN 1.520 ...	157
3. Tributação dos Lucros Auferidos por Controladas no Exterior	160
3.1. Tributação do Lucro da Controlada Indireta	161
3.2. Inconstitucionalidade do Artigo 77 da Lei 12.973	168
3.3. O Artigo 77 da Lei 12.973 e os Tratados Internacionais Tributários	174
3.3.1. Aplicação do Artigo 7 (1) das Convenções Brasileiras	174
3.3.1.1. O Efeito da Aplicação do Artigo 7 (1) é Incompetência Brasileira para Tributar, não Mero Diferimento	177
3.3.2. Aplicação das Regras de Isenção de Dividendos das Convenções Brasileiras	178
3.3.3. Aplicação de Regras Convencionais que Proíbem a Tributação de Lucros não Distribuídos	180
3.3.4. Aplicação de Regras Convencionais que Autorizam a Tributação de Lucros não Distribuídos	181
3.3.5. Convenções Internacionais e Controladas Indiretas	181
3.4. Tratamento da Variação Cambial Atrelada ao Investimento no Exterior	182
3.4.1. O Tratamento da Variação Cambial na Lei nº 12.973/2014	184
Razão do veto	185
3.4.2. A Variação Cambial é Lucro da Controlada no Exterior?	186
3.4.3. O Julgamento do CARF no “Caso Achè”	191
3.4.4. A Solução de Consulta COSIT nº 39/2021	195
3.4.5. Variação Cambial e o Custo do Investimento pelo MEP	201
3.4.6. Conclusão deste Item	202
3.5. Prejuízos Acumulados antes da Lei 12.973	203
3.5.1. Que Prejuízo Poderá ser Utilizado nos Casos de Controle Direto e Indireto?	204
3.5.2. É Possível a Utilização de Prejuízo de Controlada que Estava sob o Controle de Outra Empresa do Mesmo Grupo?	208

3.5.2.1. A Necessidade de Declaração dos Prejuízos em 2015	209
3.5.3. É Possível a Utilização de Prejuízo de Controlada que não Estava sob o Controle ao menos Indireto da Mesma Empresa Brasileira?	210
3.5.4. É Possível a Utilização de Prejuízo de Controlada que não Estava sob o Controle, ao menos Indireto, de Empresa Brasileira? ...	211
3.5.5. Como Determinar o Montante de Prejuízo Utilizável no Caso de Alteração do Percentual de Participação na Controlada no Exterior?	212
3.5.6. O Prejuízo Acumulado pode ser Utilizado na Consolidação?	214
3.5.7. Prejuízo Acumulado e a Transição de Controlada para Coligada e Vice-Versa	215
3.5.8. Prejuízo Acumulado e Conversão da Moeda Estrangeira	217
3.6. Isenção dos Lucros Relacionados a Algumas Atividades de Suporte da Indústria de Petróleo e Gás	217
4. Da Equiparação à Controladora	222
5. Regras de Consolidação	223
5.1. Requisitos para a Consolidação.....	225
5.1.1. Troca de Informações.....	225
5.1.2. Países com Tributação Favorecida, Regimes Fiscais Privilegiados e Regime de Subtributação.....	228
5.1.3. Renda Ativa Superior a 80%.....	228
5.2. Obrigações Acessórias	229
5.3. Resultado da Consolidação	231
6. Tributação Quando não Houver Consolidação.....	232
7. Hipóteses de Realização não Previstas na Lei 12.973 (Alienação da Controlada, etc.)	234
8. Tributação de Filiais e Sucursais	242

CAPÍTULO III

Tributação dos resultados de coligadas no exterior na Lei 12.973, 245

1. Tributação de Coligadas.....	247
2. Disponibilização dos Lucros de Coligadas Tributadas pelo Regime de Caixa	248

2.1. Tributação dos Resultados Indiretos na Coligada Sujeita ao Regime de Caixa	254
3. Lucros de Coligadas Tributados Automaticamente: Regime de Competência.....	255
3.1. Tributação dos Resultados Indiretos na Coligada Sujeita ao Regime de Competência	258
3.1.1. De quem são os Lucros Tributados com Base neste § 1º?.....	260
3.1.2. Trata-se de uma Hipótese de Consolidação	260
3.1.3. Resultados de Empresas Brasileiras Devem ser Consolidados?.....	261
4. Três Regimes de Tributação de Lucros Auferidos por Coligadas.....	263
5. Coligadas e Tratados Internacionais	264

CAPÍTULO IV

Renda ativa e passiva e regime de subtributação, 267

1. Renda Ativa e Passiva	269
2. Regime de Subtributação.....	272
2.1. Conceito de Regime de Subtributação.....	272
2.2. A Questão da Lista de Regimes de Subtributação.....	274
2.2.1. O Histórico das Listas de Países com Tributação Favorecida e de Regimes Fiscais Privilegiados.....	274
2.2.2. É Necessária uma Lista de Regimes de Subtributação?	280
2.2.3. Existe uma Lista de Regimes de Subtributação?.....	283
2.3. O que Seria um Regime?	284
2.4. A Portaria 488 e os Regimes de Subtributação	285
2.4.1. Aplicação da Portaria 488 aos Regimes de Subtributação.....	286

CAPÍTULO V

Das deduções, 291

1. Lucros de Controladas e Coligadas Brasileiras	293
1.1. O Artigo 85 da Lei 12.973	297
2. Ajustes Espontâneos de Preços de Transferência e Subcapitalização.....	298
3. Crédito do Imposto Pago no Exterior	304

3.1. Regras Gerais sobre a Compensação de Imposto Pago no Exterior.....	305
3.2. O Artigo 26 da Lei 9.249 e a IN 213	306
3.2.1. Cálculo do Crédito Quando a Controladora tem Prejuízo e a CSLL.....	314
3.2.1.1. Por que a IN 213 não Previu Explicitamente o Crédito de 9%?.....	315
3.2.1.2. A Aplicação do Artigo 26 da Lei 9.249 à CSLL	316
3.2.1.3. Compensação dos Créditos de IRPJ com a CSLL Quando a Empresa Brasileira tem Prejuízo	317
3.2.2. Qual a Relevância do Artigo 26 da Lei 9.249 e da IN 213 no Contexto da Lei 12.973.....	318
3.3. Regras de Compensação de Imposto Pago no Exterior na Lei 12.973 e sua Regulamentação	319
3.3.1. Crédito do Imposto Pago no Exterior por Controladas.....	319
3.3.1.1. Crédito Havendo ou não Consolidação	321
3.3.1.2. Limite do Crédito do Imposto Pago no Exterior.....	321
3.3.1.3. Conversão em Reais.....	323
3.3.1.4. Tributação no Exterior após a Adição do Lucro no Brasil	324
3.3.1.4.1. A Confusa Redação da IN 1.520	328
3.3.1.4.2. Quantificação do Crédito neste Caso	330
3.3.1.5. Compensação quando a Controladora Brasileira tem Prejuízo	331
3.3.1.5.1. Por que a IN 1.520 não Previu Explicitamente o Crédito de 9%?	333
3.3.2. Crédito do Imposto Pago no Exterior por Coligadas	335
3.3.3. Crédito do Imposto Pago sobre Receitas Auferidas por Filial, Sucursal ou Controlada no Exterior	339
3.4. Crédito Presumido.....	340
3.4.1. Limite Temporal para Utilização do Crédito Presumido	344

CAPÍTULO VI

Outras disposições relevantes, 347

1. Postergação do Pagamento	349
2. Obrigações Acessórias	351
3. Efeitos da Lei 12.973.....	352
4. Padrões Contábeis.....	353

5. Revogação do Prazo Decadencial do § 4º do Artigo 1º da Lei nº 9.532/97	354
6. Fiscalizações sobre Atos Praticados pela Controlada no Exterior.....	355
7. Lucros no Exterior e Decadência.....	356
8. Lucros no Exterior e Prescrição	364
8.1. Prescrição da Pretensão da Fazenda.....	367
8.2. Prescrição da Pretensão do Contribuinte	367

CAPÍTULO VII

Regime brasileiro de TBU e as recomendações do projeto BEPS, 369

1. São as Regras Brasileiras Regras CFC? Análise a Partir do Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS.....	371
1.1. Regras CFC como Tipo Jurídico	372
1.2. Núcleo do Tipo Regras CFC.....	375
2. Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS: “ <i>Strengthen Controlled Foreign Company (CFC) Rules</i> ”	377
2.1. Regras para Definir uma CFC.....	377
2.2. Exceções e Limites para a Aplicação de Regras CFC.....	378
2.3. Definição do lucro de uma CFC.....	379
2.4. Regras para Calcular o Lucro de uma CFC.....	380
2.5. Regras para Atribuir Lucro a uma CFC	381
2.6. Regras para Evitar a Dupla Tributação do Lucro	382
3. Qual a Relevância de Definir se as Regras Brasileiras são ou não Regras CFC?	383

BIBLIOGRAFIA, 385

APRESENTAÇÃO DA TERCEIRA EDIÇÃO

A elaboração de novas edições de livros publicados no passado é uma tarefa complexa, que em mim desperta sentimentos mistos. Com a passagem do tempo, texto e autor vão se distanciando. As referências teóricas, os pontos de partida e até mesmo a linguagem mudam, de maneira que não basta atualizar modificações legislativas e jurisprudenciais, é necessário reconstruir a ponte entre o autor e a obra.

Por outro lado, por mais que haja essa estranheza, há também uma fala, uma narrativa, algo a se dizer novamente. Uma mensagem que ainda vale a pena ser transmitida.

É nessa interseção entre a renúncia ao passado e a necessidade de sua reafirmação que apresento a terceira edição deste livro.

Na minha visão, o estudo que se apresenta é muito superior às edições anteriores. De fato, com o tempo veio a experiência. A primeira edição deste trabalho foi escrita em menos de um mês, logo após a publicação da Lei nº 12.973/2014. Obviamente, tratava-se de um estudo bem preliminar. A segunda edição foi elaborada entre 2015 e 2016, ainda no início dos debates sobre as novas regras. Nos últimos anos, foram muitas as experiências, acadêmicas e profissionais, que tive com o tema da tributação em bases universais, de modo que este trabalho se mostra mais completo do que suas prévias versões.

A necessidade de modificações, estruturais e de conteúdo, segundo vemos, não impactou de forma significativamente negativa o livro como um todo, embora comecemos a notar que talvez não sejam possíveis novas reformas sem que se comece a alterar a sua própria essência.

Assim sendo, mesmo com ressalvas, apresentamos este livro com a convicção de que não só seu conteúdo foi aprimorado, como de que a conexão entre autor e obra pôde ainda ser reconstruída. O dia em que

esse reencontro não for mais possível será a hora de deixar este livro no passado, esperando que outros autores e autoras sigam com missão de produzir sobre este relevante tema.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2021

SERGIO ANDRÉ ROCHA

PREFÁCIO

SERGIO ANDRÉ ROCHA é certamente uma das vozes mais autorizadas no Brasil a falar sobre tributação internacional em geral, incluindo em particular a tributação dos lucros de pessoas jurídicas sediadas no Brasil derivados dos resultados de suas controladas ou coligadas existentes fora do País.

A matéria envolve amplo espectro e enormes dificuldades e complicações, pois, apesar do mundo globalizado dos nossos tempos, cada país conserva sua identidade, seus mecanismos negociais e suas leis nacionais, e tudo isto tem que ser levado em conta quando uma empresa de uma jurisdição estende seus negócios a outras jurisdições.

Quando isto ocorre, as consequências são as mais variadas possíveis, começando pelo risco da dupla tributação e passando pela necessidade de serem cumpridas obrigações legais e tributárias nas duas localidades, pelas diferenças de moedas e de meios instrumentais de controle contábil e fiscal, pelas dúvidas quanto à compensação de prejuízos, etc.

Não é simples, portanto, chegar-se a um valor determinado e comprovável, para ser oferecido à tributação, ou não, no país do domicílio do contribuinte.

No Brasil, desde quando a tributação da renda mundial das pessoas jurídicas foi introduzida para vigorar a partir de 1996, tivemos muitos e constantes exemplos de grandes dificuldades vivenciadas amplamente pelas empresas nacionais ou estrangeiras aqui sediadas e com subsidiárias ou simples filiais em outros países, assim como por seus assessores jurídicos e contábeis e seus auditores.

Grande parte das dificuldades decorreu das insuficiências legislativas, as quais também produziram muitos conflitos que chegaram aos órgãos administrativos e judiciais de julgamento, com decisões igualmente deficientes.

Se olharmos a história brasileira sobre a tributação da renda mundial das pessoas jurídicas, teremos a visão clara dessa confusão.

Começou com a Lei n. 9249, em 1995, que teve o mérito de instituir a tributação de todas as rendas, auferidas onde fossem, dando assim cumprimento ao princípio da universalidade que a Constituição de 1988 introduziu no regime do imposto de renda, conforme a disposição mandatória do seu art. 153, parágrafo 2º, inciso I.

Mas essa lei deixou em aberto, ao menos de modo plena e indiscutivelmente percebido, se a tributação no Brasil ocorreria no próprio ano em que a controlada ou coligada auferisse o lucro, ou quando este fosse efetivamente disponibilizado para a investidora no Brasil.

Embora a letra do art. 25 da Lei n. 9249 pudesse levar à conclusão no sentido da primeira alternativa, ela evidentemente estaria em choque com o art. 43 do CTN, que requer, para a formação do fato gerador do imposto de renda, a efetiva disponibilidade da renda.

Assim, a Instrução Normativa SRF n. 38/96 veio se interpor entre a lei e a sua aplicação, prescrevendo diversos fatos como sendo os de efetiva obtenção da disponibilidade da renda pela investidora. Essa instrução fazendária foi acusada de ilegal, mas, na verdade, ela interpretava o ordenamento jurídico em seu todo, associando a lei ordinária às superiores determinações do CTN.

Mas assim foi estabelecida nova controvérsia, que favorecia os contribuintes, por exemplo, quanto à decadência do direito de lançar em casos nos quais a instrução normativa não era aplicada, e também os colocava, em outras situações, sob a proteção de um ato normativo considerado complementar da legislação tributária (art. 100, inciso I, do Código Tributário Nacional) e lhes protegia contra lançamento tributário que antecederesse a aquisição da disponibilidade da renda.

Essa situação somente foi resolvida pela Lei n. 9532, em 1997, que em seu art. 1º praticamente adotou os preceitos manifestados na Instrução Normativa SRF n. 38/96, passando a lhes dar validade legal indiscutível e compatibilidade com o art. 43 do CTN.

Este é um momento em que cabe uma reflexão do autor destas linhas, independente das proposições do autor deste livro, mas certamente não colidente com as suas.

É que tivemos na Lei n. 9532 o ponto mais alto em matéria legislativa sobre o assunto, pois ela, deixando de lado interesses arrecadatários, ao mesmo tempo em que especificou adequadamente o tratamento aos ganhos auferidos fora do Brasil, teve a grande virtude de se harmonizar com os preceitos constitucionais e do CTN sobre o imposto de renda, isto é, de se manter dentro do Sistema Tributário Nacional implantado pela Constituição Republicana.

Neste sentido, essa lei principalmente observou o princípio constitucional da capacidade contributiva, que está inscrito no art. 43 na fórmula literal da “disponibilidade econômica ou jurídica da renda”, eis que, sem tal disponibilidade, o possível contribuinte desse imposto não tem capacidade para contribuir ao erário público, dado que é da renda adquirida, e já disponível para seu uso, que ele pode e deve subtrair a parcela devida a título de imposto.

Com razão, o art. 1º da Lei n. 9532 determinava que os lucros advindos de empresas no exterior deveriam ser oferecidos à tributação somente quando fossem efetivamente disponibilizados à pessoa jurídica sediada no território nacional. E o parágrafo 1º especificava as hipóteses de disponibilização desses lucros, determinando em sua alínea “b” que a disponibilização se daria, “*no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior*”¹.

Prosseguindo a norma legal no parágrafo 2º do mesmo artigo, foram definidos os conceitos de crédito e de pagamento nas suas alíneas “a” e “b”, respectivamente.

Assim, as hipóteses de disponibilização de lucros auferidos no exterior através de coligadas ou controladas foram enumeradas “*numerus clausus*” nas alíneas “a” e “b” do parágrafo 2º, sendo que o denominador comum de todas as espécies de disponibilização dos lucros, elencadas

1 Cumpra esclarecer que estou empregando os verbos no tempo passado por estar aludindo ao tempo em que vigorou plenamente o art. 1º da Lei n. 9532, o qual depois foi parcialmente revogado pela Lei n. 12973. Não obstante, os conceitos expendidos são permanentes, e inclusive sobrevivem em determinadas situações hoje regidas pela Lei n. 12973 (art. 81, relativo à regra geral aplicável às coligadas).

nesse dispositivo, era a existência de uma distribuição autorizada de lucros, da qual nasceria o direito dos sócios da pessoa jurídica no exterior ao seu recebimento, seguida da satisfação (cumprimento da obrigação) desse direito por uma das formas lá citadas, quais sejam:

- crédito em conta do passivo exigível da controlada ou coligada, em favor da sua investidora;
- crédito feito pela controlada ou coligada em conta bancária da sua investidora, no Brasil ou no exterior;
- entrega, pela controlada ou coligada, do respectivo valor, a um representante da investidora, em favor desta;
- remessa do respectivo valor, pela controlada ou coligada, ao Brasil ou para qualquer outra praça, em favor da investidora;
- emprego do valor, pela controlada ou coligada, em favor da investidora, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da própria controlada ou coligada, domiciliada no exterior, em benefício da investidora.

Essas figuras já eram conhecidas no direito tributário brasileiro, pois desde 1943 vigora a disposição legal do art. 100 do Decreto-lei n. 5844, relativa à incidência do imposto de renda na fonte, o qual é devido quando esta pagar, creditar, remeter, entregar ou empregar o rendimento ao beneficiário, mas a Lei n. 9532 não se limitou a repetir aquela vetusta norma, pois desceu ao detalhe de explicitar cada um dos mesmos acontecimentos.

E é bom notar que todas as referidas ações são espécies de um mesmo gênero, o qual se denomina “disponibilização dos lucros” pela pessoa jurídica que os gerou, em favor da sua investidora, e assim sempre foram entendidas, até mesmo antes do próprio CTN.

Aliás, neste sentido, todas as referidas prescrições estavam encimadas pelo “caput” do art. 1º da Lei n. 9532, onde o dispositivo determinava a tributação dos lucros “em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido **disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil**”, e também estavam sob o disposto no próprio parágrafo 1º do art. 1º, se-

gundo o qual “*para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil: ...*”.

De todas as hipóteses referidas na lei, a que mais suscitou controvérsias foi a de emprego do valor do lucro da controlada ou coligada, que a fiscalização explorou dando-lhe extensão incompatível com o seu significado. Com razão, a expressão “*emprego do valor, em favor da beneficiária*” referia-se necessariamente ao uso dos lucros, por qualquer meio, pela controlada ou coligada, em favor da sua controladora, e nada mais do que isto.

Isto era assim, e desencadeava o nascimento da obrigação tributária, porque o emprego de lucros é um ato que configura a realidade de que os dividendos foram efetivamente pagos, sendo razoável que o legislador equipare, para fins do disposto no art. 1º da Lei n. 9532, esse “*emprego do valor*” ao efetivo pagamento direto dos lucros, propriamente dito.

Note-se, portanto, que o “*emprego do valor*” é uma forma indireta de pagamento, pois, ao invés de os lucros serem distribuídos e pagos diretamente à investidora, são autorizados à distribuição, pelos meios legais e estatutários cabíveis, e são empregados pela própria pessoa jurídica distribuidora em nome e por conta da sua investidora que, nesta altura, já está intitulada ao seu recebimento. Somente assim há o que a lei dizia, ou seja, “*emprego do valor, em favor da beneficiária*”.

Destarte, somente havia emprego dos lucros se eles primeiramente tivessem sido autorizados à distribuição com observância da lei local e do estatuto da controlada ou coligada (tanto quanto deveria ocorrer nas demais formas de disponibilização), e, ao depois, não tendo sido pagos diretamente à investidora, o fossem indiretamente mediante o seu emprego em outra operação realizada pela controlada e na qual a investidora fosse a beneficiária, como, por exemplo, o emprego dos lucros para pagamento de uma dívida da investidora perante terceira pessoa.

Na verdade, o fato gerador se formava pelo binômio “emprego pela controlada – em favor da controladora”. Este binômio, que exsurge da lei como um todo, estava devidamente exprimido na norma especial, que aludia a ele com a expressão “*emprego do valor, em favor da beneficiária*”.

Outrossim, e de acordo com entendimento doutrinário e jurisprudencial, em todas as situações de disponibilização deveria haver participação ativa da fonte geradora do rendimento (a controlada ou coligada), para que ele pudesse ser considerado disponibilizado para a investidora, observando-se, assim, o requisito fundamental do fato gerador do imposto de renda, descrito no art. 43 do CTN.

Portanto, o art. 1º da Lei n. 9532 era juridicamente perfeito no seu “caput” e nos parágrafos 1º e 2º, tal como originalmente promulgados (disposições posteriores, inseridas pela Lei n. 9959, foram de validade questionável).

Mas o apetite arrecadatório do “legislador fazendário”, já manifestado nas alterações feitas pela Lei n. 9959, não poderia permitir que tal situação se mantivesse por longo tempo, e o inspirou a propor ao Congresso Nacional uma alteração no CTN que pudesse convalidar o que ele realmente queria, ou seja, tributar antes da disponibilidade da renda.

Provavelmente o Poder Legislativo não teria concordado com proposta tão radical e contrária ao ordenamento jurídico, se ela lhe tivesse sido apresentada em termos explícitos. O remédio, portanto, foi uma proposta de lei complementar que não dizia tudo o que o proponente pretendia, e a fórmula encontrada foi incluir um parágrafo no art. 43, que veio a ser o parágrafo 2º, com a seguinte redação:

“Parágrafo 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.”

O que se poderia pensar ante tal redação desse parágrafo? Apenas duas coisas: que a lei complementar estaria confirmando a possibilidade de incidência do imposto de renda sobre rendas produzidas fora do território nacional, e que, para tanto, a lei ordinária estabelecerá circunstâncias razoáveis quanto aos momentos de aquisição da disponibilidade, mas consistentes com a exigência do “caput” do artigo, ou seja, como disposição complementar deste, e não independente.

Assim, passamos a ter, em 2001, essa disposição normativa que foi inserida no CTN pela Lei Complementar n. 104.

O que não se poderia esperar é que a verdadeira pretensão fiscal fosse muito mais ousada, e que o parágrafo 2º seria usado para justificar a tributação independentemente da efetiva disponibilização da renda, conforme veio a ser determinado sem rodeios por medida provisória que nunca foi transformada em lei, mas se solidificou permanentemente através da Emenda Constitucional n. 32: foi a Medida Provisória n. 2158-35, que tratou do assunto no seu art. 74.

Evidentemente, não houve aceitação pacífica dessa violência jurídica, que chegou a contrariar não apenas o “caput” do art. 43, mas a própria redação do parágrafo 2º, que não negava a necessidade de haver a disponibilidade da renda.

O desfecho jurisdicional dessa contenda em torno do art. 74 representou um dos mais lastimáveis episódios da história do Poder Judiciário no Brasil, cujo deslinde custou mais de dez anos para ser findado, e que culminou com uma balbúrdia de entendimentos subjetivos e dissonantes entre si, manifestados ao longo do tempo por ministros da Suprema Corte que foram se afastando da mesma antes do seu desenlace (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1228-DF).

De fato, quando terminou o julgamento e foi proclamada a decisão, ela foi composta por votos proferidos por ministros que há muitos anos já haviam deixado a corte, e de outros que vieram depois e não participaram dos debates iniciais. Seis ministros da corte na data do encerramento do julgamento não votaram nele, um por se declarar impedido e cinco porque substituíram aqueles que já haviam se retirado. Da composição do Supremo Tribunal naquela data, apenas quatro ministros votaram, sendo que três pela inconstitucionalidade do art. 74 e apenas um pela inconstitucionalidade parcial. Outrossim, entre os ministros que participaram da votação e ainda estavam em exercício no final, a decisão que foi proclamada foi defendida pelo voto de apenas um deles, contra os dos outros três.

O resultado foi obtido através de um “voto médio” que não refletiu uma posição doutrinária fundamentada e uniforme ao menos para a maioria da Corte, tendo se verificado uma junção de votos sem qualquer coerência dialética, como se pode ver dos debates finais, em que os ministros buscaram “entender” qual deveria ser o resultado.

Sergio André Rocha nos explica que o voto médio foi utilizado através do “sistema de contingência”, segundo o qual, não havendo maioria, verifica-se se um voto pode ser considerado no conteúdo de outro. Mas a verdade é que a teoria envolvida nesse sistema não produziu um resultado satisfatório nesse caso, como também não se conseguiu obter resultados cientificamente fortes nos julgamentos dos Recursos Extraordinários n. 611686 e 541090, igualmente comentados pelo autor.

De qualquer modo, a decisão resultante acabou sendo apropriada pelo “legislador fazendário” ao emitir a Medida Provisória n. 627, que veio a se transformar na Lei n. 12973.

Vale considerar que em 2001 o Parlamento provavelmente não teria aprovado as regras que foram inseridas na Medida Provisória n. 2158-35, e também é muito provável que, ao apreciar depois a Medida Provisória n. 627, tenha se curvado à necessidade de uma solução legislativa final, e que tenha acabado por aceitar a realidade e a força da decisão do Supremo Tribunal.

Ocorre que não se pode esperar que os problemas tenham sido encerrados, pois a decisão da Suprema Corte não preencheu todas as facetas do problema, como, por exemplo, não se manifestou sobre as situações em que o art. 74 confrontava acordos internacionais firmados pelo Brasil, e também: (1) somente declarou a inaplicabilidade do art. 74 às coligadas sediadas fora de países com tributação favorecida ou paraísos fiscais, deixando sem solução as coligadas sediadas dentro dessas jurisdições; e (2) somente admitiu a aplicabilidade do art. 74 às controladas sediadas em países com tributação favorecida ou paraísos fiscais, deixando sem solução as controladas sediadas fora dessas jurisdições.

Neste terreno pegajoso e insalubre (insalubre não para contribuintes, mas tanto para eles quanto para o fisco, ou seja, insalubre para se-

gurança jurídica), a obra de Sergio André Rocha é de inestimável valor doutrinário (do autor como jurista dogmático e professor) e prático (do autor como jurista atuante na vida concreta).

Realmente, a obra analisa em seus detalhes as decisões do Supremo Tribunal, e a seguir avança pelos aspectos de direito internacional, inclusive na presença de convenções para evitar a dupla tributação, a respeito das quais, ao lado de fartas observações doutrinárias, são expostos os passos e contrapassos da jurisprudência administrativa e o julgamento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1325709, inclusive sendo abordada a tentativa da Fazenda Nacional de justificar a prevalência do art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35 com base no sofismático argumento de que a tributação é do lucro da pessoa jurídica brasileira, e não do lucro da entidade no exterior, o qual, e somente ele, estaria protegido da incidência em nosso país por força de normas convencionais.

A obra prossegue adentrando no regime atual instituído pela Lei n. 12973, e este representa um dos seus principais pontos, devido às novidades trazidas por essa lei e às percucientes observações sobre elas.

Por fim, é preciso destacar que o autor nos brinda com proveitosas considerações sobre as “regras CFC”, isto é, as que no direito alienígena são pertinentes às “Controlled Foreign Companies”, comparando-as com o que foi implantado no Brasil e também com as diretrizes do projeto da OCDE conhecido como “BEPS” (“Base Erosion and Profit Shifts”). As conclusões a este respeito também revelam como o Brasil tem maltratado o tema, pois o entendimento do autor é de que nosso sistema legal é de regras CFC, com o que ele mesmo reconhece nem todos concordam, e, por outro lado, seu entendimento é de que os comentários da OCDE e das Nações Unidas a respeito do tema não podem ser aplicados para a interpretação das nossas regras legais como o são em outros países.

A propósito, nossa legislação continua a não reconhecer aspecto que também não foi observado pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, a autonomia patrimonial entre as várias pessoas jurídicas, inclusive quando controladas. Neste particular aspecto, é enganoso pensar que a

controladora tenha disponibilidade porque tem aptidão para se apossar dos lucros da controlada – “basta que decida” –, o que, mesmo quando seja uma possibilidade legal e estatutária (possibilidade que nem sempre existe), não representa atual e efetiva obtenção da disponibilidade sobre os lucros da controlada, pois os mesmos ainda continuam no patrimônio desta e pode haver interesse empresarial em mantê-los onde estão.

Do mesmo modo, é equivocado imaginar que o reflexo desses lucros no balanço da controladora, através do método da equivalência patrimonial, seja suficiente para demonstrar que os lucros estejam à disposição da controladora, uma vez que, ao contrário, o método somente reflete os lucros enquanto não tenham sido efetivamente distribuídos, além de ser um mero critério contábil de avaliação do investimento, não significando que a controladora tenha direito aos lucros da controlada, tanto quanto não revela que, quando esta tenha prejuízos, a controladora esteja obrigada por eles perante os credores da controlada.

Portanto, ainda há muito que estudar e aprender sobre a tributação dos lucros das pessoas jurídicas provenientes de suas controladas e coligadas no exterior, com todos os seus aspectos fundamentais e suas consequências, inclusive quanto aos prejuízos que elas gerarem.

E para tanto vem contribuir o substancioso e valoroso trabalho de Sergio André, que certamente oferecerá importantes subsídios para qualquer acadêmico ou profissional que se envolver com o assunto.

Julho de 2016

RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA

Capítulo I

TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS: ORIGENS E CONTROVÉRSIAS DO REGIME DA MP 2.158

1. Introdução: da Lei nº 9.249/95 à Lei nº 12.973/14. 2. O Debate Quanto à Constitucionalidade do Artigo 74 da MP 2.158. 2.1. O Julgamento da ADI 2.588. 2.1.1. Ministra Ellen Gracie. 2.1.2. Ministro Nelson Jobim. 2.1.3. Ministro Marco Aurélio. 2.1.4. Ministro Ricardo Lewandowski. 2.1.5. Ministro Ayres Britto. 2.1.6. Ministro Cezar Peluso. 2.1.7. Ministro Joaquim Barbosa. 2.1.8. A Metodologia da Decisão Proferida na ADI 2.588. 2.1.9. As Decisões nos Recursos Extraordinários nºs 611.586 e 541.090. 3. Tributação do Lucro Auferido por Empresas Situadas em Países com os quais o Brasil Celebrou Convenções sobre a Tributação da Renda e do Capital. 3.1. Afastamento do Artigo 74 da MP 2.158 pelo Artigo 7(1) dos Tratados. 3.2. Afastamento do Artigo 74 da MP 2.158 pelo Artigo 10 dos Tratados. 3.3. Afastamento do Artigo 74 da MP 2.158 nos Tratados que Estabelecem Isenção para Dividendos. 3.4. Afastamento do Artigo 74 da MP 2.158 por Regra Específica. 3.5. Tratados com Regra Específica que Autoriza a Tributação Automática. 3.5.1. A “Saving Clause” do Artigo 1(3) dos Modelos da OCDE e da ONU. 3.6. Requisitos para a Utilização do Tratado: *Treaty Shopping*. 3.6.1. Substância e Treaty Shopping no Mundo Pós Projeto BEPS. 3.6.2. Decisões do CARF sobre Tributação de Controladas Indiretas no Regime da MP 2.158. 3.7. Os Comentários da OCDE e da ONU às suas Convenções Modelo. 3.8. A Posição da Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta Interna COSIT nº 18/2013. 3.9. A Posição da Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta Interna COSIT nº 400/2017. 3.10. A Discussão Envolvendo a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido. 3.11. Alguns Precedentes no Âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. 3.11.1. Acórdão nº 108-08.765. 3.11.2. Acórdão nº 101-95.802. 3.11.3. Acórdão nº 101-97.070. 3.11.4. Acórdão nº 1101-00.365. 3.11.5. Acórdão nº 1101-000.811. 3.11.6. Acórdão nº 1402-00.391. 3.11.7. Acórdão nº 1201-001.024. 3.11.8. Acórdão nº 1103001.122. 3.11.9. Acórdão nº 1102001.247. 3.11.10. Acórdão nº 1302001.630. 3.11.11. A Jurisprudência do CARF entre 2016 e 2020. 3.12. A Nova Posição da CSRF no Acórdão nº 9101-005.809. 3.13. A Decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.325.709. 3.13.1. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. 3.13.2. Ministro Ari Pargendler. 3.13.3. Ministro Sérgio Kukina. 3.13.4. *Status* Atual da Matéria.

1. INTRODUÇÃO: DA LEI Nº 9.249/95 À LEI Nº 12.973/14

Até a edição da Lei nº 9.249, publicada em 27 de dezembro de 1995, o Brasil utilizava um sistema territorial para a tributação das pessoas jurídicas, de modo que fatos econômicos ocorridos fora do território brasileiro não se sujeitavam à incidência do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (“IRPJ”).

A referida lei introduziu a tributação em bases universais para o IRPJ,² sistema que só passou a ser adotado para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.858-6/99 (posteriormente Medida Provisória nº 2.158-35/2001, artigo 21³).

De acordo com o artigo 25 da Lei nº 9.249/95, “os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano”.

Nota-se, portanto, que não só este dispositivo introduziu a universalidade como parâmetro para a tributação das pessoas jurídicas pelo Imposto de Renda, como também previu expressamente como uma das materialidades tributáveis **os lucros auferidos no exterior**.

2 Luís Eduardo Schoueri noticia que já havia sido feita tentativa anterior de instauração da universalidade como regra para a tributação da renda das pessoas jurídicas por meio da edição do Decreto-Lei nº 2.397/87 (artigo 7º). Contudo, a tributação em bases universais foi afastada logo depois, por intermédio do artigo 15 do Decreto-Lei nº 2.429/88. Ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributação dos Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior: um Novo Capítulo no Direito Tributário Internacional do Brasil?* In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 140-141. Ver, também: ANDRADE, André Martins de. *A Tributação Universal da Renda Empresarial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 197-198.

3 “Art. 21. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sujeitam-se à incidência da CSLL, observadas as normas de tributação universal de que tratam os arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249, de 1995, os arts. 15 a 17 da Lei nº 9.430, de 1996, e o art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997. Parágrafo único. O saldo do imposto de renda pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda devido no Brasil, poderá ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros oriundos do exterior, até o limite acrescido em decorrência dessa adição.”

Este é um aspecto importantíssimo. A tributação introduzida pela Lei nº 9.249/95 fez referência expressa à **tributação de lucros**, sem qualquer menção à necessidade de sua efetiva distribuição para a consumação do fato gerador do IRPJ. De outro lado, a distribuição de resultados não foi eleita pela lei como fato tributável.

Conforme observou o saudoso Professor Alcides Jorge Costa, a Lei nº 9.249/95 criou sistemáticas diferentes para a tributação de rendimentos e ganhos de capital de um lado, e de lucros de filiais, sucursais, coligadas e controladas de outro. Enquanto no primeiro caso, os rendimentos e ganhos de capital seriam computados na determinação do lucro líquido do exercício, no segundo, os lucros de filiais, sucursais, coligadas e controladas não seriam computados no lucro líquido do exercício, mas sim adicionados diretamente na apuração do lucro real.⁴

A tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas estava prevista nos parágrafos 2º e 3º do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, que estabeleceu regras distintas para cada um desses casos.

Com efeito, segundo o § 2º do referido artigo 25, “os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte”:

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

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

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

4 COSTA, Alcides Jorge. Rendimentos Auferidos no Exterior por Pessoa Jurídica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 12-13.

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

Já para as coligadas, previa o § 3º do mesmo artigo 25 que “os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

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

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

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

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

Como apontado anteriormente, a materialidade tributável segundo o artigo 25 da Lei nº 9.249/95 era “**lucros auferidos no exterior**”, de modo que este dispositivo prescindia de qualquer outro evento de disponibilização de tais lucros para sua incidência. Claras a este respeito as palavras de André Martins de Andrade, para quem o mencionado artigo 25 “tributa, isto sim, os rendimentos e ganhos de capital produzidos pela pessoa jurídica brasileira diretamente no exterior, bem como o lucro produzido pela pessoa jurídica brasileira indiretamente no exterior”.⁵

Com a edição da Lei nº 9.249/95 iniciou-se um debate que perdura até hoje sobre a compatibilidade desta modalidade de tributação com

5 ANDRADE, André Martins de. *A Tributação Universal da Renda Empresarial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 202-203.

a materialidade constitucional do IRPJ. Escrevendo logo após a edição da Lei nº 9.249/95, Luís Eduardo Schoueri já manifestava posição, que se tornou amplamente majoritária na doutrina brasileira, ao afirmar que “malgrado a intenção do legislador federal – os lucros auferidos por controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior não podem ser acrescidos ao lucro real da sócia brasileira, enquanto não forem efetivamente distribuídos (desde que, obviamente, a legislação do país onde se situa a controlada ou coligada não exija a automática e integral distribuição dos lucros)”.⁶

Diante da reação doutrinária no sentido da inconstitucionalidade da tributação automática de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, a Receita Federal deu um passo atrás com a edição da Instrução Normativa nº 38/96, a qual passou a prever o **momento** em que se daria a disponibilização de tais lucros, em uma iniciativa para conciliar a Lei nº 9.249/95 com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional (“CTN”),⁷ evitando controvérsias sobre constitucionalidade do artigo 25 da Lei nº 9.249/95.

Embora a utilização de um ato administrativo normativo para modificar a orientação legal seja criticável (mesmo que não seja exatamente

6 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Tributação dos Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior: um Novo Capítulo no Direito Tributário Internacional do Brasil? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 145.

7 O momento de disponibilização dos lucros auferidos por controladas e coligadas estava previsto no artigo 2º da Instrução Normativa nº 38/96, cuja redação é a seguinte: “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. [...]”

algo novo na experiência brasileira), o fato é que a edição da Instrução Normativa nº 38/96 foi a resposta que os contribuintes esperavam do Governo àquela época.

A falta de base legal da Instrução Normativa nº 38/96 foi resolvida com a edição da Lei nº 9.532/97, a qual “legalizou”⁸ o aspecto temporal da hipótese de incidência do IRPJ sobre lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas de pessoa jurídica brasileira.⁹

Uma questão relevante da sistemática de disponibilização prevista no artigo 1º da Lei nº 9.532/97 é que esta não alterou a materialidade tributável pelo IRPJ, que seguiu sendo, no que nos interessa neste livro, **lucros auferidos no exterior**. Esta regra tratou apenas do **momento em que tais lucros seriam considerados disponibilizados para fins de tributação**. Em outras palavras, cuidou a Lei nº 9.532/97 do aspecto temporal da hipótese de incidência do IRPJ nesses casos, e não de seu aspecto material. Este ponto foi apontado expressamente por André Martins de Andrade, na passagem a seguir:

8 Cf. BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 55; RAUSCH, Aluizio Porcaro. *Sobre a Tributação da Renda em Bases Universais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 97.

9 Veja-se o artigo primeiro da Lei nº 9.532/97: “Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil. § 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil: a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados; b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior. c) na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada ou controlada, possuir lucros ou reservas de lucros; (Incluída pela Lei nº 9.959, de 2000) d) na hipótese de adiamento de recursos, efetuado pela coligada ou controlada, 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. (Incluída pela Lei nº 9.959, de 2000) § 2º Para efeito do disposto na alínea “b” do parágrafo anterior, considera-se: a) creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior; b) pago o lucro, quando ocorrer: 1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil; 2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária; 3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; 4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior. [...]”

“Quando, posteriormente a tais atos administrativos, editou-se a Lei nº 9.532/07 inexistiu por parte do legislador a pretensão de alterar a natureza do tributo, criando novo fato gerador. Pretendeu-se, simplesmente, legitimar a alteração anteriormente prevista em ato administrativo relativamente ao momento do recolhimento do tributo.

Desse modo, as regras de disponibilização dos resultados introduzidas pela Lei nº 9.532/97 limitaram-se a fixar o aspecto temporal desta tributação. Com isso, logrou o legislador diferir o recolhimento do imposto devido para o momento de sua distribuição. [...]”¹⁰

No dia 11 de janeiro de 2001, foi publicada a Lei Complementar nº 104. Entre as diversas alterações realizadas no CTN, a aludida lei complementar incluiu um § 2º em seu artigo 43, segundo o qual “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.”

Nota-se que se pretendeu, com a inclusão deste dispositivo no CTN, delegar ao legislador ordinário a competência para determinar o aspecto temporal da hipótese de incidência do Imposto de Renda no caso de receita ou rendimento oriundo do exterior.

Após a modificação procedida no CTN, foi editado o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 (que havia sido incorporado à sua versão nº 34), o qual reintroduziu no ordenamento jurídico brasileiro regra prevendo a tributação automática de lucros auferidos no exterior por intermédio de controladas e coligadas da pessoa jurídica brasileira, isso nos seguintes termos:

“Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada

10 ANDRADE, André Martins de. *A Tributação Universal da Renda Empresarial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 285.

no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

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

De acordo com este artigo 74, os lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior **seriam considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço em que fossem apurados**, devendo ser adicionados à base de cálculo do IRPJ e da CSLL em 31 de dezembro deste ano.

Vê-se, portanto, que a regra prevista na Medida Provisória nº 2.158-35/01 (“MP 2.158”) utilizava a competência que havia sido delegada pelo CTN para a determinação do **momento de disponibilização** dos lucros auferidos por intermédio de controladas e coligadas no exterior. Mais uma vez, fez-se referência expressa ao artigo 25 da Lei nº 9.249/95. Ou seja, a materialidade sujeita à tributação continuava sendo os **lucros auferidos no exterior**, sendo o artigo 74 um dispositivo que dispunha apenas sobre o **momento** em que tais lucros seriam considerados disponibilizados.¹¹⁻¹²

Desde a sua edição, o artigo 74 da MP 2.158 foi considerado inconstitucional pela doutrina brasileira majoritária, sendo isoladas posições como a de Marco Aurélio Greco, para quem não haveria incompatibilidade entre a aludida regra e a Constituição Federal ou o CTN.¹³

11 Sobre a inserção do § 2º do artigo 43 do CTN, ver: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O Conceito de Renda – Inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar nº 104 (a Questão da Disponibilidade sobre Lucros de Coligadas e Controladas no Exterior). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 73, out. 2001, p. 105-115.

12 Cf. ANDRADE, André Martins de. *A Tributação Universal da Renda Empresarial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 285; BIANCO, João Francisco. Tributação dos Lucros Auferidos por Empresas Controladas no Exterior: Análise Crítica do Recurso Extraordinário N. 541.090. In: PRETO, Raquel Elita Alves (Coord.). *Tributação Brasileira em Evolução: Estudos em Homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Editora IASP, 2015. p. 1001.

13 Cf. UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 394-395.

São tantos os trabalhos produzidos sobre a matéria que a referência a eles se tornaria inviável no estágio em que nos encontramos. A título exemplificativo, citamos Ricardo Mariz de Oliveira, para quem “o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 é ilegal, por contrariar o art. 43 do CTN, e é inconstitucional, por prescrever tributação em situação não contida no campo de incidência do imposto de renda previsto no art. 153, inciso III, da Constituição”.¹⁴ O mesmo entendimento foi adotado por Humberto Ávila,¹⁵ Alberto Xavier¹⁶ e Luís Eduardo Schoueri, este último condicionando a constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 à existência de efetiva disponibilidade sobre os lucros auferidos no exterior.¹⁷ Também manifestamos posição pela inconstitucionalidade deste dispositivo em artigo publicado em 2003¹⁸ e novamente em 2012,¹⁹ bem como nas duas edições anteriores deste livro.

As polêmicas se agravaram com a publicação, em 8 de outubro de 2002, da Instrução Normativa nº 213, a qual pretendeu regulamentar “a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no País”. Um de seus dispositivos mais controvertidos foi o § 1º de seu artigo 7º, segundo o qual “os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial, não tributados no transcorrer do ano-calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL”.

-
- 14 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior. In: ROCHA Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 7º Volume*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 354.
- 15 ÁVILA, Humberto. O Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro e os Lucros Auferidos no Exterior. In: ROCHA Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 7º Volume*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 239.
- 16 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2010. p. 400-412.
- 17 SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior. In: ROCHA Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 7º Volume*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 328.
- 18 ROCHA, Sergio André. Transparência Fiscal Internacional no Direito Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 99, dez. 2003, p. 123.
- 19 UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 396.

Este dispositivo, que não possui base legal, quebrou a regra geral da neutralidade fiscal dos ajustes contábeis decorrentes da avaliação de investimento pelo método da equivalência patrimonial (artigo 248 da Lei das Sociedades por Ações), a qual está prevista no artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.598/77 e foi preservada pelo § 6º do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, segundo o qual “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 tema chegou ao Supremo Tribunal Federal que, em linha com as decisões do Superior Tribunal de Justiça,²⁰ manifestou-se no sentido da impossibilidade de tributação da contrapartida de equivalência patrimonial na íntegra, restringindo a incidência aos **lucros auferidos no exterior**.²¹

Em dezembro de 2001 teve início o questionamento da constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 perante o Supremo Tribunal Federal (“STF”), objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588 (“ADI 2.588”). Após mais de uma década de tramitação, a ADI 2.588 foi julgada em 2013, com um resultado final decepcionante. Voltaremos ao tema na seção I.2 adiante.

Outra espécie de questionamento a respeito da sistemática introduzida pelo artigo 74 da MP 2.158 diz respeito não mais à sua compatibilidade com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional,

20 Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa da decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 531.112: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA – IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL. EMPRESAS CONTROLADAS E COLIGADAS SITUADAS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO DO RESULTADO POSITIVO. MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. ILEGALIDADE DO ART. 7º, §1º, DA IN/SRF N. 213/2002. 1. Os mais recentes julgados do STJ são no sentido de que o § 1º do art. 7º. da IN 213/2002 violou o princípio da legalidade tributária, uma vez que amplia, sem amparo legal, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, ao prever a tributação sobre o resultado positivo da equivalência patrimonial. Neste sentido: EDcl no REsp 1325709/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 04/09/2014. 2. Agravo regimental não provido.” No mesmo sentido, ver, por exemplo, as decisões nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.325.709, no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1.307.054, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.660.773 e no Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.698.113.c

21 Ver as decisões nos Agravos em Recurso Extraordinário nº 1.191.424 e nº 1.270.361.

mas sim ao seu relacionamento com os tratados internacionais sobre a tributação da renda e do capital celebrados pelo Brasil. Esta questão será objeto de análise na seção I.3.

Durante todos os anos em que esteve em vigor, o artigo 74 da MP 2.158 sofreu oposição jurídica da grande maioria dos autores que se dedicaram ao tema, mas também foi duramente criticado pelas crescentes empresas multinacionais brasileiras, ao argumento de que a sujeição de lucros não distribuídos à tributação brasileira tolhe sua competitividade no mercado internacional. De fato, se uma multinacional brasileira e outra alemã atuam em um mesmo mercado onde a alíquota do Imposto de Renda local é 22%, a tributação brasileira sobre os lucros auferidos em tal mercado, ainda não distribuídos, sujeitará o investimento brasileiro a uma tributação de 34% sobre a renda, colocando-a em desvantagem competitiva perante a concorrente germânica que não tenha que tributar tais resultados na Alemanha antes de sua efetiva realização.

Nada obstante, mesmo que este argumento seja apresentado de forma reiterada, o fato é que a falta de pesquisas empíricas sobre o tema torna difícil apresentar uma conclusão sobre a questão que vá além de impressões e posições intuitivas.

Ultimado o julgamento pelo STF na ADI 2.588, tomaram corpo debates que há alguns anos já vinham sendo gestados dentro da Receita Federal do Brasil e no mercado, no sentido de uma reforma do sistema brasileiro de tributação de lucros auferidos no exterior. Em 10 de outubro de 2013, foi publicada a Lei nº 12.865, a qual trouxe, em seu artigo 40, um programa especial de pagamento para as empresas que haviam questionado ou deixado de observar o regime previsto no artigo 74 da MP 2.158.

Um pouco mais adiante, em 13 de novembro de 2013, foi editada a Medida Provisória nº 627 (“MP 627”), a qual trouxe as novas regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior por intermédio de filiais, sucursais, controladas e coligadas, em seus artigos 72 a 91.

A MP 627 reformou o sistema de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior, incorporando

ao Direito Brasileiro conceitos comuns no Direito Comparado, como a distinção entre rendas ativas e passivas, além de prever, pela primeira vez, um sistema de tributação automática de lucros auferidos no exterior por empresas controladas por pessoas físicas residentes no Brasil, que gerou muitas controvérsias durante a tramitação do projeto de lei de conversão.

Em 14 de maio de 2014 foi publicada no Diário Oficial a Lei nº 12.973 (“Lei 12.973”), lei de conversão da MP 627. O sistema desenhado na medida provisória foi, em linhas gerais, mantido, embora tenha sofrido diversas alterações e refinamentos. Talvez a maior das alterações tenha sido a supressão integral das regras de tributação automática dos lucros de investimentos controlados por pessoas físicas.

Já no dia 8 de dezembro de 2014 foi a vez da publicação da Instrução Normativa nº 1.520 (“IN 1.520”), a qual regulamentou a Lei 12.973 e trouxe as obrigações acessórias que os contribuintes terão que observar na aplicação da nova sistemática de tributação de lucros auferidos no exterior.

Traçamos este breve histórico, mas não temos a intenção de comentar em detalhe nenhum dispositivo da Lei nº 9.249/95, da Lei nº 9.532/97, nem o artigo 74 da MP 2.158 ou a Instrução Normativa nº 213/02 que o regulamentou. Há doutrina suficiente em nossa literatura sobre qualquer desses temas, de modo que não carecem os mesmos de nova sistematização. Nosso propósito neste estudo é analisar as regras de Tributação em Bases Universais previstas na Lei 12.973. Abordaremos as principais modificações introduzidas pela lei, assim como sua compatibilidade não só com a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional, mas também com os tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil.

Antes, porém, de adentrarmos no exame de cada artigo da Lei nº 12.973/14, devemos analisar dois itens em particular, para que possamos, posteriormente, tecer comentários a seu respeito no âmbito da nova lei.

O primeiro desses itens refere-se aos argumentos jurídicos para o questionamento da constitucionalidade e da legitimidade do artigo 74 da MP 2.158, enquanto o segundo cuida do relacionamento entre o aludido dispositivo e os tratados internacionais tributários celebrados pelo

Brasil. Queremos retornar ao debate dessas matérias, sob a luz do artigo 74 da MP 2.158, para que possamos, após, retomar a análise desses temas considerando a nova sistemática prevista na Lei 12.973.

O primeiro tópico, ao qual se dedicará a próxima seção, terá por base a análise do julgamento, pelo STF, da ADI 2.588 e dos Recursos Extraordinários nº 611.586 e nº 541.090 que foram decididos em conjunto com ela.

Esses temas serão examinados à luz do artigo 74 da MP 2.158, uma vez que este dispositivo é que foi objeto das decisões que serão comentadas.

2. O DEBATE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 74 DA MP 2.158

Como mencionado anteriormente, com a 34ª edição da MP 2.158, a legislação tributária brasileira tornou a adotar uma sistemática de tributação dos lucros das empresas estrangeiras controladas ou coligadas de pessoas jurídicas residentes no Brasil em 31 de dezembro do ano do balanço em que houverem sido auferidos pela empresa não residente.

A doutrina tributária manifestou-se majoritariamente contrária a essa previsão legal, sustentando sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

Em primeiro lugar, argumenta-se que tal regra contraria a materialidade constitucional do Imposto de Renda,²² em consonância com a qual somente seria compatível com a Constituição Federal a tributação de acréscimos patrimoniais definitivamente disponíveis. O mesmo argumento poderia ser feito em relação à CSLL, uma vez que não estamos diante de lucros auferidos diretamente pela pessoa jurídica brasileira.

22 Embora ainda lave alguma divergência sobre a matéria em tela, a existência de uma materialidade constitucional mínima do Imposto de Renda não pode ser negada, tendo em vista especialmente a função de *limites* às competências tributárias exercidas pelas regras atributivas de tais competências previstas na Constituição Federal. Nesse sentido, ver, por todos: QUEIROZ, Luís César Souza de. *Imposto sobre a Renda: Requisitos para uma Tributação Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 210-211.

Na presente situação, em que se tributam pelo IRPJ e a CSLL lucros da pessoa jurídica estrangeira que não foram econômica nem juridicamente disponibilizados para a controladora ou coligada brasileira, está-se tributando, segundo este entendimento, renda e lucros alheios, o que encontraria óbice nos postulados do Sistema Tributário Nacional.

Este raciocínio parte da Constituição Federal, mas se completa, em relação ao IRPJ, no Código Tributário Nacional, em seu artigo 43.

Com efeito, se em termos de hermenêutica constitucional, há sempre uma circularidade inevitável entre a legislação infraconstitucional e a Lei Maior, tal raciocínio é ainda mais verdadeiro no que tange à legislação que precede a edição da própria Constituição. É o que passa no que se refere à materialidade do Imposto de Renda.

De fato, quando da edição da Constituição Federal de 1988, já havia um conceito de renda e proventos de qualquer natureza que era extraído do artigo 43 do Código Tributário Nacional, o qual foi recepcionado pela atual Constituição e tem a seguinte redação:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

Segundo Ricardo Mariz de Oliveira, “o art. 43 da lei complementar explicita o que está meramente implícito na discriminação constitucional dessa competência tributária”,²³ de modo que o dispositivo do CTN se torna relevantíssimo para se concretizar a competência outorgada pelo artigo 153, III, da Constituição Federal, conforme expressamente determina o artigo 146, III, “a”, do texto constitucional.

23 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 282; OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I. p. 357.

A partir deste dispositivo [artigo 43] é construída a interpretação de que o CTN teria adotado as teorias da **renda-produto** (inciso I) e da **renda-acrécimo** (inciso II),²⁴ sendo que, ao fazer referência a “acrécimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”, o inciso II levaria à conclusão de que a **renda-produto** também se trata de acréscimo patrimonial. Nesse sentido, argumenta Ricardo Mariz de Oliveira que “o inciso II indireta e implicitamente afirma que as rendas, definidas no inciso I, também são fatores de acréscimo patrimonial, pois, ao dizer que os proventos são ‘os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior’, também reconhece tal efeito e tal característica nas rendas”.²⁵

Conforme aponta João Victor Guedes Santos, este conceito de renda é adotado de forma majoritária pela doutrina.²⁶ Contudo, como destaca o mesmo autor, não se pode desconsiderar que o conceito de renda previsto no inciso I do artigo 43 do CTN dá “margem interpretativa para que haja incidência individualizada sobre ganhos e rendimentos (líquidos), independentemente da existência de acréscimo patrimonial glo-

-
- 24 Luís Eduardo Schoueri apresenta-nos claras definições de **renda-produto** e **renda-acrécimo**. Segundo o referido autor “de acordo com a teoria da renda-produto, ou teoria da fonte, considera-se a renda o fruto periódico de uma fonte permanente”. Por outro lado, “a teoria da renda-acrécimo patrimonial adota o conceito de renda a partir da comparação da situação patrimonial em dois momentos distintos” (SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 243). Sobre o tema, do mesmo autor, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Manual da Tributação Direta da Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. p. 13-14. Disponível em: <https://ibdt.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/ManualTributacaoDiretaRenda_16x23cm.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2021.
- 25 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 285; OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I. p. 359. Sobre o tema, ver: BIFANO, Elidie Palma. *O Mercado Financeiro e o Imposto sobre a Renda*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 121-131; RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos: Teoria Geral e Espécies*. Niterói: Impetus, 2013. p. 101-107; FERNANDES, Edison Carlos. *Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31-38; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto sobre a Renda das Empresas*. 14ª ed. São Paulo: MP Editora, 2021. p. 51-56; LOPES, Roberto Salles. *Conceito de Renda para Fins Tributários e IFRS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25-181; DUTRA, Micaela Dominguez. *Deduções Fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020. p. 192-213.
- 26 SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da Tributação e Tributação da Renda nos Mercados Financeiros e de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 183.

bal”.²⁷ Também Luís Eduardo Schoueri aponta que “no inciso I poderá haver renda-produto que não se mede a partir de um acréscimo patrimonial. Assim é o caso de rendimentos pagos a não residentes”.²⁸

Há que se recordar, contudo, que o fato gerador do Imposto de Renda não é apenas a obtenção de renda ou proventos de qualquer natureza, mas sim a aquisição da **disponibilidade jurídica ou econômica** de renda ou proventos de qualquer natureza, como já destacava Hugo de Brito Machado.²⁹ Embora o tema não seja pacífico na doutrina, prevalece o entendimento bem sumariado pelo citado autor ao afirmar que “a disponibilidade econômica decorre do *recebimento* do valor que se vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte. Já a disponibilidade jurídica decorre do simples *crédito* desse valor, do qual o contribuinte passa juridicamente a dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos”.³⁰

Entra em cena o **princípio da realização da renda**. Segundo Fernando Aurelio Zilveti, “o conteúdo do princípio da realização da renda é a identificação, antes de impor ao contribuinte a obrigação de pagar imposto, da renda efetivamente realizada”.³¹ Elidie Bifano faz a relação entre o *princípio da realização da renda* e a exigência de sua *disponibilização*, afirmando que “parece certo que o princípio da realização da renda permite a aplicação de um conceito de renda como acréscimo efetivamente disponibilizado”.³² A mesma relação faz Victor Borges Polizelli,

27 SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da Tributação e Tributação da Renda nos Mercados Financeiros e de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 185.

28 SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 247. Ver, também: QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Imposto Sobre a Renda*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018. p. 254-264.

29 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 324.

30 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 322. Sobre o tema, ver: MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza: O Imposto e o Conceito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996. p. 120-126.

31 ZILVETI, Fernando Aurelio. O Princípio da Realização da Renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. I. p. 314.

32 BIFANO, Elidie Palma. *O Mercado Financeiro e o Imposto de Renda*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 136.

no trabalho monográfico mais completo sobre o tema, em que deixou consignado que “posto que não contenha uma formulação explícita do princípio da realização, o artigo 43 do CTN, ao falar das *disponibilidades jurídica e econômica*, oferece indicativos razoáveis para que se identifiquem métodos de apuração da renda”.³³

Nessa linha, argumenta-se que não seria possível a tributação no Brasil antes da distribuição feita pela pessoa jurídica controlada ou coligada no exterior, nem antes de qualquer outro ato de disponibilização por meio do qual a pessoa jurídica brasileira passe a ter renda realizada, na forma do artigo 43 do CTN.

A introdução do § 2º no artigo 43, mencionada anteriormente, não teria tido o condão de alterar a situação acima descrita. Segundo afirma Heleno Tórres, “a disponibilidade da renda auferida no exterior, em qualquer previsão legislativa, deve vir sempre acompanhada dos mesmos critérios que já informavam o conceito de renda do artigo 43 do CTN, respeitando ainda todos os demais valores do ordenamento, como o princípio da capacidade contributiva e as liberdades de organização e de autonomia privada”.³⁴ Não é outra a interpretação de Renato Nunes, para quem “a única leitura que se pode fazer do § 2º do art. 43 do CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104/01, é no sentido de que o legislador ordinário, no caso de receitas e ganhos do exterior, pode definir o momento de aquisição de disponibilidade ‘genérica’ do acréscimo patrimonial, sujeito ao imposto sobre a renda. É incabível a fixação de momento anterior ao mencionado átimo, sob pena de nítida afronta ao princípio da capacidade contributiva, ao direito de propriedade e à discriminação de competências, dado que estar-se-ia submetendo à tributação não o acréscimo patrimonial, mas o próprio patrimônio, o que

33 POLIZELLI, Victor Borges. *O Princípio da Realização da Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 358.

34 TÓRRES, Heleno Taveira. Lucros auferidos por meio de controladas e coligadas no exterior. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado: Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 134.

desvirtuaria a materialidade da hipótese de incidência, assim como a natureza jurídica do imposto”.³⁵

Logo no início dos debates sobre este tema, a comparação que se fazia era com a tributação pelo Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, prevista no art. 35 da Lei nº 7.713/88, que já havia sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a referida previsão legal, “o sócio-quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficará sujeito ao Imposto sobre a Renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base”. Assim, ficava o sócio submetido à tributação pelo ILL no momento em que auferido o lucro pela pessoa jurídica, independentemente de ter havido sua disponibilização jurídica ou econômica.

Tal sistemática de tributação (excetuados apenas os casos de disponibilidade imediata prevista no contrato social) foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que não se encontrava em conformidade com a hipótese de incidência do Imposto de Renda delineada no artigo 43 do Código Tributário Nacional, a qual encontra sua força normativa no inciso III do artigo 153 da Constituição Federal.

Nesse sentido, merece destaque a seguinte passagem do voto do Ministro Marco Aurélio (relator) nos autos do Recurso Extraordinário nº 172.058-1.³⁶

“Pois bem, diante do contexto legal *supra*, impossível é dizer da aquisição da disponibilidade jurídica pelos acionistas com a simples apuração, e na data respectiva, do lucro líquido pelas pessoas jurídicas. O encerramento do período-base aponta-o, mas o faz relativamente a situação que não extravasa o campo de

35 NUNES, Renato. Tributação de Lucros Auferidos por meio de Coligadas e Controladas no Exterior: Regime de Disponibilização (MP nº 2.158-35/01) e Resultados de Equivalência Patrimonial. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 590.

36 Veja-se, também, o Recurso Extraordinário nº 117.887, de relatoria do Ministro Carlos Velloso.

interesses da própria sociedade. Ocorre, é certo, uma expectativa, mas, enquanto simples expectativa, longe fica de resultar na aquisição da disponibilidade erigida pelo art. 43 do Código Tributário Nacional como fato gerador. Uma coisa é a incidência do imposto de renda sobre o citado lucro e, portanto, a obrigação tributária da própria pessoa jurídica. Algo diverso é a situação dos sócios, no que não passam, com a simples apuração do lucro líquido na data do encerramento do período-base, a ter a disponibilidade reveladora do fato gerador.”

E prosseguiu o Ministro Marco Aurélio em outra passagem:

“A conclusão a que se chega é que, na verdade, o artigo 35 da Lei nº 7.713/88, ao desprezar a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica como fato gerador do imposto sobre a renda, acabou por trazer à baila fato gerador diverso, ou seja, o consubstanciado na simples apuração do lucro líquido na data do encerramento do período-base. Ao fazê-lo, mostrou-se distanciado da regra que impõe, como veículo próprio à Constituição quer de fato gerador quer de base de cálculo dos tributos previstos na Carta Federal, a lei complementar.”

Mesmo que de forma resumida, a questão do debate sobre a constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 foi bem posta acima. Depois de anos de tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, em abril de 2013 findou o julgamento da ADI 2.588, tema ao qual dedicaremos o item a seguir.

2.1. O JULGAMENTO DA ADI 2.588

Como destacamos em outro texto, a demora do Supremo Tribunal Federal para apreciar questões de grande relevância e impacto para as empresas brasileiras é uma ameaça à segurança jurídica e ao bom funcionamento do Sistema Tributário Nacional.³⁷ Um bom exemplo dessa situação indesejada é o que se passou no julgamento da ADI 2.588.

37 ROCHA, Sergio André. O Protagonismo do STF na Interpretação da Constituição pode Afetar a Segurança Jurídica em Matéria Tributária? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 15^o Volume*. São Paulo:

No dia 4 de fevereiro de 2002, a ação foi distribuída para sua relatora original, Ministra Ellen Gracie. Contudo, apenas em 10 de abril de 2013 foi proferida decisão neste processo, a qual, diga-se de passagem, não obteve maioria para julgar se a tributação seria constitucional ou não naquela que é a situação mais relevante para as empresas que se sujeitam à aplicação das regras em questão: a presença de empresa controlada de pessoa jurídica brasileira em país de tributação regular. Nesse meio tempo, **nada mais nada menos que nove ministros que proferiram votos na ADI 2.588 se aposentaram.** Eis a ementa desta decisão:

“TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (‘31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO’). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). APLICAÇÃO DA NOVA METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO TRIBUTO PARA A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS APURADA EM 2001. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000). 1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados: 1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros; 1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir ‘planejamento tributário’) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão

Dialética, 2011. p. 429-430; ROCHA, Sergio André. *Estudos de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 269-270.

obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248); 1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada; 1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização. 2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece: 2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam ‘paraísos fiscais’; 2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (‘paraísos fiscais’, assim definidos em lei); 2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao art. 74 da MP 2.158-35/2001, bem como para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de retroatividade prevista no art. 74, par. ún., da MP 2.158/2001.”

Neste tópico, analisaremos brevemente os votos proferidos na ADI 2.588, bem como o resultado final deste julgamento.³⁸ Vale ressaltar que nosso interesse principal é pelas passagens que abordam o aspecto ma-

38 Sobre o tema, ver: RAMALHO, Rômulo Pinto. Aspectos Constitucionais da Tributação em Bases Universais do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. In: VALADÃO, Marcos Aurélio et al. (Coords.). *Direito Tributário Constitucional*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 493-513; QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. A Tributação de Lucros Auferidos no Exterior por Controladas e Coligadas: A Posição do STF e a Lei n. 12.973/2014. In: RODRIGUES, Daniele Souto; MARTINS, Natanael (Coords.). *Tributação Atual da Renda*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 209-231; GOMES, Marcus Lívio. A tributação das controladas e coligadas no exterior: o que realmente restaria ao Supremo Tribunal Federal julgar? In: GOMES, Marcus Lívio; VELOSO, Andrei Pitten (orgs.). *Sistema*

terial da hipótese de incidência do Imposto de Renda. O debate sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 74, envolvendo pontos relacionados à retroatividade na aplicação do dispositivo, por exemplo, não será mencionada, já que não terá qualquer reflexo sobre o exame que será feito sobre a nova sistemática de tributação instituída pela Lei nº 12.973/14. Após o exame da ADI 2.588, analisaremos o julgamento pelo STF dos Recursos Extraordinários números 611.586 e 541.090, que foram apreciados juntamente com a ADI 2.588.

2.1.1. MINISTRA ELLEN GRACIE

Após afastar algumas preliminares, a Ministra Ellen Gracie (já aposentada) iniciou seu voto manifestando o entendimento de que não via qualquer inconstitucionalidade na regra contida no artigo 74 da MP 2.158. Partindo a Ministra de uma análise superficial, que em nenhum momento entrou em um exame mais detido da materialidade do Imposto de Renda prevista no artigo 153, III, da Constituição Federal, e no artigo 43 do CTN, seu raciocínio basicamente foi o de que:

1. A Constituição delegou ao CTN a delimitação da hipótese de incidência do Imposto de Renda (artigos 153, III e 146 III).
2. O CTN, em seu artigo 43, descreveu tal hipótese de incidência como sendo a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda ou proventos de qualquer natureza.
3. O § 2º do artigo 43 do CTN, acrescentado pela Lei Complementar nº 104/01, ‘remeteu à lei o estabelecimento das condições e do momento em que se dará a disponibilidade das receitas e dos rendimentos oriundos do exterior, para fins de incidência do imposto de renda’.
4. Seguindo a autorização dada pelo dispositivo acima, a MP 2.158 “estabeleceu o momento em que se considera verificada a aquisição de disponibilidade de renda – no caso, lu-

Constitucional Tributário: Dos Fundamentos Teóricos aos Hard Cases Tributários. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 577-597.

lucros auferidos por empresa controlada ou coligada situada no exterior”.

Tendo por base esta análise, partiu a Ministra para distinguir a situação das empresas controladas e coligadas no exterior, já que, em sua visão, “no caso das empresas controladoras situadas no Brasil, em relação aos lucros auferidos pelas empresas controladas situadas no exterior, tem-se verdadeira hipótese de aquisição de disponibilidade jurídica desses lucros no momento da sua apuração no balanço realizado pela controladora”.

O principal argumento da Ministra Ellen Gracie para suportar tal entendimento **foi o de que a empresa controladora teria preponderância nas deliberações societárias**. Dessa forma “a disponibilidade dos lucros auferidos pela empresa controlada, assim, depende única e exclusivamente da empresa controladora, que detém o poder decisório sobre o destino desses lucros, ainda que não remetidos efetivamente, concretamente pela empresa controlada, situada no exterior, para a controladora localizada no Brasil”.

Talvez os maiores equívocos desta linha de interpretação sejam:

1. ignorar as distintas personalidades jurídicas das empresas envolvidas, controlada e controladora, as quais não deveriam ser desconsideradas a não ser que houvesse demonstração incontestada de abuso; e
2. partir da premissa empresarialmente injustificável de que, na condução de um negócio, os lucros gerados seriam sempre integral e imediatamente disponibilizados para o sócio ou acionista, como se não houvesse a necessidade de reinvestimentos e mesmo de reservas estatutárias que devessem ser constituídas pela empresa, nem obstáculos legais à distribuição dos lucros, como a constituição de reservas previstas em lei.

Essa linha de interpretação foi criticada por Humberto Ávila, para quem, “a simples contingência de a empresa sediada no país *poder decidir* sobre o destino dos lucros obtidos por outra empresa no exterior não autoriza presumir que ela vá efetivamente decidir sobre a sua distribuição e que, com a tomada desta decisão, venha a adquirir a disponibilidade

sobre eles. Insista-se no óbvio: para que ocorra o fato gerador do imposto de renda, é preciso que tenha surgido o direito incondicional a ela, e não o simples poder abstrato de decidir sobre ter ou não esse direito”.³⁹

De toda forma, coerente com sua argumentação, sustentou a Ministra Ellen Gracie que, no caso das coligadas, a regra prevista no artigo 74 da MP 2.158 seria inconstitucional, uma vez que a empresa coligada brasileira não teria poder para determinar a distribuição dos lucros apurados pela empresa coligada localizada no exterior.

Diante do exposto, a Ministra Ellen Gracie julgou procedente em parte a ADI 2.588, “para o fim de declarar inconstitucional a expressão ‘ou coligada’ duplamente contida no *caput* do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001. Para empresas coligadas no exterior e para a tributação dos lucros dela auferidos pela coligada no Brasil (IR e CSLL), seguirá vigorando o disposto na Lei nº 9.532/97”.

2.1.2. MINISTRO NELSON JOBIM

Já nos debates que antecederam seu voto, o Ministro Nelson Jobim (aposentado) manifestou preocupação com os efeitos da globalização sobre a tributação e a possibilidade de os resultados das empresas multinacionais jamais se sujeitarem à tributação no Brasil. Em suas palavras, “neste momento, tem-se um conceito mundial, uma situação de globalização de operações financeiras. As operações feitas pelas controladas fora do País só seriam tributadas se, e somente se, esse patrimônio viesse efetivamente para cá. Como a empresa tem uma configuração internacional, o patrimônio não vem nunca, exatamente para não se pagar o tributo; o imposto utilizado, então, fica circulando”.

Outra das bases deste voto foi o afastamento, a partir de premissa a nosso ver equivocada, da correlação entre a matéria objeto da ADI 2.588 e aquela objeto do Recurso Extraordinário nº 172.058. Esta questão foi bem relatada por André Martins de Andrade:

39 ÁVILA, Humberto. Indisponibilidade jurídica da renda por poder de decisão ou por reflexo patrimonial. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 53, set.-out. 2011, p. 11. Ver, também: ANDRADE, André Martins de. Os (des)caminhos da tributação da renda no Brasil após a ADI nº 2.588. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 53, set.-out. 2011, p. 31.

“Afasta enfaticamente S. Exa. a aplicação do RE nº 172.058 sob a alegação de que o referido precedente tratou apenas e tão somente de investidores pessoas físicas, submetidos ao regime de caixa, em que a disponibilização da renda ficaria efetivamente sujeita à realização financeira, sendo diversa a hipótese contida na ADI, em que os investidores seriam sempre pessoas jurídicas, submetidas, por conseguinte, ao regime de competência, no qual a renda é considerada auferida quando de seu mero registro contábil.

Na qualidade de patrono do RE em questão, cabe um reparo histórico da maior relevância. Se não chega a ser errônea, a afirmação de que o RE tratou de investidores pessoas físicas é, no mínimo, incompleta ou parcial. É que o art. 35 da Lei nº 7.713/88, cuja inconstitucionalidade foi declarada no âmbito daquele julgamento para ‘acionistas’ e ‘quotistas’ (dependendo, neste caso, da estipulação contratual das investidas) aplicava-se tanto aos acionistas pessoas físicas quanto aos acionistas pessoas jurídicas. O efeito *erga omnes* atribuído à declaração de inconstitucionalidade da expressão ‘o acionista’ no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 pela Resolução nº 82/96 do Senado Federal espanca qualquer dúvida a respeito.”⁴⁰

Porém, o ponto central do voto do Ministro Nelson Jobim, que ocupou várias páginas de sua manifestação, foi a defesa da utilização do Método da Equivalência Patrimonial (MEP) como mecanismo para o reconhecimento e a mensuração do resultado auferido no exterior por controladas e coligadas de pessoas jurídicas brasileiras. Para fundamentar sua posição, Jobim fez uma releitura do conceito de **disponibilidade econômica** da renda, para distingui-lo do que chamou de **disponibilidade financeira**. Em suas palavras:⁴¹

“Grande maioria das relações econômicas e jurídicas, pactuadas entre empresas e entre as companhias e seus sócios, é realizada

40 ANDRADE, André Martins de. Os (des)caminhos da tributação da renda no Brasil após a ADI nº 2.588. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 53, set.-out. 2011, p. 30.

41 Todos os destaques nas transcrições a seguir, em letras maiúsculas, encontram-se no original.

por meio de aquisição e transferência de direitos que somente se concretiza na forma de registros contábeis.

Por isso, a disponibilidade da renda não pode se limitar, para as pessoas jurídicas, ao efetivo recebimento de moeda ou dinheiro.

Em rigor, fala-se de DISPONIBILIDADE ECONÔMICA em um sentido próprio para as pessoas jurídicas em contraposição ao conceito de DISPONIBILIDADE FINANCEIRA que se constitui, nessa seara, no efetivo ganho de recursos monetários.

DISPONIBILIDADE ECONÔMICA significa acréscimo patrimonial sem o recebimento físico dos ganhos financeiros.

A entrada física de moeda no caixa pode, por motivos comerciais e contábeis, ser livremente postergada pelas sociedades envolvidas.

Contudo, o aumento patrimonial da pessoa jurídica já se deu quando da DISPONIBILIDADE ECONÔMICA, mesmo antes da decisão de realizar a DISPONIBILIDADE FINANCEIRA.

A ideia de DISPONIBILIDADE ECONÔMICA é consequência inarredável do REGIME DE COMPETÊNCIA das pessoas jurídicas e do MEP [Método da Equivalência Patrimonial].”

Com a devida vênia, notam-se alguns equívocos técnicos na passagem acima transcrita, a começar pela afirmação de que é a contabilidade, e não um ato jurídico, que concretiza determinada transação para fins tributários.

Qualquer registro contábil desacompanhado do correspondente ato jurídico, é irrelevante para fins fiscais.⁴² É assim hoje na sistemática adotada pela Lei 12.973,⁴³ que adaptou a legislação do IRPJ e da CSLL

42 No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto. Indisponibilidade jurídica da renda por poder de decisão ou por reflexo patrimonial. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 53, set.-out. 2011, p. 19.

43 Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A*. São Paulo: Quartier Latin, 2008; ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2012; ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2015; ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume V*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

aos padrões contábeis dos *International Financial Reporting Standards*,⁴⁴ e com muito mais razão era assim em 2004, quando o Ministro Nelson Jobim apresentou seu voto e ainda estava dormente a questão da modificação dos padrões contábeis brasileiros. A crítica à pretensão de tributação dos ajustes de equivalência patrimonial e a confusão quanto à relação entre o regime de competência e a disponibilidade de renda foi bem formulada por Luís Eduardo Schoueri, para quem:

“[...] O argumento baseado no MEP [Método da Equivalência Patrimonial] deve ser rebatido. Revela ignorar o fato de que o MEP não tem a função de apontar qualquer disponibilidade de renda para os acionistas. O MEP, enquanto técnica contábil, apenas avalia investimentos em coligadas e controladas sem implicar, por isso, disponibilização.

Mais do que isso: nos trechos apontados acima, fica claro que os referidos Ministros buscaram fortalecer as suas teses com base na premissa de que o MEP, enquanto sistemática de reconhecimento de variação patrimonial de investimentos em coligadas e controladas, representa uma forma legítima de se assegurar o respeito ao ‘regime de competência’, o qual, por sua vez, somente vem a reforçar o fato de estarem os lucros disponíveis. A fragilidade de tal premissa está justamente no reconhecimento de que ‘regime de competência’ e ‘disponibilidade’, assim como ocorre com o MEP, nem sempre caminham de mãos dadas e tampouco são conceitos que se confundem entre si.”⁴⁵

Um ponto importante, observado por Humberto Ávila, é que o artigo 74 da MP 2.158 em nenhum momento fez qualquer referência à utilização do resultado de equivalência patrimonial como base para a tributação dos lucros auferidos pela investida no exterior. Em suas palavras, “os votos dos julgadores que acataram o uso da equivalência patrimonial partem do pressuposto de que o artigo 74 da Medida Provisória nº

44 Ver: ROCHA, Sergio André. Questões Fundamentais do Imposto de Renda Após a Lei nº 12.973/14. ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 582-594.

45 SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no Exterior e Acordos de Bitributação: Reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 219, Dez. 2013, p. 69.

2.158-35/01 prevê ou mesmo permite que ela seja utilizada para aferir acréscimo patrimonial tributável. Esse dispositivo, contudo e a toda evidência, não prevê essa alternativa, tanto que foi necessária a edição de uma Instrução Normativa para prevê-la, que foi, por isso mesmo, declarada ilegal, por prever o que a lei não prevê.”⁴⁶

Na sequência de sua manifestação, seguiu o Ministro Jobim utilizando a distinção entre disponibilidade econômica e disponibilidade financeira, que não se encontra presente no CTN, apenas para conferir à disponibilidade econômica o sentido geralmente atribuído à disponibilidade jurídica, e à tal disponibilidade financeira o sentido que usualmente se atribui à disponibilidade econômica.

Por fim, e aí provavelmente o maior problema de seu voto, o Ministro Jobim utilizou a equivalência patrimonial como um exemplo claro do que seria disponibilidade econômica.

Essa opção do Ministro Nelson Jobim talvez seja explicada em um trecho um pouco mais adiante de seu voto, quando afirma que “com a DISPONIBILIDADE ECONÔMICA dá-se o acréscimo, mesmo que contábil, desses recursos ao patrimônio do contribuinte”.

Aqui nota-se a diferença entre o conceito de disponibilidade econômica para Jobim e o conceito de disponibilidade jurídica: em sua visão, um mero registro contábil, desprovido de um ato jurídico que represente acréscimo de patrimônio, seria suficiente para a configuração do fato gerador do Imposto de Renda, em conformidade com o disposto no artigo 43 do CTN.

Mais à frente em sua manifestação, insiste o Ministro Nelson Jobim que o momento da disponibilidade da renda das pessoas jurídicas “tanto poderia ser apuração dos resultados (REGIME DE COMPETÊNCIA e DISPONIBILIDADE ECONÔMICA), como a sua distribuição (REGIME DE CAIXA e DISPONIBILIDADE FINANCEIRA)”.

46 ÁVILA, Humberto. Indisponibilidade jurídica da renda por poder de decisão ou por reflexo patrimonial. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 53, set.-out. 2011, p. 15.

Percebe-se que o voto do Ministro Nelson Jobim – que pôs em xeque a neutralidade da variação positiva do ajuste do custo de um investimento pelo método da equivalência patrimonial,⁴⁷ prevista expressamente no artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.598/77⁴⁸ e no § 6º do artigo 26 da Lei nº 9.249/95⁴⁹ – introduziu no julgamento da ADI 2.588 conceitos como “equivalência patrimonial” e “regime de competência”, que depois tornariam a aparecer nos votos proferidos por outros ministros. O resumo de sua posição pode ser inferido da seguinte passagem, em que afirma que “a apuração dos resultados da [empresa] BRASILEIRA, pelo MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL (MEP) e com a adoção do REGIME DE COMPETÊNCIA, importa em incluir, em seu balanço, os lucros a ela correspondentes na ESTRANGEIRA, o que representa real acréscimo patrimonial na BRASILEIRA”.

A linha interpretativa pela constitucionalidade integral do artigo 74 da MP 2.158 foi acompanhada pelo Ministro Eros Grau (aposentado). Contudo, este não apresentou declaração de voto no acórdão proferido pelo STF.

47 Vale referir aqui, com João Francisco Bianco, que a neutralidade do ajuste de equivalência patrimonial decorre de sua própria natureza como um ajuste contábil provisório. Vejam-se suas palavras: “Do ponto de vista fiscal, no entanto, o resultado de equivalência patrimonial – positivo ou negativo – é sempre neutro por não ser computado na determinação do lucro real. Assim, o resultado positivo de equivalência patrimonial não é tributado e o resultado negativo não é dedutível para fins de apuração do imposto devido. Isso ocorre porque a natureza jurídica do resultado positivo de equivalência patrimonial não é de renda cuja disponibilidade esteja definitiva e incondicionalmente adquirida, nos termos do artigo 43 do CTN, mas sim de mero ajuste contábil, provisório e aproximado, que tem por objetivo ajustar o valor do investimento para que ele reflita um montante mais próximo da situação real econômica vivida pela empresa investida” (BIANCO, João Francisco. *Natureza Jurídica do Resultado de Avaliação do Investimento Relevante por Equivalência Patrimonial*. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 20, 2006, p. 95).

48 “Art. 23. A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. Parágrafo único. Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.”

49 “§ 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.”

2.1.3. MINISTRO MARCO AURÉLIO

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio (aposentado em 2021) destacou a similitude entre a discussão objeto da ADI 2.588 e o caso do ILL, antes mencionado, objeto do Recurso Extraordinário nº 172.058-1. Como ele havia sido o relator deste recurso, natural que sustentasse posição próxima à que havia manifestado no julgamento anterior.

Um dos pontos de partida do Ministro Marco Aurélio foi o reconhecimento das diferentes personalidades jurídicas do sócio ou acionista e da empresa investida. Segundo afirmou, “a empresa possuidora de personalidade jurídica não se confunde com outra, pouco importando se tenha coligação ou o controle, espécies societárias que não levam à simbiose a ponto de, em promiscuidade ímpar, confundir as personalidades no que são próprias. [...] A despersonalização pressupõe caso concreto de extravagância, quanto aos vícios de consentimento, considerada a ordem jurídica”.

Em seguida, tratou ele do § 2º do artigo 43 do CTN, deixando claro desde logo que, sendo dispositivo acessório, este parágrafo não poderia ser interpretado descoladamente do que estabelece o *caput*. Foram claras suas palavras ao afirmar que “não é dado conferir ao parágrafo o sentido de transmudar, de descaracterizar, à luz dos parâmetros da Constituição Federal, o próprio tributo, como também o de estender ao conceito de disponibilidade significado antônimo ao que ele possui”.

O Ministro Marco Aurélio retomou a interpretação corrente da hipótese de incidência do Imposto de Renda, destacando que “é da maior relevância a própria nomenclatura que o reveste – imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza –, pressupondo haja a integração de riqueza, na forma de renda e de proventos de qualquer natureza, ao patrimônio do contribuinte. Por isso mesmo, o Código Tributário Nacional, a legislação, nas diversas gradações, a doutrina e a jurisprudência consagraram, para dizer-se da incidência do citado imposto, a disponibilidade econômica ou jurídica. O fenômeno já de estar presente não só em vista da renda em si, no que inconfundível com o patrimônio, como também da pessoa individualizada do contribuinte. Descabe a sinonímia, desca-

be a despersonalização, confundindo-se pessoas jurídicas individualizadas, porque devidamente, sob os ângulos formal e material, constituídas”.

Um aspecto bastante interessante do voto do Ministro Marco Aurélio foi o fato de ter adentrado no exame de aspectos extrafiscais do artigo 74 da MP 2.158, como o desestímulo às empresas brasileiras investindo no exterior. Vale a pena transcrever na íntegra a seguinte passagem:

“Não é demasia escarnar aspectos envolvidos na espécie, considerados os interesses nacionais.

Que estímulo é esse a investimentos no exterior, à busca de divisas? Tem-se, sim, inoportuna, descabida e inconstitucional voracidade fiscal, na contramão do almejado crescimento das empresas brasileiras, da necessária, porque salutar, projeção do Brasil no cenário internacional. A imposição tributária em análise, além de fugir ao figurino próprio, é um contra-senso, nada tendo de razoável.

Esta ação, o pedido veiculado, longe está de visar à redução da hoje insuperável carga tributária, mas ao afastamento de distorção a colocar em xeque o próprio sistema do imposto de renda, isolando as empresas, forçando-as a recuo considerada a presença indireta no exterior, inibindo-as na atuação sempre bem vinda no plano internacional.

Hoje o Brasil está no 65º lugar no *ranking* da competitividade internacional. Se a empresa é obrigada a recolher o tributo sem o aporte da renda em seu balanço, sem a disponibilidade, certamente terá que tirar o numerário respectivo de algum lugar, perdendo, ante a inexistência de ônus sem contrapartida, mais e mais, a competitividade. E ainda se fala em pacto federativo visando à tão esperada reforma tributária. Para tanto, desnecessário é ir ao fundo do poço. A visão que desaguou na medida provisória, na instituição de novo tributo ou fato gerador via tal instrumento, quando o normal seria lei complementar, na distorção vernacular do que se entende como disponibilidade econômica ou jurídica de renda, alcançando como tal o antônimo, a indisponibilidade, em contrariedade ao arcabouço normativo próprio – artigos 146, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, 43 e 110 do Código

Tributário Nacional –, mostrou-se de miopia cegante, apenando não os sonegadores, no que sempre encontram meio de driblar o burocrático fisco, mas empresas sérias que buscam projetar, com inegáveis riscos e sacrifícios, além das fronteiras nacionais, o nome do Brasil, tornando-o merecedor da consideração e respeito internacionais. [...]”

O voto do Ministro Marco Aurélio foi lapidar, tocando todos os pontos relevantes para o deslinde da questão, principalmente as distorções presentes na manifestação do Ministro Nelson Jobim que, encantado com conceitos contábeis incompatíveis com as noções de disponibilidade jurídica ou econômica de renda e proventos de qualquer natureza, acabou contaminando os debates futuros da matéria no âmbito da Corte Suprema.

As lúcidas palavras do Ministro Marco Aurélio foram acompanhadas integralmente pelo Ministro Sepúlveda Pertence (já aposentado). Também o Ministro Celso de Mello (aposentado em 2020) se posicionou pela inconstitucionalidade total do artigo 74 da MP 2.158. Entretanto, este último não apresentou declaração de voto na ADI 2.588.

2.1.4. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Assim como o Ministro Marco Aurélio, o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a inconstitucionalidade da tributação prevista no artigo 74 da MP 2.158.

Partindo da decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário nº 172.058, o Ministro Lewandowski asseverou que “afigura-se evidente que as empresas controladas ou coligadas no exterior possuem personalidade jurídica que não se confunde com a daquela ostentada pela controladora ou co-irmã sediada no Brasil. Daí segue-se que aquelas empresas estão jungidas, quanto à distribuição dos lucros, ao disposto nos respectivos estatutos sociais e na legislação local, razão pela qual os resultados apurados no exercício nem sempre se encontram à disposição dos acionistas na data da elaboração do balanço anual”. Seguindo esse entendimento, destacou que o § 2º do artigo 43 deve ser interpretado à luz do

caput do mesmo artigo, a este não podendo ser dada interpretação que seja incompatível com aquele.

O Ministro Ricardo Lewandowski manifestou posição no sentido de que o artigo 74 da MP 2.158 “criou, mediante lei ordinária, novo fato gerador, equiparando, por meio de uma ficção jurídica, o momento de disponibilização dos lucros ao de sua apuração”. Daí sua conclusão no sentido de 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, conseqüentemente, nova definição da hipótese de incidência tributária, o que implica, na prática, a instituição de um novo imposto”.

2.1.5. MINISTRO AYRES BRITTO

O Ministro Ayres Britto (aposentado) inicia sua análise do mérito da ADI 2.588 sustentando que o § 2º do artigo 43 do CTN não é livre para estabelecer o momento da disponibilização dos lucros auferidos no exterior, defendendo a necessidade de congruência com o – *caput* do mesmo artigo. Dessa forma, seguiu ele para examinar se a hipótese de tributação prevista no artigo 74 da MP 2.158 estaria em descompasso com o *caput* do artigo 43 do CTN.

Ao comentar a tributação de lucros não distribuídos, o Ministro Ayres Britto afirmou que “não há como desconhecer que os lucros obtidos pelas controladas e coligadas estrangeiras repercutem positivamente na empresa brasileira que as controla ou com elas seja coligada. Isso porque a investidora brasileira se torna titular desses lucros, na medida de sua participação no capital social da empresa controlada ou coligada estrangeira, sem embargo de que tais lucros venham a ser objeto de reinvestimento, reserva de capital, aplicação em ativos, etc., a significar não distribuição como dividendos às empresas brasileiras controladoras e coligadas, conforme o caso. Mas isso não impede a respectiva tributação, pela via legal da presunção de ingresso ou de antecipação do fato gerador, segundo o disposto no § 7º do art. 150 da Constituição, ainda há pouco transcrito. Valendo enfatizar que o juízo contrário redunda-

ria em conferir aos próprios contribuintes o poder de definir o momento da ocorrência do fato gerador, por singela deliberação em assembleia geral de acionistas ou previsão dos respectivos contratos sociais. Em golpe mortal a qualquer política séria de planejamento e gestão de recursos tributários”.

Dessa forma, percebe-se que o Ministro Ayres Britto, em seu voto, manifesta interpretação de que o artigo 74 da MP 2.158 alcança acréscimo patrimonial da empresa brasileira decorrente dos lucros apurados pela controlada ou coligada no exterior. Assim sendo, havendo acréscimo de patrimônio no Brasil não haveria qualquer incompatibilidade entre o aludido dispositivo, a Constituição Federal e o artigo 43 do CTN. Esta posição fica mais evidente em passagem posterior de seu voto, a seguir transcrita:

“Ora, os lucros obtidos por empresas controladas e coligadas no exterior repercutem positivamente no balanço da coligada no Brasil, gerando para esta última empíricos acréscimos patrimoniais. Acréscimos patrimoniais que terminam por valorizar as ações da empresa brasileira e por influir na sua decisão de distribuir dividendos a seus acionistas, tanto quanto de receber novos aportes de capital decorrentes da venda das ações já valorizadas, sem falar na maior probabilidade de obtenção de crédito e de outras operações financeiras direta ou indiretamente viabilizadas pelos resultados positivos de investimentos no exterior e a consequente ampliação da capacidade de oferecer garantias. Noutros termos, cuida-se de acréscimos patrimoniais que operam como indicativo da capacidade contributiva da empresa coligada nacional, tanto quanto da controladora.”

Para o Ministro Ayres Britto, o mesmo se daria nos casos de investimento em coligadas já que, mesmo na ausência do controle, a empresa brasileira teria influência significativa sobre a coligada no exterior, o que justificaria a tributação estabelecida no artigo 74 da MP 2.158. Em sua visão, a não inclusão das empresas coligadas na regra poderia ter o efeito adverso da substituição de controladas por coligadas no exterior.

O Ministro fez algumas referências em seu voto ao princípio da capacidade contributiva, chegando a afirmar que, “onde houver capa-

cidade contributiva, é lícita, a princípio, a imposição de tributos. E se é lícita a imposição de tributos nessa situação em que se manifesta a capacidade contributiva, a Constituição confere poderes prioritários à Administração Fiscal para concretizar, eficazmente, o objetivo maior que é a justiça tributária”.

Essa posição do Ministro merece reparo. Se é certo que a capacidade contributiva é condição necessária para a incidência tributária, ela não é condição suficiente. Em outras palavras, a capacidade contributiva por si só, sem que a sua tributação esteja prevista em lei lastreada em competência constitucionalmente prevista é irrelevante para fins fiscais.

Um aspecto importante deste voto foi a manifestação de Ayres Britto no sentido de que o artigo 74 da MP 2.158 não seria um fator de inibição da capacidade de concorrência das empresas brasileiras no exterior. Para suportar tal entendimento, argumenta que sistemáticas de tributação da mesma natureza existiriam em países desenvolvidos, sobretudo nos membros da OCDE.

Contudo, talvez o ponto mais relevante de seu voto tenha sido a ressalva expressa de que, independentemente de sua posição pela constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158, os tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil deveriam ser sempre respeitados. Veja-se o seguinte trecho:

“Tenho, pois, que não há incompatibilidade entre o *caput* do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 e o inciso III do art. 153 da Constituição Federal, nem com a alínea ‘c’ do inciso I do art. 195 do mesmo Texto Magno. Todavia, para além da necessidade de não tributar resultados que não signifiquem propriamente lucro (a variação cambial positiva, por exemplo), chamo a atenção para o cumprimento dos mecanismos internos e dos tratados internacionais que têm por finalidade evitar a bitributação.”⁵⁰

50 É interessante observar que o Ministro Joaquim Barbosa, último a se manifestar, ao fazer um levantamento, em seu voto, dos votos dos demais ministros observou a posição do Ministro Ayres Brito a respeito da prevalência dos tratados internacionais. Em suas palavras, “um voto pela constitucionalidade incondicional dos dispositivos, respeitadas outras normas potencialmente aplicáveis, como os tratados internacionais para evitar dupla tributação, e ainda mantida a possibilidade

Tivesse esta parte do voto do Ministro Ayres Britto sido considerada na determinação do voto médio no julgamento da ADI 2.588 pelo STF, a Corte provavelmente teria, seguindo o critério utilizado no julgamento, incluído este tema entre aqueles que alcançaram a maioria de seis votos na decisão.

O voto de Ayres Britto é passível de diversas críticas, a começar por sustentar que a mera apuração de lucro pela empresa controlada ou coligada no exterior seria um aumento patrimonial disponível para a pessoa jurídica brasileira.

Outra distorção deste voto é comparar a regra prevista no artigo 74 da MP 2.158 com aquelas previstas em outros ordenamentos jurídicos, especialmente os modelos adotados nos países-membros da OCDE.

De fato, é sabido que na maioria das nações desenvolvidas encontram-se regras de transparência fiscal. Contudo, essas regras têm natureza antielisiva, ou seja, visam coibir planejamentos fiscais considerados abusivos.⁵¹ O artigo 74 da MP 2.158 não tem essa característica, uma vez que atinge da mesma forma qualquer tipo de investimento. Dessa maneira, afirmar que o Brasil estaria simplesmente adotando um modelo de regra consagrado na experiência estrangeira certamente é um erro de avaliação da experiência comparada.⁵²

de discussão sobre alguns elementos que não seriam componentes do conceito de renda, como a variação cambial positiva, da lavra do Ministro Ayres Britto”.

51 Como aponta André Martins de Andrade: “Apesar da identidade dos efeitos econômicos, a sistemática brasileira de tributação dos lucros auferidos no exterior não constitui uma legislação CFC, visto serem as normas aplicáveis genericamente, sem as restrições que caracterizariam a especialidade das regras, pelo seu escopo antielisivo. O que há são regras amplas e gerais de tributação que alcançam todas as situações sejam as que poderiam configurar hipótese de elisão, sejam as decorrentes de razões exclusivamente operacionais. Não é, portanto, o grau de legitimidade atribuído pelo legislador a determinada operação que determina o regime tributário brasileiro a incidir sobre lucros no exterior. O regime é geral, amplo, com aplicação sobre toda e qualquer produção de lucros no exterior. Neste contexto, não há que se cogitar da existência de *CFC rules* na sistemática Brasileira” (ANDRADE, André Martins de. *A Tributação Universal da Renda Empresarial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 136). Ver também: TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 125-132.

52 Veja-se, neste sentido, a seguinte manifestação de Paulo Rosenblatt: “Da combinação dessas regras, verifica-se que o Brasil apartou sua legislação do modelo de transparência

2.1.6. MINISTRO CEZAR PELUSO

O voto do Ministro Cezar Peluso (aposentado) aproximou-se, em seu núcleo, da posição do Ministro Nelson Jobim. Ao começar a analisar a questão, afirmou Peluso que “conquanto distintas as pessoas jurídicas, as variações ocorridas nas controladas ou coligadas atingem as controladoras/coligadas, porque registrada, no balanço patrimonial destas, a participação societária naquelas”. Veja-se o seguinte trecho:

“6.3. Em resumo, as variações dos investimentos sujeitos à equivalência patrimonial repercutem no resultado (lucro ou prejuízo) da controladora/coligada já no exercício em que apuradas no exterior, ao passo que, nos investimentos sujeitos à avaliação pelo regime de custo, a repercussão somente se dá por ocasião do recebimento da distribuição do lucro ou dividendo.

Há acréscimo patrimonial, em relação aos investimentos relevantes, na época do fechamento do balanço da empresa no exterior (pelo regime de competência), pois a conta em que são registrados no ativo sofre aumento que reflete no resultado do exercício (gerando lucro).

Poderia o legislador adotar este momento como aspecto temporal da regra matriz do imposto sobre a renda incidente sobre os lucros auferidos no exterior?

Entendo que sim.

7. Pela equivalência patrimonial, apoiada no art. 248 da Lei 6.404/1976 e no regime contábil (regime de competência), o lucro auferido pela controlada/coligada no exterior repercute

fiscal internacional adotado pelos países membros da OCDE, em que esta funciona como uma regra de exceção, e adotou uma espécie de norma de tributação universal indiscriminada dos lucros auferidos no exterior e não disponibilizados no país. Destarte, a referida legislação não adota um método específico para aplicar o regime de CFC, pois não importa a localização da sede da empresa estrangeira (se em paraíso fiscal ou com regime de tributação favorecido), o tipo de rendimento (ativo ou passivo) tampouco a necessidade de controle da empresa estrangeira, bastando a coligação” (ROSENBLATT, Paulo. *Transparência Fiscal Internacional no Brasil: Uma Interpretação Antielisiva*. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e et al. (Coords.). *Tributação, Comércio e Solução de Controvérsias Internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 100-101).

no resultado da empresa no Brasil, aumentando até o valor por distribuir aos sócios.”

Vê-se que o Ministro Peluso, da mesma forma que Nelson Jobim, vai basear sua interpretação pela constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 no suposto aumento de patrimônio da empresa brasileira controladora ou coligada em razão do ajuste de equivalência patrimonial. Mais adiante, o Ministro irá repelir o argumento da neutralidade fiscal da equivalência patrimonial, sustentando que:

“O fato de a legislação não prever então incidência do IR sobre o resultado decorrente de equivalência patrimonial dos investidores em controladas e coligadas no exterior não impedia nem impede que viesse a prevê-lo.

A legislação anterior (Lei nº 9.532/97) tomava como momento da ocorrência do *fato gerador* o do pagamento ou crédito dos lucros (disponibilidade econômica e regime de caixa). Ora, o art. 74 da MP 2.158-35 deslocou-o para o momento do fechamento do balanço no exterior (disponibilidade jurídica e regime de competência), de acordo com o sistema constitucional tributário em relação aos investimentos sujeitos à equivalência patrimonial.”

O Ministro Cezar Peluso apoiou sua posição no princípio da capacidade contributiva, tendo afirmado que “como o lucro produzido no exterior pela controlada/coligada repercute no resultado da controladora/coligada no Brasil, aumentando-lhe o patrimônio, atende-se ainda ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF/88), porque há incremento no lucro passível até de distribuição aos sócios da empresa controladora/coligada no Brasil”.

Vê-se, aqui, uma distorção do princípio da capacidade contributiva, que apareceu também no voto do Ministro Ayres Brito. Mesmo que houvesse manifestação de capacidade contributiva no caso em tela – o que, como visto, diante da ausência de disponibilidade jurídica ou econômica da renda não há – nem toda manifestação de capacidade econômica sujeita-se à tributação e, claramente, o que se alcança aqui é a capacidade contributiva da pessoa jurídica residente no exterior, que não deveria ser objeto da incidência da tributação da renda e dos lucros no Brasil.

As demais críticas que podem ser apresentadas a este voto são as mesmas já comentadas quando do exame dos votos dos Ministros Nelson Jobim e Ayres Britto, de modo que se mostra desnecessário repeti-las.

2.1.7. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Como o Ministro Gilmar Mendes estava impedido de votar na ADI 2.588, o último a votar foi o Ministro Joaquim Barbosa (aposentado). Depois de refutar o suposto uso antielisivo do artigo 74 da MP 2.158, Barbosa atacou frontalmente o argumento baseado na tributação do ajuste de equivalência patrimonial:

“O MEP está previsto na Lei das Sociedades por Ações e ele tem por objetivo registrar contabilmente o reflexo do lucro auferido ou do prejuízo sofrido pela empresa que investiu (a estrangeira controlada ou coligada) na perspectiva patrimonial da empresa investidora (a contribuinte controladora ou coligada). Trata-se de uma forma de avaliação de investimentos.

Essa avaliação de investimentos não reflete alterações definitivas nos ingressos patrimoniais do contribuinte investidor. Por exemplo, a legislação tributária proíbe que o prejuízo apurado pela empresa estrangeira que investiu reduza o imposto de renda devido pelo contribuinte investidor (art. 25, § 5º, da Lei 9.249). Se o lucro da empresa estrangeira é suficiente para representar acréscimo patrimonial para o contribuinte brasileiro, a contrapartida de senso comum é o prejuízo representasse decréscimo patrimonial relevante para efeitos tributários.

Segundo reporta a literatura técnica nacional, a aplicação do MEP às empresas controladas ou coligadas nacionais também é neutra para fins de imposto de renda. Quer dizer, se um contribuinte nacional controla ou está coligado a outra empresa nacional, o MEP não modifica o imposto de renda devido. [...]

Parece-me que o MEP é útil para mensurar uma expectativa de aumento patrimonial, proveniente das relações mantidas com a empresa em que se investiu, mas cuja confirmação depende de eventos cuja ocorrência é potencial.”

Mais adiante em seu voto Joaquim Barbosa vaticina que “a utilidade do MEP à avaliação do quadro patrimonial da empresa é insuficiente para afastar o requisito constitucional da disponibilidade jurídica da renda proveniente da participação de lucros cuja expectativa é de futura distribuição”.

O Ministro Joaquim Barbosa sustentou que o artigo 74 da MP 2.158 contraria o princípio do devido processo legal. Em sua visão, para alcançar o fim de controlar planejamentos tributários abusivos não pode o Fisco se valer de ficções genericamente aplicadas. Para Barbosa, apenas nos casos em que a empresa investida esteja situada em paraíso fiscal é possível presumir o caráter abusivo do investimento da empresa brasileira no exterior:

“Penso ser plenamente possível conciliar a garantia de efetividade dos instrumentos de fiscalização aos princípios do devido processo legal, da proteção da propriedade privada e do exercício de atividades econômicas lícitas. A presunção do intuito evasivo somente é cabível se a entidade estrangeira estiver localizada em países com tributação favorecida, ou que não imponham controles e registros societários rígidos (‘paraísos fiscais’). A lista desses países é elaborada e atualizada pela Receita Federal do Brasil, e atualmente encontra-se na IN 1.037/2010. Não há qualquer dificuldade na atualização desta lista.

Se a empresa estrangeira não estiver sediada em um ‘paraíso fiscal’, a autoridade tributária deve argumentar e provar a evasão fiscal, isto é, a ocultação do fato jurídico tributário ou da obrigação tributária. Essa argumentação e essa prova fazem parte da motivação do ato de constituição do crédito tributário que deve ser plenamente vinculado.”

Percebe-se que o voto do Ministro Joaquim Barbosa introduziu um critério jurisdicional para a determinação da constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158, de modo que este apenas seria constitucional nos casos em que a empresa investida estivesse localizada em um país com tributação favorecida.

Vale a pena observar que a distinção feita pelo Ministro Joaquim Barbosa entre paraísos fiscais e países de tributação normal já era de-

fendida na doutrina por André Martins de Andrade, como se infere da passagem abaixo transcrita:

“Assim é que, com respeito às jurisdições que submetem a renda à tributação normal, incabível sua cobrança em duplicidade no Brasil sem que se assegure ao contribuinte brasileiro a compensação plena e integral dos valores pagos no exterior. Como a sistemática brasileira contém restrições inadmissíveis a tal compensação, restrições essas inafastáveis no âmbito da ADI nº 2.588/DF, não resta alternativa ao julgador senão a de dar interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, para declarar inconstitucional a cobrança no caso de coligadas e controladas localizadas em jurisdições que submetam a renda à tributação normal. [...]

Já no que tange aos lucros auferidos por coligadas e controladas localizadas em jurisdições submetidas ao regime fiscal privilegiado ou de tributação reduzida, as circunstâncias específicas, que sugerem um comportamento elisivo por parte do contribuinte, permitem ao julgador proclamar a constitucionalidade da incidência sobre os lucros ainda que não distribuídos.

É que tais lucros não terão sido submetidos à tributação no país de origem ou terão sido tributados a alíquotas consideradas ínfimas pelo legislador infraconstitucional, e sua distribuição pode ser indefinidamente postergada dado o regime jurídico extremamente flexível dessas jurisdições, a possibilitar, inclusive, a utilização desses recursos em favor do contribuinte brasileiro sem a ocorrência de sua distribuição formal.”⁵³

2.1.8. A METODOLOGIA DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI 2.588

Como já mencionamos anteriormente, os mais de dez anos de apreciação da ADI 2.588 geraram a indesejada situação de que, quando seu julgamento foi ultimado, seis ministros que haviam proferido votos ha-

53 ANDRADE, André Martins de. Por uma Interpretação da Tributação em Bases Universais Conforme a Constituição. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 Anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 688. Também já nos posicionamos nesse sentido. Ver: ROCHA, Sergio André. Transparência Fiscal Internacional no Direito Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 99, dez. 2003, p. 123.

viam se aposentado. Com a divergência de entendimentos teve que ser utilizada a técnica do voto médio para se concluir em que matérias teria sido alcançada a maioria absoluta de seis ministros da Corte, exigida pelo artigo 97 da Constituição Federal e pelo artigo 23 da Lei nº 9.868/99.⁵⁴

A utilização da continência dos votos para se definir o voto médio do julgamento da ADI 2.588 gerou alguma confusão, uma vez que muitos não estavam familiarizados com este modo de decisão.

A lógica do voto médio pela continência é, basicamente, considerar que o voto menos abrangente está contido no mais abrangente. Desta forma, por exemplo, o voto do Ministro Joaquim Barbosa, pela constitucionalidade da norma nos casos em que a controlada estivesse localizada em país com tributação favorecida estaria contido nos votos da Ministra Ellen Gracie e dos Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Ayres Britto e Cezar Peluso. Assim, pela lógica do voto médio-continência, foram alcançados seis votos pela constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.588 quando a controlada estiver situada em paraíso fiscal.

O mesmo ocorreu com o voto da Ministra Ellen Gracie, sobre as coligadas em país de tributação normal. Seu voto pela inconstitucionalidade da tributação estava contido nos votos dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, atingindo, portanto, seis votos para a declaração da inconstitucionalidade do artigo 74 da MP 2.588 nos casos em que a coligada esteja em país de tributação normal.

Segundo a decisão do STF, apenas nesses dois casos teria havido a maioria de seis votos para um pronunciamento acerca da inconstitucio-

54 “Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade. Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.” Sobre o tema, ver: BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216-217; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 200-201.

nalidade do dispositivo sob discussão. Contudo, aqui parece que os ministros, durante os debates sobre o que de fato havia sido decidido na ADI 2.588, deixaram de considerar parte do voto do Ministro Ayres Britto.

Com efeito, em passagem já comentada de seu voto, o Ministro Ayres Britto chamou a atenção “para o cumprimento dos mecanismos internos e dos tratados internacionais que têm por finalidade evitar a bi-tributação”. Ora, entendendo-se que o Ministro ressaltou expressamente a aplicação dos tratados internacionais e aplicando o mesmo sistema do voto médio aplicado no caso das controladas em paraíso fiscal e das coligadas em país com tributação regular, chegaríamos a seis votos pela aplicação dos tratados. De fato, a posição pela prevalência dos tratados está contida nos votos dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Assim, pelo sistema do voto médio também teria sido alcançada a maioria de seis votos. Contudo, a despeito do exposto, há de se reconhecer que o STF não declarou expressamente a inconstitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 nos casos em que exista tratado internacional. Não tendo sido a matéria objeto de embargos de declaração, resta-nos aguardar uma eventual nova manifestação do Tribunal, ainda mais expressa, sobre a matéria.

2.1.9. AS DECISÕES NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS NºS 611.586 E 541.090

Quando o julgamento da ADI 2.588 parecia que chegaria ao fim, nos primeiros meses de 2012, um fato novo alterou um pouco o cenário que se desenhava. Foi o reconhecimento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 611.586 (“RE 611.586”).

Já naquela época percebeu-se que esse recurso extraordinário não era um paradigma muito bom para a Repercussão Geral, já que, naquele caso, tratava-se de controladas situadas em paraíso fiscal (Aruba).

Tanto assim que logo que ultimado o julgamento da ADI 2.588, sua decisão foi aplicada ao RE 611.586, reconhecendo-se a constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 e, conseqüentemente, a da tributação de lucros não distribuídos pela controlada em Aruba.

Na sequência, julgou-se o Recurso Extraordinário nº 541.090 (“RE 541.090”).⁵⁵ Neste outro processo os fatos envolviam a tributação de controladas situadas nos seguintes países: China, Estados Unidos, Itália e Uruguai. Este outro caso, em relação ao qual não havia sido reconhecida a Repercussão Geral, cuidava, portanto, da aplicação do artigo 74 da MP 2.588 a controladas situadas em países de tributação regular, sendo que, no caso da China e da Itália, estava-se diante de países com os quais o Brasil celebrara convenção internacional sobre a tributação da renda e do capital. Veja-se a ementa desta decisão:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCROS PROVENIENTES DE INVESTIMENTOS EM EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001. 1. No julgamento da ADI 2.588/DF, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados “paraísos fiscais”); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados “paraísos fiscais”). Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia erga omnes e efeitos vinculantes a essa deliberação. 2. Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do *caput* do art. 74 da referida Medida Provisória relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade,

55 Sobre o tema, ver: SAUNDERS; Ana Paula; RESENDE, Mariane de Sousa Assis. A Decisão do Supremo Tribunal Federal: Tributação da Renda das Empresas Controladas e Coligadas Situadas no Exterior. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional: Edição Especial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 79-89.

afirma-se a inconstitucionalidade do seu parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002. 3. Recurso extraordinário provido, em parte.”

Dois pontos importantes do RE 541.090 são: i) o artigo 74 da MP 2.158 foi considerado constitucional por uma maioria de cinco Ministros (Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber e Teori Zavascki). Restaram vencidos naquela oportunidade os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Marco Aurélio. Estava impedido o Ministro Luiz Fux, e os Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin ainda não integravam a Corte. Como a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* depende da deliberação da maioria absoluta dos Ministros da Corte, ou seja, de seis votos, não poderia ser atribuído efeito *erga omnes* a esta decisão, de modo que a matéria relativa à constitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 ainda está aberta no STF, dependendo dos votos dos Ministros Fux, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Em relação aos tratados internacionais, ressalvada a posição dos Ministros Dias Toffoli⁵⁶ e Teori Zavascki, para quem as convenções internacionais tributárias não teriam o condão de afastar a aplicação do mencionado artigo 74, entendeu a Corte que a matéria deveria ser examinada no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que não havia se manifestado sobre o tema.

56 Veja-se o seguinte trecho do voto do Ministro Dias Toffoli nos autos do RE 541.090: “Acerca dos questionamentos trazidos em memoriais de que se estaria a descumprir tratados de bitributação, observo que a matéria não foi objeto de decisão ou de debates prévios. De qualquer forma, pertinente registrar que o entendimento aqui defendido não autoriza o descumprimento de tratados de bitributação dos quais o Brasil seja signatário. A União, (Fazenda Nacional) aduz em memorial ofertado que: ‘(...) é importante ressaltar que, diferentemente do alegado pelo contribuinte, o dispositivo impugnado não pretende tributar juridicamente as coligadas e controladas no exterior que apresentem lucro, e sim tributar economicamente a renda obtida no exterior, por empresa brasileira investidora, a partir da reavaliação positiva dos investimentos realizados em sociedades controladas e coligadas.’ Evidentemente que eventuais abusos decorrentes de interpretação equivocada por parte da administração tributária acerca de normas contidas em tratados internacionais, a pretexto de aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/01, devem ser coibidas e tratadas na esfera própria. Todavia, tal argumento não autoriza, por si só, a ilação de que se estaria tributando renda já tributada.”

Em setembro de 2015, o referido tribunal proferiu decisão na Apelação/Reexame Necessário nº 2003.72.01.000014-4/SC, posicionando-se favoravelmente à interpretação de que os tratados internacionais celebrados pelo Brasil “bloqueariam” a incidência do artigo 74 da MP 2.158. Eis a ementa desta decisão:

“TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. CONFLITO DE NORMAS. ART. 74, *CAPUT*, DA MP Nº 2.158-35/2001. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PREVALÊNCIA DA NORMA VEICULADA NOS TRATADOS. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA DOS LUCROS NO PAÍS DE DOMICÍLIO. REAVALIAÇÃO POSITIVA DOS INVESTIMENTOS EM CONTROLADAS SITUADAS NO EXTERIOR. NEUTRALIDADE DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL PARA FINS FISCAIS. ART. 23, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL Nº 1.598/1977.

1. Em matéria tributária, dispõe o art. 98 do CTN que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. A doutrina adverte quanto à imprecisão técnica do dispositivo, porquanto não se trata, a rigor, de revogação da legislação interna, mas de suspensão da eficácia da norma tributária nacional, que readquirirá a sua aptidão para produzir efeitos se e quando o tratado for denunciado (Ricardo Lobo Torres).

2. A despeito da controvérsia no STF sobre a hierarquia normativa entre tratados em matéria tributária e lei interna, a questão se resolve no plano infraconstitucional. As disposições veiculadas nos tratados e convenções internacionais em matéria tributária, após se submeterem ao procedimento previsto no art. 49, inciso I, da CF, passam a integrar o ordenamento jurídico nacional. Eventual antinomia, assim, resolve-se pelo princípio da especialidade, prevalecendo o regramento internacional naquilo que conflitar com a norma interna de tributação. A norma interna deixa de ser aplicada na hipótese específica regulada pelo tratado, mas continua válida e aplicável a todas as situações

que não envolvem os sujeitos e os elementos de estraneidade definidos no tratado. Ocorre, dessa forma, a suspensão da eficácia da norma interna e não propriamente revogação ou modificação.

3. Entender que a superveniência de norma interna conflitante com o tratado internacional modificaria o regramento a ser aplicado implica denúncia implícita do acordo, sem a adoção dos procedimentos constitucionais e legais para tanto, desprezando, ademais, os princípios da boa-fé, da segurança e da cooperação que norteiam as relações internacionais. Em favor da prevalência dos tratados, cabe invocar não somente o art. 98 do CTN, mas também o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal e o art. 27 do Decreto nº 7.030/2009, que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

4. O Brasil firmou acordos visando a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal, em matéria de imposto de renda, com a China (Decreto nº 762/1993) e a Itália (Decreto nº 85.985/1981). Ambos oferecem tratamento uniforme à matéria, seguindo o Modelo de Acordo Tributário sobre Renda e Capital da OCDE. O art. 7º dos Tratados adota o princípio da residência no tocante à tributação dos lucros das empresas, estabelecendo a competência exclusiva do país de domicílio da empresa para a tributação de seus lucros.

5. O ponto nodal da controvérsia decorre do disposto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que considera disponibilizados os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, independente de sua efetiva distribuição.

6. Equivoca-se a Fazenda Nacional ao sustentar que a tributação incide sobre os lucros obtidos por empresa sediada no Brasil, provenientes de fonte situada no exterior, na medida em que refletem positivamente no patrimônio da controladora, valorizando suas ações e demais ativos, pois a reavaliação positiva dos investimentos realizados em empresas controladas situadas no exterior não constitui renda tributável, conforme o disposto no parágrafo único do art. 23 do DL nº 1.598/1977 (na redação vigente até a Lei nº 12.973/2014). A norma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 em nada alterou o regime fiscal vigorante desde

o art. 23 do DL nº 1.598/1977, que estabelece a neutralidade do método da equivalência patrimonial para efeitos fiscais, porque seu resultado positivo, relevante para a contabilidade, não é tributado.

7. Diante do evidente conflito do disposto no art. 74 da MP nº 2.158-35, que determina a adição dos lucros obtidos pela empresa controlada no exterior, para o cômputo do lucro real da empresa controladora, na data do balanço no qual tiverem sido apurados, deve prevalecer a norma do art. 7º dos Decretos nº 762/1993 e nº 85.985/1981, a fim de evitar a tributação dos lucros das empresas controladas pela impetrante na China e na Itália.”

Vê-se que esta decisão rechaçou expressamente a posição defendida pela Fazenda de que a sistemática brasileira levaria à tributação de lucro da empresa controladora localizada no Brasil, ao invés de lucro da empresa controlada no exterior. Analisaremos de forma detida as questões que envolvem a relação entre as regras brasileiras de tributação de lucros no exterior e os tratados internacionais na próxima seção.

Este caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.633.513, tendo como relatora a Ministra Regina Helena Costa. Em decisão proferida em dezembro de 2020, ela manifestou entendimento no sentido de que o julgamento do caso caberia ao Supremo Tribunal Federal. Em sua visão, “cabe ao Supremo Tribunal Federal, prioritariamente, analisar se o tribunal de origem violou a apontada competência; bem como se deixou de observar o quanto decidido no acórdão proferido no multicitado RE n. 541.590/SC”. Portanto, aguarda-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.330.204, que tem como relator o Ministro Edson Fachin.

3. TRIBUTAÇÃO DO LUCRO AUFERIDO POR EMPRESAS SITUADAS EM PAÍSES COM OS QUAIS O BRASIL CELEBRE CONVENÇÕES SOBRE A TRIBUTAÇÃO DA RENDA E DO CAPITAL

O Brasil possui atualmente trinta e cinco convenções internacionais tributárias em vigor, e mais as convenções com Singapura e com o

Uruguai que ainda não estão vigentes. Na edição anterior deste livro, escrita em 2015 e publicada em 2016, afirmamos o seguinte:

“As mesmas seguem a estrutura do Modelo de Convenção da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), embora com algumas influências importantes do Modelo de Tratado da ONU. Como o Modelo da ONU foi baseado no da OCDE, é possível afirmar que, de fato, os tratados brasileiros são influenciados mais pelo primeiro do que pelo segundo.”⁵⁷

Posteriormente, em 2017, publiquei pesquisa que me levou a fechar conclusão em sentido ligeiramente diverso.

De fato, embora não deixe de reconhecer a **relevância indireta da Convenção Modelo da OCDE**, já que ela serviu de base para a elaboração da Convenção Modelo da ONU,⁵⁸ concluímos, após revisão cuidadosa dos tratados brasileiros e sua comparação com os referidos modelos, que nossas convenções claramente seguem o Modelo da Organização das Nações Unidas.⁵⁹

Deixando de lado essa questão, no que tange à compatibilidade do artigo 74 da MP 2.158 com os tratados brasileiros, é possível identificar **cinco situações distintas**, examinadas a seguir.

3.1. AFASTAMENTO DO ARTIGO 74 DA MP 2.158 PELO ARTIGO 7 (1) DOS TRATADOS

O artigo 7 (1) da Convenção Modelo da OCDE, incorporado aos trinta e cinco acordos brasileiros em vigor traz o “princípio” do estabelecimento permanente.⁶⁰ A regra geral prevista nesse dispositivo é que, no caso de atividades desenvolvidas diretamente pelo residente no outro Estado

57 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 74.

58 ROCHA, Sergio André. *Política Fiscal Internacional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 87.

59 ROCHA, Sergio André. *Política Fiscal Internacional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 94.

60 Ver: ROCHA, Sergio André. Imperialismo Fiscal Internacional e o “Princípio” do Estabelecimento Permanente. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 211, abr. 2013, p. 155-163.

contratante, ou seja, sem a intermediação de um estabelecimento permanente, apenas o país de residência da pessoa jurídica geradora dos lucros – leia-se resultados em sentido amplo, como reconhecido no Parecer PGFN nº 2.363/2013 – tem competência tributária, salvo na existência de regra específica no tratado em sentido diverso. Para facilitar a exposição, encontra-se transcrito abaixo o artigo 7 (1) da Convenção Brasil-França:

“Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse 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 desse modo, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento permanente.”

Como mencionamos, portanto, afora os casos em que a empresa que realiza as atividades possua estabelecimento permanente no Estado contratante, a tributação de seus resultados é facultada com exclusividade ao país de residência da investida.

No que se refere ao artigo 74 da MP 2.158 e sua interação com o artigo 7 (1) das convenções brasileiras, argumenta-se que na medida em que aquele dispositivo determina que **“os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior** serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados” (destaque nosso), a regra tributária o lucro da empresa não residente e, portanto, entraria em conflito com o artigo 7 (1) no caso de controladas situadas em país com o qual o Brasil tenha celebrado tratado sobre a tributação da renda e do capital.

Esse raciocínio é corroborado, ainda, pelo disposto no artigo 5 (6) da Convenção Modelo da OCDE – artigo 5 (8) da Convenção Modelo da ONU –, replicado nos tratados brasileiros, segundo o qual o mero fato de uma empresa ser controladora ou controlada de outra situada no outro Estado contratante não caracteriza, por si só, um estabelecimento permanente. Veja-se o artigo 5 (7) do tratado com a África do Sul, por exemplo:

“O fato de que uma sociedade residente de um Estado Contratante controle ou seja controlada por uma sociedade residente do outro Estado Contratante, ou desenvolva sua atividade nesse outro Estado (quer por intermédio de um estabelecimento permanente quer de outro modo), não caracterizará, por si só, qualquer dessas sociedades como um estabelecimento permanente da outra.”

A doutrina brasileira, de forma amplamente majoritária, manifesta entendimento no sentido de que a sistemática de tributação automática de lucros do exterior prevista no artigo 74 da MP 2.158 não seria compatível com a regra prevista no artigo 7 (1) dos tratados firmados pelo Brasil. Nesse sentido, por exemplo, vejam-se as opiniões de André Martins de Andrade,⁶¹ Alberto Xavier,⁶² João Francisco Bianco,⁶³ Taísa Maciel,⁶⁴

61 Em textual: “Com respeito aos países com os quais o Brasil tenha celebrado acordo para evitar a dupla tributação da renda, há que se aplicar o estatuído em cada tratado. Nos termos do art. 7º da Convenção-Modelo da OCDE, reproduzido em todos os vinte e nove tratados atualmente em vigor no Brasil, há a renúncia da competência do país de residência do investidor em favor do país de domicílio da subsidiária para a tributação dos resultados auferidos pela referida subsidiária” (ANDRADE, André Martins de. Por uma Interpretação da Tributação em Bases Universais Conforme a Constituição. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 Anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 688).

62 Em textual: “Infringiria, por isso, frontalmente, os tratados qualquer tentativa de aplicação de preceito legal que determinasse a adição à base de cálculo do imposto (lucro líquido da sociedade brasileira, contribuinte de um Estado) dos lucros próprios da sociedade controlada domiciliada em outro Estado contratante, pois tal significaria o Brasil arrogar-se uma competência tributária *cumulativa*, quando o tratado é expresso em atribuir ao Estado de domicílio da controlada ou coligada no exterior uma competência tributária *exclusiva*” (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 380).

63 Em textual: “Consequentemente, uma legislação das CFCs, que institua a tributação dos lucros da sociedade investida – desconsiderando a sua personalidade jurídica ou considerando-a transparente para esse fim específico –, é claramente contrária ao artigo 7º, parágrafo 1º, da Convenção Modelo, por extrapolar a competência tributária que lhe foi conferida pelo tratado” (BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 149).

64 Em textual: “Portanto, consoante os tratados que seguem a Convenção Modelo, os lucros de uma sociedade (ainda que ‘aparente’) só poderiam ser tributados no outro Estado (o da residência do sócio) se a sociedade tivesse um estabelecimento permanente neste – o que não é o caso na situação analisada” (MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos Lucros das Coligadas e Controladas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 128).

Luís Eduardo Schoueri,⁶⁵ Heleno Taveira Tôrres,⁶⁶ Clóvis Panzarini Filho e Rafaele Russo,⁶⁷ João Dácio Rolim e Gilberto Ayres Moreira⁶⁸ e José Henrique Longo.⁶⁹ Já me manifestei na mesma linha em outro estudo, ao qual faço referência.⁷⁰ Analisaremos este tema mais detalhadamente no capítulo seguinte, já considerando as regras previstas na Lei 12.973.

-
- 65 Em textual: “Não possuindo a subsidiária um estabelecimento no Brasil, a regra do parágrafo 1 do artigo VII não deixa dúvidas de que seus lucros só podem ser tributados no outro Estado Contratante. O termo ‘só’, utilizado no Acordo, implica tributação exclusiva naquele Estado, excluindo-se, no acordo, qualquer pretensão tributária brasileira sobre os lucros da subsidiária” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário Internacional. Acordos de Bitributação. Imposto de Renda: Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior. Disponibilidade. Efeitos do Artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 – Parecer. Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 16, 2001, p. 205).
- 66 Em textual: “[...] Na combinação dos dispositivos constantes dos art. 7º e 10 da CDT, exsurge o impedimento à tributação de lucros ou dividendos antes de sua efetiva distribuição, sob condição de disponibilidade então qualificada como ‘dividendo pago’, como medida para eliminar eventual dupla tributação ou tratamento discriminatório, que são os fins primordiais desses tratados” (TÔRRES, Heleno Taveira. *Tributação de Controladas e Coligadas no Exterior e seus Desafios Concretos*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado: VI Volume*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 435-436).
- 67 Em textual: “[...] parece aos autores que, em princípio, a mera aplicação do artigo 7 dos tratados internacionais, *de per se*, impediria a aplicação das regras domésticas de CFC” (PANZARINI FILHO, Clóvis; RUSSO, Raffaele. *A Compatibilidade entre as Regras de CFC e os Tratados Internacionais. Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 3, jun. 2006, p. 45).
- 68 Em textual: “Nos termos dos tratados em questão, compete apenas ao país de residência das empresas controladas e coligadas estrangeiras tributar a renda destas, nos termos do artigo 7º da Convenção Modelo da OCDE e das Nações Unidas, o que impede a desconsideração da personalidade jurídica destas empresas para alcançar os lucros apurados no exterior pelas sociedades ligadas” (ROLIM, João Dácio; MOREIRA, Gilberto Ayres. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior e Limites Relativos de Normas Antielisivas. Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 3, jun. 2006, p.121-122).
- 69 Em textual: “Se o Brasil é signatário da Convenção de Viena que prescreve a interpretação dos Tratados tendo em conta a boa-fé das partes (artigo 31), não é razoável (artigo 32) que se permita o uso de ficção em legislação de origem interna para fraudar o disposto no artigo 7º do Tratado que impede a incidência do IRPJ e da CSL sobre o lucro de controlada ou subsidiária na Espanha” (LONGO, José Henrique. *O Lucro de Subsidiária no Exterior e o Tratado Internacional*. In: *IV Congresso Nacional de Estudos Tributários*. São Paulo: Noeses, 2007. p. 309).
- 70 UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 408.

3.2. AFASTAMENTO DO ARTIGO 74 DA MP 2.158 PELO ARTIGO 10 DOS TRATADOS

Há autores que argumentam que outro ponto de incompatibilidade do artigo 74 da MP 2.158 com as convenções celebradas pelo Brasil seria o disposto no artigo 10 destas.⁷¹ Com efeito, como noticiam Marco Antônio Behrndt e Diana Piatti de Barros Lobo “na visão dos que defendem a incompatibilidade dos tratados e das normas CFC, essa permissão para a exigência do imposto pelo Estado que recebe os dividendos, bem como a previsão de competência concorrente, não autorizariam a aplicação das normas CFC. Isso porque, o teor do próprio art. 10.1 e 2 leva à conclusão de que a norma autoriza a tributação pelo outro Estado dos dividendos *pagos*, enquanto que as normas CFCs voltam-se aos lucros não distribuídos (dividendos que ainda *não* foram pagos). Em resumo, a competência do Estado de residência de tributar os lucros antes da distribuição dos dividendos não se justificaria por tal posicionamento”.⁷²

O entendimento de que o artigo 74 da MP 2.158 seria incompatível com a regra prevista no artigo 10 (1) e 10 (2) dos tratados celebrados pelo Brasil é também defendido por respeitável doutrina.

João Francisco Bianco argumenta que “o dispositivo convencional assegura competência tributária concorrente tão somente aos *dividendos pagos*. A norma não se refere aos dividendos fictos ou aos dividendos considerados distribuídos”.⁷³ Também Alberto Xavier se manifestou sobre o assunto, asseverando que “a incompatibilidade com os tratados contra a dupla tributação decorre ainda de a sistemática por eles adota-

71 Sobre o tema, ver: NETO, Luís Flávio. A Tributação Brasileira dos Lucros de Empresas Controladas Residentes em Países com Acordos de Bitributação. In: SCHOUERI, Luís Eduardo et al (Coords.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 231-250.

72 BEHRNDT, Marco Antônio; LOBO, Diana Piatti de Barros. Regra de Transparência Fiscal Verde e Amarela e sua In(compatibilidade) com os Tratados Internacionais para Evitar a Bitributação. In: PANZARINI FILHO, Clóvis et al. (Coords.). *Estudos Avançados de Direito Tributário: Tributação Internacional – Normas Antielisivas e Operações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 174.

73 BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 152.

da apenas prever um mecanismo de eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos quando a tributação ocorre no momento da distribuição, tendo esta como fato gerador, como sucede com o art. 10 combinado com o art. 23. Essa sistemática não prevê, porém, que a tributação ocorra em momento anterior ao da distribuição efetiva, quando ainda são lucros não distribuídos pela pessoa jurídica estrangeira, pelo que a dupla tributação, neste caso não tem no tratado sistema de eliminação, que fica exclusivamente ao sabor da vontade das leis internas dos Estados em causa”.⁷⁴

O artigo 10 (5) da Convenção Modelo também é apontado como impeditivo da aplicação do artigo 74 da MP 2.158,⁷⁵ embora entendamos que o mesmo não alcança a situação em tela, já que, como aponta a OCDE nos Comentários à Convenção Modelo, este dispositivo cuida da tributação pelo país de fonte, e não de residência.⁷⁶

Quer-nos parecer que o artigo 10 somente terá um papel no presente debate caso se conclua que o artigo 74 da MP 2.158 se trata de uma regra de tributação de dividendos fictos, como sustenta Taísa Maciel ao afirmar que “o Brasil adota a teoria do dividendo fictício (*fictive dividend approach*), de forma que o artigo 10 dos tratados veda a aplicação da norma interna”.⁷⁷

Do contrário, em não se entendendo tratar o artigo 74 da MP 2.158 da tributação de dividendos fictícios – como acreditamos ser o caso –, cremos que o artigo 10 seria inaplicável à presente situação. Tudo o que este dispositivo faz é tratar das hipóteses em que seja legítima a tributação de dividendos pelos Estados contratantes.⁷⁸ Parece ser consequên-

74 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 380.

75 Cf. MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos Lucros das Coligadas e Controladas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 131.

76 OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 2017. p. 197.

77 MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos Lucros das Coligadas e Controladas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 162.

78 Também rejeitando a aplicação do artigo 10 dos tratados como regra de bloqueio neste caso, ver: FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC Legislation: From an International Perspective to the Brazilian Reality*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2019. p. 139.

cia lógica afirmar que se de dividendos fictos não se tratar, não haverá razão para se argumentar que o artigo 10 das convenções seria óbice à aplicação do mencionado artigo 74.

3.3. AFASTAMENTO DO ARTIGO 74 DA MP 2.158 NOS TRATADOS QUE ESTABELECEM ISENÇÃO PARA DIVIDENDOS

Alguns tratados brasileiros possuem uma regra específica em seu artigo 23, estabelecendo a isenção dos dividendos distribuídos. Este é o caso dos tratados com Áustria, Argentina, Equador, Espanha e Índia. Nesses casos, haveria um argumento adicional para sustentar a incompatibilidade do artigo 74 com as convenções internacionais tributárias. Para Alberto Xavier “trata-se, na verdade, de incompatibilidade lógica entre a lei interna e o tratado, pois a isenção do dividendo não pode coexistir com a tributação dos lucros que lhe deram origem. Esta incompatibilidade se evidencia pelo fato de que os dividendos cuja isenção é assegurada pelo tratado, já terão sido tributados quando distribuídos, a título de lucros automaticamente adicionados, e o imposto de renda na fonte eventualmente cobrado pelo país de origem sobre os dividendos não será suscetível de neutralização por crédito de imposto, conduzindo assim à dupla tributação que o tratado tem precisamente por fim evitar”.⁷⁹

Note-se, ademais, que em termos teleológicos a regra de isenção afasta o próprio fim visado pelo artigo 74 da MP 2.158, que é impedir o diferimento da incidência do imposto de renda no Brasil. Ora, se os rendimentos já eram isentos em virtude da disposição convencional, não se vislumbra hipótese possível de diferimento da tributação brasileira.

O afastamento das regras de tributação de lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior no caso de tratados que possuem regra de isenção de dividendos distribuídos nos parece óbvio.

79 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 386. No mesmo sentido: PANZARINI FILHO, Clóvis; RUSSO, Raffaele. A Compatibilidade entre as Regras de CFC e os Tratados Internacionais. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 3, jun. 2006, p. 45.

Sabe-se que um dos principais vetores do Direito Internacional Público é o princípio da boa-fé, que inspira o *pacta sunt servanda*, o qual, por sua vez, exige que os países cumpram as obrigações pactuadas.⁸⁰

Ora, se o Brasil assumiu a obrigação de não tributar dividendos distribuídos, parece-nos verdadeiro caso de violação do pacto internacional alcançar esses mesmos dividendos isentos em momento anterior, enquanto ainda lucros contabilizados no balanço da empresa investida no exterior.

3.4. AFASTAMENTO DO ARTIGO 74 DA MP 2.158 POR REGRA ESPECÍFICA

Alguns tratados específicos contêm regras dirigidas a afastar a tributação de lucros não distribuídos. Esse é o caso dos tratados com a República Tcheca e com a República Eslovaca.⁸¹ Veja-se o artigo 23 (5) desses acordos:

“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.”

Nesse caso, ainda mais clara está a inaplicabilidade do disposto no artigo 74 da MP 2.158 diante da regra convencional.

3.5. TRATADOS COM REGRA ESPECÍFICA QUE AUTORIZA A TRIBUTAÇÃO AUTOMÁTICA

Algumas convenções brasileiras têm regras explícitas que autorizam a tributação automática de lucros não distribuídos. Um exemplo é o tratado Brasil-México, cujo artigo 28 (3) tem a seguinte redação:

80 Ver: ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 221-225.

81 A convenção celebrada com a Dinamarca tinha a mesma regra, mas com a entrada em vigor do novo protocolo assinado entre os países (ver o Decreto nº 9.851/2019) a mesma foi excluída do tratado.

“As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa à capitalização insuficiente ou para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou outra legislação similar.”

Vamos encontrar dispositivos semelhantes nos acordos assinados com a África do Sul (Protocolo, artigo 6 (f)) e com o Peru (Protocolo, artigo 5 (d)).

3.5.1. A “SAVING CLAUSE” DO ARTIGO 1 (3) DOS MODELOS DA OCDE E DA ONU

Segundo o relatório final da Ação 6 do Projeto BEPS,⁸² como regra os tratados internacionais celebrados com base na Convenção Modelo da OCDE não têm como objetivo afastar a tributação dos Estados contratantes sobre seus próprios residentes.⁸³ Foi proposta, então, a inclusão de um parágrafo terceiro no artigo 1º deste modelo, usualmente referido como “saving clause”, que teria a seguinte redação:

“3. Esta convenção não afetará a tributação, por um dos Estados Contratantes, de seus próprios residentes, salvo em relação ao disposto nos benefícios outorgados pelo parágrafo 3 do artigo 7, do parágrafo 2 do artigo 7, do parágrafo 2 do artigo 9 e dos artigos 19, 20, 23 A [23 B], 24, 25 e 28.”

Este parágrafo 3º foi incluído no artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE de 2017,⁸⁴ tendo sido igualmente acrescentado ao artigo 1º da Convenção Modelo da ONU.⁸⁵ Também foram inseridas regras nes-

82 Para comentários gerais sobre o Projeto BEPS, ver: OLIVEIRA, Fabio Luiz Gomes Gaspar de. Reflexões em Tributação Internacional: Apontamentos sobre o BEPS e o Estado da Obra no Brasil e na Europa. In: CORDEIRO, Daniel Vieira de Biasi et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional: Volume 3*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 315-330.

83 OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Paris: OECD, 2015. p. 86.

84 OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 2017. p.28.

85 UNITED NATIONS. *Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*. New York: United Nations, 2017. p. 7.

sa linha do artigo 11 da Convenção Multilateral baseada na ação 15 do Projeto BEPS.⁸⁶

Ora, as regras de tributação de lucros auferidos por controladas – e coligadas – no exterior usualmente são regras sobre a tributação dos residentes de determinado país. Este certamente é o caso da legislação brasileira, que desde a Lei 9.249 até a Lei 12.973 se aplica sobre os residentes no Brasil. Consequentemente, é razoável concluir que um acordo que tenha incluído o artigo 1 (3) não se prestará para afastar a aplicação da regra brasileira de tributação em bases universais.

Nenhum tratado brasileiro possui o artigo 1 (3) dos modelos. As convenções mais recentes incluíram uma regra inspirada neste dispositivo em seu parágrafo 2, como no caso do tratado celebrado com a Suíça, cujo artigo 1 (2) tem a seguinte redação:

“2. Para efeitos desta Convenção, os rendimentos obtidos por ou por meio de uma entidade ou arranjo que seja tratado como total ou parcialmente transparente de acordo com a legislação tributária de qualquer dos Estados Contratantes serão considerados como rendimentos de um residente de um Estado Contratante, mas apenas na medida em que o rendimento seja tratado, para propósito de tributação por esse Estado, como o rendimento de um residente desse Estado. **Em nenhum caso as disposições deste parágrafo serão interpretadas de modo a restringir, de qualquer forma, o direito de um Estado Contratante de tributar os residentes desse Estado.**”⁸⁷ (Destaque nosso)

Percebe-se que esta redação limita o seu alcance ao próprio artigo 1 (2), não se referindo à integralidade da convenção. Assim sendo, por si só, o texto que foi incluído nos acordos brasileiros mais recentes, e

86 Sobre o tema, ver: ESTANISLAU, César Vale. O Combate ao Abuso de Convenções para Evitar a Bitributação: Considerações sobre as Principais Propostas no Âmbito da Ação 6 do Plano BEPS. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (Coord.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 392-393.

87 Também têm essa redação os tratados assinados com os Emirados Árabes Unidos, Singapura e Uruguai. Este dispositivo também foi incluído no novo protocolo assinado com a Suécia.

que parece refletir a abordagem do país sobre o tema, não tem o mesmo efeito da “saving clause” incluída nos Modelos da OCDE e da ONU.

Pode-se questionar, então, sobre qual seria o efeito da inclusão deste dispositivo nos Modelos de acordo, isso em relação ao debate travado no Brasil sobre a relação entre a nossa legislação de tributação em bases universais e os tratados tributários assinados pelo país.

É possível argumentar que o artigo 1 (3) dos Modelos indica que, na visão da OCDE e da ONU, a relação entre cada Estado Contratante e seus residentes, de regra, não é impactada pelo tratado. Consequentemente, ele reforça a percepção de que, na visão das referidas instituições, os dispositivos de seus Modelos não bloqueariam a aplicação de regras de tributação automática de lucros auferidos por meio de entidades no exterior.

Nada obstante, deve-se relativizar essas posições, especialmente no caso da OCDE, mas também em relação à ONU. Afinal, como analisaremos no capítulo VII adiante, os principais países que lideram o desenho do padrão fiscal internacional não possuem um modelo de tributação em bases universais como o brasileiro.

Ademais, e este nos parece ser o argumento decisivo, o fato é que os acordos brasileiros, mesmo os mais recentes, não incluíram o novo parágrafo 3 do artigo 1 dos Modelos. Logo, independentemente da modificação realizada nas Convenções Modelos da OCDE e da ONU, não nos parece que a mesma seja relevante para a interpretação dos tratados brasileiros.

3.6. REQUISITOS PARA A UTILIZAÇÃO DO TRATADO: CONTROLE DO *TREATY SHOPPING*

Uma vez assentado que os tratados celebrados pelo Brasil podem afastar a aplicação do artigo 74 da MP 2.158, resta analisar se há alguma restrição à utilização desses tratados em casos concretos.

Por muito tempo, a regra geral sobre o direito à fruição do regime tributário estabelecido em uma convenção tributária foi extraída do sin-

gelo artigo 1 do tratado, segundo o qual o tratado “aplicar-se-á às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes”.

Com efeito, reconhece-se que a própria utilização das convenções pode se dar de forma ilegítima,⁸⁸ sendo a principal forma de abuso o chamado *treaty shopping*, o uso impróprio do tratado, o qual, nas palavras de Rosembuj “indica o uso de um convênio de dupla tributação por parte de uma pessoa jurídica, física ou sujeito de direito que, com propriedade, carece de legitimidade para fazê-lo”.⁸⁹ Na mesma linha, Luc De Broe afirma que o “*treaty shopping* refere-se a uma situação em que uma pessoa que não tem direito aos benefícios de um tratado tributário faz uso de outra pessoa (normalmente jurídica) para obter aqueles benefícios convencionais que não lhe estariam disponíveis diretamente”.⁹⁰

Em linha com os referidos autores está Luís Eduardo Schoueri, autor de um dos primeiros estudos sobre o tema no Brasil, para quem o “*treaty shopping* ocorre quando, com a finalidade de obter benefícios de um acordo de bitributação, um contribuinte que, de início, não estaria incluído entre seus beneficiários, estrutura seus negócios, interpondo, entre si e a fonte de rendimento, uma pessoa ou um estabelecimento perma-

88 Cf. UCKMAR, Víctor. Introducción. In: UCKMAR, Víctor (Coord.). *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Tradução Cristian J. Billardi; Juan O. Zanotti Aichino. Bogotá: Temis, 2003, v. I, p. 8. Sobre o tema, ver: OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Paris: OECD, 2015.

89 ROSEMBUJ, Tulio. *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 111. Na doutrina nacional, ver: HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997; TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 323-336; FERNANDES, Edison Carlos. Considerações sobre Planejamento Tributário Internacional. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coords.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Editora, 2007. p. 20-22; MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro. Elisão Fiscal Objetiva no âmbito Internacional. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coords.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Editora, 2007, p. 49-62; CARVALHO, André de Souza; OLIVEIRA, André Gomes de. Planejamento Tributário Internacional. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (Coords.). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. III. p. 552-610; SAUNDERS, Ana Paula. O Uso Abusivo dos Tratados e a Necessidade de Combate ao Treaty Shopping. In: CORDEIRO, Daniel Vieira de Biasi et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional: Volume 3*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 31-55.

90 DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam: IBFD, 2008. p. 10.

nente, que faz jus àqueles benefícios”.⁹¹ Também Heleno Tôrres analisou a matéria, afirmando que “o *treaty shopping* consiste no ato planejado de selecionar, dentre os tratados contra a dupla tributação internacional existentes, o que melhor convier para efeito de uma dada operação que deva ser praticada [...]”.⁹²

Note-se que o reconhecimento de que é possível que os contribuintes busquem uma utilização abusiva das convenções para evitar a dupla tributação da renda não significa que o planejamento fiscal internacional seja aprioristicamente uma prática condenável ou ilegítima. Como destaca Pietro Adonnino:

“Desta maneira, o planejamento tributário, como parte do planejamento empresarial, aparece como uma atividade perfeitamente legítima e, inclusive, estimulável e frequentemente certamente necessária.

Isso vale também para o PFI [*Planejamento Fiscal Internacional*] onde o empresário deve considerar normas pertencentes a ordenamentos diferentes, que podem ainda resultar contraditórias, que podem prever instrumentos de superação de conflitos, mas que também podem deixar espaços utilizados pelos operadores ante a ausência de claros obstáculos ou de critérios normativos.”⁹³

Para evitar o *treaty shopping*, foram desenvolvidas regras antielisivas específicas internacionais, como, por exemplo, a cláusula do beneficiário efetivo e as regras de limitação de benefícios.⁹⁴ Além disso, passou-se a exigir que a pessoa residente em um dos Estados contratantes demons-

91 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal Através dos Acordos de Bitributação: Treaty Shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 21.

92 TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 324. Sobre o tema, merece referência a recente obra de Leonardo Freitas de Moraes e Castro. Ver: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

93 ADONNINO, Pietro. La Planificación Fiscal Internacional. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Tradução Cristian J. Billardi; Juan O. Zanotti Aichino. Bogotá: Temis, 2003, v. I, p. 53.

94 Ver: UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 362-363; CASTRO,

trasse a substância econômica das atividades desenvolvidas em determinada jurisdição, evitando-se, assim, o reconhecimento da residência das chamadas “empresas de papel”.⁹⁵

É importante, portanto, que a empresa situada no país com o qual o Brasil tenha celebrado o tratado desenvolva uma “atividade econômica substantiva”, sendo relevante compreender o alcance dessa expressão.

Em seu relatório de 1998 sobre *Harmful Tax Competition*, a OCDE tocou no assunto, embora não tenha se aprofundado na análise da questão, como se percebe pela leitura da passagem a seguir:

“Adicionalmente, a ausência de uma exigência para que a atividade seja substantiva é importante, porque sugere que a jurisdição esteja tentando atrair investimentos e transações que visem objetivos puramente fiscais. Pode também indicar que a jurisdição não oferece (ou não pode oferecer) um ambiente legal ou comercial ou qualquer vantagem econômica que seria atrativa para atividades econômicas substantivas na ausência da oportunidade de redução da tributação oferecida. A determinação de quando e se uma atividade é substancial pode ser difícil. Por exemplo, serviços financeiros e administrativos podem em certas circunstâncias envolver atividades substantivas. Contudo, certos serviços prestados por ‘empresas de papel’ indicam de pronto a falta de substância.”⁹⁶

Atividade econômica substantiva é um conceito indeterminado; na lição de Engisch, um “conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito. Em todo caso devemos considerar como tais os con-

Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

95 Para um exame do tema do *treaty shopping*, no contexto do artigo 74 da MP 2.158, ver: OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Lucros de Coligadas e Controladas no Exterior e Aspectos de Elisão e Evasão Fiscal no Direito Brasileiro e Internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 102, mar. 2004, p. 95-122. O tema da “substância” das entidades é objeto da Ação 5 do Projeto BEPS, recomendando-se a leitura de seu relatório final (OECD. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*. Paris: OECD, 2015).

96 OECD. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Paris: OECD, 1998. p. 24.

ceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 10 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. É o que se pode afirmar, por exemplo, a respeito daqueles conceitos naturalísticos que são recebidos pelo Direito, como os de ‘escuridão’, ‘sossego noturno’, ‘ruído’, ‘perigo’, ‘coisa’. E com mais razão se pode dizer o mesmo dos conceitos predominantemente jurídicos, como os de ‘assassinato’ (‘homicídio qualificado’), ‘crime’, ‘ato administrativo’, ‘negócio jurídico’, etc. Com Philipp Heck podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o *halo* do conceito”.⁹⁷

Como já afirmamos em outro estudo, os conceitos indeterminados povoam o Direito Tributário,⁹⁸ e aqui nos vemos diante de um deles. Seguindo a passagem transcrita do relatório da OCDE, em uma situação em que estivermos diante de uma “empresa de papel”, estaremos no núcleo do conceito e será evidente a ausência de uma atividade econômica substantiva. Por outro lado, a presença de uma indústria poderia ser o exemplo inverso, da certeza de uma atividade econômica substantiva. Conforme nos afastamos desses exemplos e caminarmos pelo *halo* conceitual, dúvidas surgem, as quais somente podem ser afastadas diante dos casos concretos.

Partindo desses exemplos de completa ausência de atividade econômica substantiva (“empresas de papel”) ou de sua presença certa (indústria), parece-nos ser possível apontar como elemento principal do exercício de uma atividade empresarial a existência da infraestrutura usualmente necessária para a realização daquele empreendimento. Dessa

97 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 7^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 208-209.

98 Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André. A Deslegalização no Direito Tributário Contemporâneo: Segurança Jurídica, Legalidade, Conceitos Indeterminados, Tipicidade e Liberdade de Conformação da Administração Pública. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sergio André (Coords.). *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 242-246.

maneira, no caso de uma empresa de *holding*,⁹⁹ a comprovação de atividade econômica substantiva não dependerá da presença dos mesmos fatos quando a empresa investida desenvolver alguma atividade comercial, industrial ou de prestação de serviços.

Vistos esses comentários, pode-se concluir que o direito à utilização das regras de determinado tratado internacional tributário depende da demonstração de que em ambas as empresas se trata de pessoas residentes nos Estados contratantes, excluídas as situações em que não se verifique a estrutura necessária para o desenvolvimento do objeto social da empresa, o que somente poderá ser verificado em cada caso concreto.

3.6.1. SUBSTÂNCIA E *TREATY SHOPPING* NO MUNDO PÓS-PROJETO BEPS

Os temas abordados na seção anterior sofreram importantes mudanças após a apresentação, em 2015, dos relatórios finais do Projeto BEPS, *Base Erosion and Profit Shifting*.

A Ação 5 do Projeto BEPS¹⁰⁰ deu seguimento aos trabalhos anteriores da OCDE sobre a luta contra a concorrência fiscal prejudicial. Contudo, como se afirma claramente no Relatório editado pela Organização sobre esta Ação, “o trabalho sobre práticas fiscais prejudiciais não tem por objetivo promover a harmonização dos impostos sobre renda, nem das estruturas fiscais dentro ou fora da OCDE, nem de impor a qualquer país qual deveria ser o nível adequado das alíquotas de imposto. Em vez disso, trata-se de reduzir a influência distorciva da tributação sobre a localização das atividades financeiras e de serviços mó-

99 Como destaca Vivian de Freitas e Rodrigues de Oliveira, “a *holding* tem como características: i) ter como objeto social principal e indispensável a função de ser sócio ou acionista de outras empresas; ii) não se confundir com a pessoa física do sócio, por ser pessoa jurídica distinta e independente, nos termos do Código Civil brasileiro; e iii) possuir o poder de controle das operações de suas empresas investidas” (OLIVEIRA, Vivian de Freitas e Rodrigues de. *Preço de Transferência como Norma de Ajuste do Imposto sobre a Renda*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 227).

100 Sobre o tema, ver: STARK, João Ricardo Barbieri; VITA, Jonathan Barros. Ação 05 do BEPS e sua Aplicabilidade no Planejamento Tributário Brasileiro. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, São Paulo, n. 5, mar.-abr. 2017, p. 17-38.

veis, incentivando assim um ambiente em que a concorrência fiscal livre e justa possa ocorrer”.¹⁰¹

A abordagem renovada para combater as práticas fiscais prejudiciais baseia-se em dois pilares principais: a exigência de atividade substancial e a necessidade de transparência – incluindo a troca de informações sobre decisões (*rulings*).¹⁰²

De acordo com o Relatório da Ação 5, “exige-se especificamente uma atividade substancial para qualquer regime privilegiado. Analisado no contexto mais amplo do trabalho sobre a “BEPS”, este requisito contribui para o segundo pilar do Projeto BEPS, que consiste em alinhar a tributação com a substância, assegurando que os lucros tributáveis não possam mais ser artificialmente afastados dos países onde o valor é criado”.¹⁰³

Motivada pelo trabalho da OCDE na Ação 5, a Receita Federal do Brasil alterou o artigo 2º da Instrução Normativa nº 1.037/2010, incluindo neste dispositivo um parágrafo único com a seguinte redação:

“Art. 2º. São regimes fiscais privilegiados: [...]

III – com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva;

IV – com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; [...]

Parágrafo único. Para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados previstos nos incisos III e IV do art. 2º, entende-se que a pessoa jurídica que exerce a atividade de holding desempenha atividade econômica substantiva quando possui, no seu país de

101 OECD. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*. Paris: OECD, 2015. p. 11.

102 OECD. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*. Paris: OECD, 2015. p. 23.

103 OECD. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*. Paris: OECD, 2015. p. 23.

domicílio, capacidade operacional apropriada para os seus fins, evidenciada, entre outros fatores, pela existência de empregados próprios qualificados em número suficiente e de instalações físicas adequadas para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas:

I – ao desenvolvimento das atividades com o fim de obter rendas derivadas dos ativos de que dispõe; ou

II – à administração de participações societárias com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.”

A edição da Instrução Normativa nº 1.658/2016, que incluiu a alteração acima na Instrução Normativa nº 1.037/2010, reforça o compromisso brasileiro – como membro do chamado *inclusive framework* – de implementação da Ação 5 do Projeto BEPS.

Por sua vez, a Ação 6 do Projeto BEPS é definitivamente uma de suas iniciativas mais relevantes. A Ação levanta questões interessantes e ao mesmo tempo difíceis ao abordar a utilização de convenções internacionais em situações inadequadas.

O Relatório da Ação 6 propõe uma “abordagem de três vertentes” para lidar com *treaty shopping*, nos seguintes termos:

- “Em primeiro lugar, uma declaração clara de que os Estados Contratantes, ao celebrar um tratado, desejam evitar a evasão fiscal e, em particular, pretendem evitar oportunidades para *treaty shopping*, é incluída nos tratados fiscais (ver Seção B deste Relatório).
- Em segundo lugar, será incluída no Modelo da OCDE uma regra específica de combate ao abuso baseada na limitação de benefícios presentes nos tratados celebrados pelos Estados Unidos e alguns outros países (a regra LOB, *limitation of benefit*). Essa regra específica abordará um grande número de situações de *treaty shopping* com base na natureza jurídica, na propriedade e nas atividades gerais de residentes num Estado Contratante (ver subseção A.1 (a) (i) abaixo).
- Terceiro, a fim de abordar outras formas de abuso de tratados, incluindo as situações de *treaty shopping* que não seriam abrangidas

pela regra LOB (como certos mecanismos de financiamento por intermédio de entidades), será incluída no Modelo da OCDE uma regra geral de combate ao abuso com base nos propósitos principais das transações ou acordos (o teste de propósitos principais ou regra PPT). Essa regra incorporará os princípios expressos nos parágrafos 9.5, 22, 22.1 e 22.2 do Comentário ao Artigo 1, segundo o qual os benefícios de um tratado fiscal não deveriam ser aplicáveis quando um dos principais objetivos dos acordos ou transações for garantir benefício baseado em um tratado fiscal, e a obtenção desse benefício nestas circunstâncias seria contrária ao objeto e ao propósito das disposições pertinentes previstas no tratado (ver a subsecção A.1 (a) (ii) abaixo).¹⁰⁴

Como regras LOB já existem há algum tempo,¹⁰⁵ inclusive em tratados brasileiros,¹⁰⁶ a grande novidade da recomendação da OCDE foi a chamada regra PPT (*principal purpose test*).¹⁰⁷ Segundo essa regra, o tratamento previsto na convenção tributária deve ser negado se a obtenção de tal tratamento tiver sido um dos objetivos principais do arranjo ou transação que resultou, diretamente ou indiretamente, em tal benefício.¹⁰⁸

104 OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Paris: OECD, 2015. p. 18-19. Ver: DE BROE, Luc; LUTS, Joris. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, Amsterdam, 43 (2), 2015, p. 124.

105 Como pontua Félix Alberto Vega Borrego, “o objetivo dessas cláusulas é limitar o acesso ao regime do tratado para prevenir a sua aplicação em casos de *treaty shopping*. De acordo com as LOBs, o tratado somente deve ser aplicado se o contribuinte tiver obtido rendimentos do Estado de Residência em decorrência de reais propósitos empresariais ou se o contribuinte tiver vínculo suficiente com o Estado de Residência. Essas são as duas ideias básicas sobre as quais as LOBs são fundadas. As regras não fazem nenhuma consideração quanto à efetiva tributação do rendimento no Estado de Residência. Embora esses critérios possam aparecer em tratados por vezes, eles não são decisivos para a aplicação do tratado, desde que uma das duas condições mencionadas acima sejam atendidas” (VEGA BORREGO, Félix Alberto. *Limitation of Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. The Netherlands: Kluwer, 2006. p. 92).

106 Ver: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Controversial Topics in International Taxation: USA, OECD & Brazil*. [S/L]: Lambert Academic Publishing, 2014. p. 187-200; SCHOUERI, Luís Eduardo. Brazil. In: LANG, Michael et al. (Coords.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdam: IBFD, 2016. p. 139-141.

107 Sobre a Cláusula PPT, ver: GOMES, Marcus Lívio. *The Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021; PERGORARO, Andressa. *A Cláusula de Principal Propósito (PPT) nos Acordos para Evitar a Dupla Tributação*. São Paulo: IBDT, 2021.

108 OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Paris: OECD, 2015. p. 54-55. DOURADO, Ana Paula. *Aggressive Tax Planning in EU Law*

Diante de sua abrangência, surgiram debates no Brasil a respeito da constitucionalidade da regra PPT no país. Há autores, como Carlos Renato Vieira e Flavio Carvalho, que põem em xeque a compatibilidade de uma disposição como o PPT com a Constituição Federal, alegando que o país não poderia adotar uma regra como esta, “com baixo grau de determinação, sem que esteja acompanhada de normas internas que imponham mais transparência e previsibilidade nas relações entre fisco e contribuintes, permitindo-se que sejam estabelecidas relações dialógicas e construídas soluções de consenso”.¹⁰⁹

Parece evidente que a regra PPT, da maneira como redigida, pode restringir significativamente as situações em que se aplicaria um tratado. Entretanto, dada a finalidade da convenção como limitação voluntária da competência tributária dos países signatários, não parece haver restrições à sua inclusão nas convenções assinadas pelo Brasil.

Os comentários apresentados nesta seção confirmam que a prevenção da utilização abusiva de convenções internacionais é certamente uma das finalidades desses tratados, justificando-se a desconsideração pelas autoridades fiscais de estruturas que demonstrem a intermediação artificial de entidades no uso de uma convenção internacional que não seria, em princípio, aplicável.

3.6.2. DECISÕES DO CARF SOBRE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLADAS INDIRETAS NO REGIME DA MP 2.158

O debate anterior a respeito da utilização inapropriada das convenções tornou-se particularmente relevante no regime de tributação em bases universais da MP 2.158, em razão, especialmente, da IN 213.

Com efeito, segundo o § 6º do artigo 1º desta Instrução Normativa, “os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual

and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax*, Amsterdam, n. 43 (1), 2015, p. 55; PINETZ, Erik. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. In: LANG, Michael et al. (Coords.). *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposal to Revise the OECD Model Convention*. Wien: Linde, 2016. p. 271-301.

109 VIEIRA, Carlos Renato; CARVALHO, Flavio. A Ação 6 do BEPS e a PPT Rule. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. II. p. 22.

a filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, **serão consolidados no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil**". (Destaque nosso)

Esse dispositivo estabelecia a consolidação dos resultados das controladas e coligadas indiretas no resultado da controlada direta. Como consequência, proliferaram estruturas em que se estabelecia uma *holding* em um país com tratado, na expectativa de aplicar o acordo internacional para bloquear a tributação no Brasil dos resultados de entidades localizadas em diversos países, mesmo aqueles que não possuíam convenção assinada com o país, incluindo paraísos fiscais.

Foi nesse cenário que surgiu a discussão sobre a possibilidade, ou não, de tributação individualizada das controladas indiretas da empresa brasileira.

O caso inaugural desse debate foi o chamado Eagle II (Acórdão nº 101-97.070), que será comentado no item I.3.11.3 adiante. Esta decisão foi proferida em 2008 pelo Primeiro Conselho de Contribuintes. Nessa ocasião, o Conselho ainda dava os primeiros passos na análise da aplicabilidade dos tratados internacionais tributários assinados pelo Brasil para bloquear a aplicação do artigo 74 da MP 2.158.

A discussão que surgiu nesse caso se conecta com as considerações sobre *treaty shopping* que é, segundo vemos, a única hipótese em que se poderia considerar a tributação dos resultados de controladas indiretas no nível da controladora brasileira, no regime da MP 2.158.

Conforme o tempo foi passando, as autoridades fiscais e, posteriormente, o CARF passaram a defender posição no sentido de que o próprio regime da MP 2.158 estabeleceria a consolidação no Brasil. Encontramos exemplo dessa interpretação no Acórdão nº 9101-002.590, proferido pela Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, cuja ementa, mesmo que longa, transcrevemos a seguir:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ Anocalendário: 2005. CONTROLE DIRETO

E INDIRETO. LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA. A legislação societária permite a construção de estruturas conforme a necessidade do grupo econômico e tutela pela transparência das informações da rede de empresas mediante métodos de avaliação de investimentos (MEP) e consolida institutos para o exercício do poder e controle de cada ente empresarial. Nesse contexto, o controle pode ser exercido de maneira direta ou indireta, pois o que importa é o poder dos investidores para deliberar sobre o destino dos negócios do grupo.

LUCROS NO EXTERIOR. CONTROLADAS DIRETAS OU INDIRETAS. APURAÇÃO INDIVIDUALIZADA. PROPORÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA. Os lucros auferidos por controladas e coligadas, diretas ou indiretas, no exterior, serão considerados de forma individualizada, para cada uma das empresas, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real, na data do balanço no qual tiverem sido apurados, conforme art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995 e art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996.

APURAÇÃO DOS LUCROS E OUTROS RESULTADOS NO EXTERIOR. O art. 1º da IN SRF nº 213, de 2002, com base na legislação tributária (art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995 e art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996), e na legislação empresarial dispendo sobre o conceito de controladas (arts. 116 e 243 da Lei nº 6.404, de 1976 e art. 1098 do Código Civil), estabelece procedimentos para apurar os lucros de controladas e coligadas e resultados de outras participações societárias. O rito previsto nos §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da instrução normativa operacionaliza a apuração dos lucros (1) das controladas no exterior (diretas ou indiretas), que serão adicionados ao lucro líquido da controladora no Brasil, (2) das coligadas, que serão adicionados ao lucro da investidora, e (3) das filiais e sucursais que serão adicionados ao lucro líquido da matriz no Brasil, que será, para os três casos, considerado de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada, vedada a consolidação dos valores. O § 6º dispõe sobre tributação residual,

que diz respeito a resultados não abrangidos pelos parágrafos anteriores, auferidos por outros investimentos.

LUCROS NO EXTERIOR. APURAÇÃO NÃO INDIVIDUALIZADA. AFASTAMENTO DA EXAÇÃO FISCAL. Das duas uma: ou se tributa individualmente o lucro auferido no exterior de cada controlada/coligada direta ou indireta, ou se consolida o resultado apurado via MEP das participações societárias das controladas/coligadas. Opção legislativa é clara pela apuração dos resultados de controladas ou coligadas individualizada, razão pela qual deve se afastar os resultados auferidos de investimentos destas controladas e coligadas por meio de equivalência patrimonial, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996 e do art. 1º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da IN SRF nº 213, de 2002, sob pena de bitributação. Autuação fiscal que, na apuração dos lucros do exterior de controlada e coligada, incluiu na base de cálculo tributável os resultados via MEP dos investimentos destas controladas e coligadas deve ser afastada por falta de previsão normativa.

ART. 74 DA MP Nº 2.15835, DE 2001. TRATADO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO DE RENDA. MATERIALIDADES DISTINTAS. Não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, e as dispostas na Convenção BrasilEspanha para evitar bitributação de renda. Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano calendário. São diferentes os lucros dos residentes em um dos países contratantes e os lucros auferidos pelo outro país contratante (investidores no Brasil).

OPERACIONALIZAÇÃO DA NEUTRALIDADE DO SISTEMA E SUPERAÇÃO DO DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO. A neutralidade do sistema de tributação quando investidor e investida estão localizadas no Brasil operase mediante a exclusão dos resultado positivo da investida apurado via Método de Equivalência Patrimonial no lucro real da investidora,

porque os lucros da investida já foram tributados no Brasil pela mesma alíquota que seriam se o fossem pela investidora. Estando investidor no Brasil e investida no exterior, se a alíquota no exterior é menor do que a brasileira, quebrase a neutralidade do sistema, e viabilizase diferimento por tempo indeterminado da tributação, caso a investidora, que detém poder de decisão sobre a investida, decida não distribuir os lucros. Por isso, o art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, ao determinar que os lucros sejam auferidos pelo investidor brasileiro, na medida de sua participação, ao final de cada ano calendário, dispondo sobre aspecto temporal, evitou o diferimento, e, ao mesmo tempo, o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, autorizou a compensação dos impostos pagos no exterior, viabilizando a neutralidade do sistema.

ART. 74 DA MP Nº 2.15835, DE 2001. TRATADO DE BITRIBUTAÇÃO. NÃO REPERCUSSÃO NAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DO PAÍS CONTRATANTE. Ao ser interpretar quem seriam os sujeitos de um tratado de bitributação, o país da fonte é o país em que deve se encontrar a empresa onde efetivamente são desempenhadas as atividades produtivas. Tais atividades podem ser produzidas pela própria empresa, ou mediante investimentos, desde que naquele país contratante. Pode ser até mesmo uma holding, desde que concentre investimentos que desempenhem atividades produtivas localizados no mesmo país, e não um mero ‘hub’, um centralizador de investimentos localizados em países não signatários de acordos com o Brasil. O tratado de bitributação deve ser aplicado em situações no qual, efetivamente, as empresas se localizam nos países contratantes. Alargar o conceito da empresa situada no país da fonte para qualquer empresa que concentre auferimento de renda de outras empresas, independente das circunstâncias ou da localização dos investimentos, subverte a finalidade e o objetivo dos tratados internacionais. Não há que se conceber que se dois países se reúnam para dar amparo a sistemas paralelos de tributação. [...]”

Segundo vemos, essa interpretação carece de fundamento legal, pois lastreia-se em uma leitura distorcida do artigo 16, I, da Lei nº

9.430/1996, provavelmente seu principal pilar de apoio. Eis a redação deste dispositivo:

“Art. 16. Sem prejuízo do disposto nos arts. 25, 26 e 27 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, os lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas e coligadas, no exterior, serão:

I – considerados de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada; [...]”

Tendo este inciso como referência, estabeleceu-se, já na ementa do acórdão, que “das duas uma: ou se tributa individualmente o lucro auferido no exterior de cada controlada/coligada direta ou indireta, ou se consolida o resultado apurado via MEP das participações societárias das controladas/coligadas.”

Essa passagem criou uma falsa dicotomia, como se somente houvesse duas possibilidades: tributação das controladas indiretas diretamente na apuração da entidade brasileira ou adição integral do resultado positivo de equivalência patrimonial. Contudo, há pelo menos uma terceira opção, a que de fato pode ser inferida do artigo 25 da Lei 9.249 e do artigo 74 da MP 2.158: a adição, no Brasil, **apenas e exclusivamente**, do lucro da controlada direta, no qual estarão consolidados os resultados de suas subsidiárias.

Nada na legislação indica a existência de obrigação de tributação no Brasil, de forma segregada, dos resultados das controladas indiretas da entidade brasileira.

3.7. OS COMENTÁRIOS DA OCDE E DA ONU ÀS SUAS CONVENÇÕES MODELO

Uma questão sempre levantada quando do exame das relações entre tratados internacionais e regras de tributação de lucros do exterior consiste no fato de a OCDE, nos comentários à sua Convenção Modelo, deixar claro que, salvo disposição específica negociada pelos Estados contratantes, as regras previstas no tratado não afastariam a aplicação de regras antielisivas no formato CFC. Veja-se, neste sentido, a seguinte passagem:

“O uso de ‘base companies’ pode ser controlado através do uso de regras a respeito de ‘controlled foreign companies’. Um número significativo de países membros e não membros adotaram este tipo de legislação. Embora o design desse tipo de legislação varie consideravelmente entre os países, uma característica comum dessas regras, que atualmente são reconhecidas internacionalmente como um instrumento legítimo de proteção da base tributável doméstica, é que elas resultam em um Estado Contratante tributar seus residentes sobre renda atribuível à sua participação em certas entidades estrangeiras. Tem-se argumentado, com base em certa interpretação de regras da Convenção como o parágrafo 1 do artigo 7 e o parágrafo 5 do artigo 10, que esta característica comum da legislação sobre ‘controlled foreign companies’ conflitaria com esses dispositivos. Pelas razões explicadas nos parágrafos 14 do Comentário sobre o Artigo 7 e 37 do Comentário sobre o Artigo 10, essa interpretação não está de acordo com o texto de tais dispositivos. Ela também não prospera quando os mesmos são lidos em seu contexto. Portanto, embora alguns países tenham achado ser útil esclarecer, em suas convenções, que a legislação sobre ‘controlled foreign companies’ não conflita com a Convenção, tal esclarecimento não é necessário. É reconhecido que a legislação sobre ‘controlled foreign companies’ estruturada dessa maneira não é contrária às regras da Convenção.”¹¹⁰

Esta posição da OCDE não é acolhida de forma unânime por seus membros. Na Convenção Modelo de 2010, países como Bélgica, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Portugal e Suíça registraram suas posições contra a posição genérica adotada pela OCDE – de compatibilidade das regras CFC com os dispositivos do modelo.¹¹¹ Na versão atual dos Comentários, apenas a Suíça manteve a posição.¹¹²

110 OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 2010. p. 70. Ver, também: OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 2017. p. 78.

111 OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 2010. p. 72-74.

112 OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 2017. p. 89.

A mesma orientação da OCDE é encontrada nos Comentários da ONU à sua Convenção Modelo.¹¹³

A doutrina brasileira refuta a aplicação do entendimento da OCDE às regras brasileiras, tendo em vista a especificidade do regime de tributação instituído pelo artigo 74 da MP 2.158, e mantido pela Lei 12.973. Em resumo, o argumento defendido por alguns autores é o de que a interpretação da OCDE somente seria aplicável aos sistemas de tributação de lucros do exterior concebidos como regras antielisivas específicas e aplicáveis apenas em casos de planejamento tributário abusivo, como são os regimes normalmente identificados em outros países. No caso do sistema brasileiro, em que a tributação de lucros não distribuídos foi adotada como regra geral, sem qualquer consideração de especificidades do caso concreto,¹¹⁴ restaria inaplicável a posição adotada pela OCDE.

Alberto Xavier sustentava posição nesse sentido, como se infere da seguinte passagem:

“A expressão ‘regras CFC’ faz alusão a um tipo específico de normas antiabuso que pressupõem para a sua aplicação que a controlada estrangeira esteja domiciliada em país de tributação favorecida e/ou aufra apenas rendas passivas. A lei brasileira, contudo, não se enquadra no conceito de regras CFC justamente porque se aplica a *toda e qualquer controlada e coligada estrangeira*, independentemente do país de seu domicílio ou da origem de seus rendimentos. A Lei nº 12.973/2014 (tal como as leis anteriormente vigentes) também se aplica a *toda e qualquer controlada ou coligada*, sujeitas a tributação automática, utilizando critérios de localização da empresa ou da natureza da atividade apenas para efetuar restrições à concessão de regimes mais favoráveis.

Todavia, a lei brasileira, em matéria de sociedades controladas e coligadas no exterior, como já se disse, adotou um sistema que se afasta totalmente do tipo CFC, por não ter caráter excepcional nem finalidade antielisiva, uma vez que concebe como regra geral

113 UNITED NATIONS. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. New York: United Nations, 2011. p. 69.

114 Ver: FERRARI, Bruna Camargo. *BEPS no Brasil: Negócios Híbridos, Normas CFC e Competitividade Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 171.

a tributação da totalidade do lucro das controladas ou coligadas no exterior, independentemente da natureza dos rendimentos que o integram e do nível de tributação a que se sujeitam no país de seu domicílio.

Os comentários da OCDE não lhe são, pois, aplicáveis.”¹¹⁵

Para Marco Antônio Behrnt e Diana Piatti de Barros Lobo, “considerada a amplitude do regime de transparência fiscal introduzida pela Lei n. 9.249/1995 e da MP 2.158-35, tem-se que as disposições ali presentes violariam os arts. 7.1 e 10.5 da Convenção Modelo até mesmo sob a ótica da OCDE. O regime de transparência fiscal brasileiro representaria uma tributação automática de lucros auferidos por não residentes, em confronto com a competência impositiva disciplinada nos tratados”.¹¹⁶

Também João Francisco Bianco comentou a questão, destacando que “os Comentários da OCDE sustentam a compatibilidade da legislação das CFCs com os tratados com base na necessidade de serem coibidos os abusos cometidos por contribuintes, na busca por mecanismos que tenham por objetivo a elisão de impostos. Os investimentos feitos no exterior com objetivos negociais claros, sem caráter abusivo, não devem estar submetidos ao regime de transparência fiscal. Essa é a clara mensagem dos Comentários da OCDE”.¹¹⁷

Luciana Rosanova Galhardo e Pedro Augusto Abujamra Asseis sustentaram esta mesma posição, argumentando que “os Comentários à Convenção-Modelo, ao determinarem que as regras CFC poderiam conviver harmonicamente com as disposições contidas no artigo 7º, não levaram em consideração o fato de que apenas o Brasil possui um sistema amplo e genérico de regras CFC – ao contrário das regras adotadas

115 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 494.

116 BEHRNDT, Marco Antônio; LOBO, Diana Piatti de Barros. Regra de Transparência Fiscal Verde e Amarela e sua Incompatibilidade com os Tratados Internacionais para Evitar a Bitributação. In: PANZARINI FILHO, Clóvis et al. (Coords.). *Estudos Avançados de Direito Tributário: Tributação Internacional – Normas Antielisivas e Operações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 186.

117 BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 158.

em outros países, que, em sua maioria, impõem a distribuição automática de lucros apenas quando a controlada ou coligada estiver localizada em dependências com tributação favorecida e, ainda assim, em relação a rendimentos passivos (dividendos, juros e *royalties*)”.¹¹⁸

De fato, os regimes de tributação de *controlled foreign companies* no exterior usualmente não são utilizados como regras gerais de tributação da renda, mas sim como regras especiais de controle de planejamento fiscal agressivo. Portanto, considerando o alcance do artigo 74 da MP 2.158, não nos parece que os Comentários da OCDE à Convenção Modelo sejam aplicáveis. Neste mesmo sentido é a lição do saudoso professor Ricardo Lobo Torres:

“Vê-se que, não obstante a convivência entre as legislações de CFC e os tratados assinados segundo o Modelo da OCDE, exige-se que a legislação de CFC não atinja lucros negociais, nem situações tributadas por alíquotas e base de cálculo semelhantes às adotadas em países de tributação normal, nem dividendos presumidos. Requer-se, ainda, a obediência aos princípios da neutralidade e da equidade.

Ora, o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 não se compagina com as exigências do Modelo da OCDE. Procura tributar lucros operacionais ainda não distribuídos, dividendos presumidos e até variações cambiais do valor do investimento no exterior, desrespeita o princípio da neutralidade e pretende aplicar cumulativamente o método global e o jurisdicional.”¹¹⁹

A análise da posição da OCDE e de seus membros que integram a União Europeia deve partir do exame do caso *Cadbury Schweppes* o qual, conforme relato de Matheus Bueno de Oliveira, envolveu “o grupo Cadbury Schweppes e o Fisco britânico, que exigia o pagamento de Imposto de Renda sobre resultados auferidos por subsidiárias do gru-

118 GALHARDO, Luciana Rosanova; ASSEIS, Pedro Augusto Amaral Abujamra. Lucros no Exterior: um Novo Capítulo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 219, Jan. 2014, p. 90.

119 TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário*. Rio de Janeiro: Campos, 2012. p. 77.

po localizadas na Irlanda, valendo-se para tanto da chamada legislação CFC”.¹²⁰

A decisão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, com base nos princípios de liberdade de estabelecimento e circulação albergados no Tratado da Comunidade Europeia, reconheceu que a validade de aplicação de regras CFC limita-se aos casos onde presente a artificialidade típica dos planejamentos tributários agressivos, de modo que não seria possível a adoção, pelos países membros da União Europeia, de regras CFC que atingissem indiscriminadamente todo e qualquer lucro auferido por uma controlada ou coligada no exterior. De acordo com os comentários de Alberto Xavier:

“[...] A este propósito, e no tocante concretamente à eventual incompatibilidade das disposições CFC do Reino Unido com as regras e os princípios comunitários, sobretudo com o disposto nos artigos 43º e 49º do Tratado, tenha-se presente a decisão do TJCE no Caso *Cadbury Schweppes*. Neste caso, o TJCE concordou com grande parte das conclusões do Advogado-Geral, concluindo que as legislações nacionais, como a do Reino Unido, relativa às sociedades estrangeiras controladas, estão genericamente em conformidade com o Tratado, na medida em que prossigam o objetivo legítimo de combater a fraude ou a evasão fiscal. Todavia, estas regras serão contrárias aos artigos 43º e 48º do TCE, quando se aplicarem a expedientes que não constituam ‘expedientes puramente artificiais’. [...]”¹²¹

Essa interpretação fica ainda mais evidente quando se analisa o Relatório editado pela OCDE relacionado à Ação 3 do Projeto BEPS, que será examinado no capítulo VII deste livro.

Uma questão interessante, que será comentada adiante, refere-se à caracterização das regras brasileiras como regras CFC. Como vimos

120 OLIVEIRA, Matheus Bueno de. Caso Cadbury Schweppes: Oposição das Regras CFC e da Liberdade de Estabelecimento na Comunidade Europeia. In: Leonardo Freitas de Moraes e Castro (Org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010. p. 79.

121 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 429.

acima, Alberto Xavier expressamente recusa às regras brasileiras a qualificação de regras CFC, para então afastar a aplicação no Brasil dos Comentários da OCDE.

Como será visto em nossas considerações no capítulo VII, parece-nos que não se pode negar que as regras brasileiras sejam, também, regras CFC. De outro lado, essa opinião não desqualifica nossa posição de que os Comentários da OCDE e da ONU aos seus Modelos de Convenção não englobam sistemas como o brasileiro.

Nossa interpretação lastreia-se, portanto, não na bipolarização entre regras CFC e regras não CFC, mas sim, no reconhecimento de que os referidos Comentários tiveram em conta um certo tipo de regra CFC, que não um sistema de inclusão total de lucros auferidos por controladas no exterior, como o brasileiro.

3.8. A POSIÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NA SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA COSIT Nº 18/2013

Em agosto de 2013 foi editada a Solução de Consulta Interna COSIT nº 18 (SC 18/13), na qual a Receita Federal do Brasil manifestou sua interpretação da aplicação de tratados internacionais no contexto da aplicação do artigo 74 da MP 2.158.

A SC 18/13 parte da afirmação de que a avaliação de investimento pelo método da equivalência patrimonial legitima a tributação dos lucros auferidos pela controlada ou coligada no nível da pessoa jurídica brasileira. Vejam-se os seguintes trechos:

“15. Conforme a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, os investimentos em coligadas e controladas devem ser avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial (MEP).

O MEP consiste em atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida e no reconhecimento dos seus efeitos na demonstração do resultado do exercício. Portanto, o valor do investimento é determinado mediante a

aplicação da porcentagem de participação no capital social, sobre o patrimônio líquido de cada sociedade coligada ou controlada.

16. Ao registrar contabilmente o resultado da equivalência patrimonial, a investidora reconhece a parcela dos lucros de suas coligadas e controladas. Sendo assim, verificase o acréscimo patrimonial correspondente a sua participação no lucro total das investidas.

17. Ressaltese que o art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, se aplica a investimentos avaliados pelo MEP, pois só se pode falar de disponibilidade econômica e acréscimo patrimonial, decorrente de lucro apurado na investida, mas ainda não pago ao investidor, se esse investimento for avaliado pela equivalência patrimonial já que no caso de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, só há disponibilidade econômica após o recebimento de lucros ou dividendos pela investidora.”

Logo em seguida, após fazer referência a passagens do voto do Ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário nº 541.090, argumentou o Fisco que “os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, antes mesmo de serem efetivamente distribuídos, representam um acréscimo patrimonial para a investidora uma vez que já podem ser pagos aos seus acionistas. Isso se deve ao fato de a Lei nº 6.404, de 1976, adotar o regime de competência, de modo que, mesmo que não tenham sido financeiramente realizados, esses lucros compõem o resultado da pessoa jurídica investidora. Há, portanto, a disponibilidade econômica da renda, fato gerador do IRPJ e da CSLL”.

Ao iniciar sua análise da aplicação dos tratados, a autoridade fiscal reconheceu a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação doméstica, afirmando que “as disposições dos acordos para evitar a dupla tributação sobre a renda devem ser aplicadas em detrimento daquelas fixadas pela legislação interna brasileira, mesmo nos casos em que as convenções sejam anteriores à Lei nº 9.249, de 1995, pois a prevalência dos tratados ocorre pelo critério da especialidade e não pelo critério de antiguidade da norma jurídica”.¹²²

122 Já nos manifestamos no mesmo sentido, defendendo a aplicação do critério de especialidade. Ver: ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 71-74.

Na sequência, a SC 18/13 baseou-se nos Comentários da OCDE à sua Convenção Modelo para sustentar que “não seriam os lucros da sociedade investida tributados pelo Estado de residência dos sócios, mas os lucros auferidos pelos próprios sócios, em que pese na apuração da base de cálculo tributável seja utilizado como referência o valor dos lucros auferidos pela sociedade sediada no outro Estado. Portanto, o parágrafo 1º [do artigo 7º] não visa impedir o Estado de residência dos sócios de tributar a renda obtida por intermédio de sua participação em sociedades domiciliadas no exterior”. Adiante, conclui que “o art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, prevê a tributação da renda dos sócios brasileiros decorrente de sua participação em empresas domiciliadas no exterior. Ou seja, a norma interna incide em contribuinte brasileiro, não gerando qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros”.¹²³

A posição da COSIT foi objeto de crítica por parte de Luís Eduardo Schoueri, para quem “na questão da relação entre a legislação brasileira e o artigo 7º dos acordos de bitributação, falha a Solução ao focar o aspecto subjetivo (quem é tributado), deixando de ver que o referido artigo 7º tem alcance objetivo (o que não pode ser tributado). Enganase ao omitir a dicção do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, o qual deixa

123 Essa posição já foi verbalizada, doutrinariamente, pelos Procuradores da Fazenda Nacional, Moisés de Sousa Carvalho Pereira e Paulo Roberto Riscado Junior, para quem: “Dito por outro modo, a legislação nacional não alcança os lucros próprios das controladas e coligadas no exterior, mas os lucros disponibilizados para a sociedade brasileira. Desse modo, conquanto a distinção seja sutil, não se pode confundir a tributação da própria subsidiária residente no exterior (o que é vedado pelo Artigo 7), com a tributação da investidora sediada no país, cujos resultados englobam os lucros auferidos por intermédio da subsidiária estrangeira, disponibilizados nos termos da legislação tributária interna. Afinal, o reconhecimento do lucro das investidas pelo método da equivalência patrimonial implica o aumento do patrimônio da investidora, independentemente da distribuição efetiva” (PEREIRA, Moisés de Souza Carvalho; RISCADO JUNIOR, Paulo Roberto. *Jurisprudência Comentada: O Artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e o Planejamento Tributário com Base na Utilização de Tratados. O Caso Eagle II (Acórdão nº 101-97.070)*. *Revista da PGFN*, Brasília, n. 2, jul.-dez. 2011, p. 286).

claro qual o objeto da tributação: os lucros de coligadas e controladas no exterior. São estes, exatamente, o objeto da proteção do artigo 7º”.¹²⁴

A mesma objeção foi apresentada por Luciana Rosanova Galhardo e Pedro Augusto do Amaral Abujamra Asseis, que sustentam que se equivocou “a Cosit ao concluir que os lucros tributados com base no disposto no artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 seriam pertencentes à empresa brasileira. A própria redação do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, vale notar, utiliza a expressão ‘lucros *auferidos por controlada ou coligada no exterior*’. Trata-se, como a própria literalidade da norma leva a concluir, de lucros da sociedade estrangeira”.¹²⁵

Em sentido oposto, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes manifesta posição que vai na mesma linha daquela defendida pelas autoridades fiscais. Segundo esta autora, “de uma perspectiva forma, regimes CFC impõe a tributação sobre contribuintes distintos e, portanto, resultam em uma dupla tributação econômica. Em uma abordagem substantiva, o artigo 7 da CM da OCDE não se destina a restringir a tributação na residência, mas sim a impor limites à tributação na fonte, a qual somente pode acontecer caso se identifique um estabelecimento permanente”.¹²⁶

Ao fim, a SC 18/13 ressaltou a aplicação dos tratados que possuem regra expressa vedando a tributação de lucros não distribuídos, ao mencionar que “é importante destacar contudo que, quando um Estado Contratante opta por abrir mão de tributar o seu próprio residente, ele o faz expressamente nos acordos, como se verifica em algumas convenções internacionais assinadas pelo Brasil, a exemplo dos tratados celebrados com a Dinamarca (Decreto nº 75.106, de 20 de dezembro de

124 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Lucros no Exterior e Acordos de Bitributação: Reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 219, Dez. 2013, p. 77.

125 GALHARDO, Luciana Rosanova; ASSEIS, Pedro Augusto Amaral Abujamra. Lucros no Exterior: um Novo Capítulo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 219, Jan. 2014, p. 89. Ver, também: EMERY, Renata. Os Vícios do Regime de Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior Previsto na Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

126 FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC Legislation: From an International Perspective to the Brazilian Reality*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2019. p. 136.

1974) e com as Repúblicas Tcheca e Eslovaca (Decreto nº 43, de 25 de fevereiro de 1991), em que foi estabelecida cláusula mediante a qual não são tributáveis os lucros não distribuídos”.

Uma observação importante é que a Receita Federal não fez nenhuma referência na SC 18/13 à aplicação do artigo 23 no caso dos tratados internacionais que possuem regra de isenção de dividendos distribuídos, tema que só veio a ser analisado na Solução de Consulta nº 400/2017, que será examinada no próximo item.

A posição da Receita Federal do Brasil ficou formalizada na conclusão da SC 18/13, nos seguintes termos:

“Conclusão

34. Em face do exposto, conclui-se que a aplicação do disposto no art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, não viola os tratados internacionais para evitar a dupla tributação pelas seguintes razões:

34.1. a norma interna incide sobre o contribuinte brasileiro, inexistindo qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros;

34.2. o Brasil não está tributando os lucros da sociedade domiciliada no exterior, mas sim os lucros auferidos pelos próprios sócios brasileiros; e

34.3. a legislação brasileira permite à empresa investidora no Brasil o direito de compensar o imposto pago no exterior, ficando, assim, eliminada a dupla tributação, independentemente da existência de tratado.”

3.9. A POSIÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NA SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA COSIT Nº 400/2017

Em 2017 a COSIT voltou a analisar a aplicação de tratados internacionais no contexto do artigo 74 da MP 2.158 e dos artigos 76 e 77 da Lei 12.973. Na Solução de Consulta Interna COSIT nº 400/2017 (“SC 400/17”), questionou o contribuinte consulente se a regra de isenção da tributação de dividendos afastaria a tributação automática de lucros auferidos por entidade localizada na Argentina.

A posição das autoridades fiscais neste caso baseou-se no artigo 111, II, do Código Tributário Nacional, sustentando-se que “da leitura literal do Artigo XXIII, parágrafo 2, da Convenção Brasil-Argentina, conclui-se que a isenção dada ocorre apenas sobre o pagamento de dividendos de uma sociedade na Argentina a uma sociedade no Brasil, e desde que tenham sido tributados na Argentina conforme as disposições da convenção (Artigo X). Portanto, não se aplica a referida isenção em relação ao pagamento do imposto de renda, devido no Brasil pela consulente, referente à parcela equivalente do ajuste do valor do investimento em controlada domiciliada na Argentina”.

Partindo desta argumentação, as autoridades fiscais concluíram o seguinte:

“Conclusão

23. Ante o exposto, responde-se à consulente, que:

23.1. A isenção prevista no art. XXIII, parágrafo 2, da Convenção Brasil-Argentina deve ser interpretada de forma literal. Assim, refere-se ao pagamento de dividendos por sociedade residente na Argentina a uma sociedade residente no Brasil detentora de mais de 10% (dez por cento) do capital da primeira, desde que estes dividendos tenham sido tributados de acordo com as disposições da convenção em tela. Portanto, não se aplica ao pagamento do IRPJ, nem da CSLL, devidos no Brasil pela consulente, referente à parcela equivalente do ajuste do valor do investimento em controlada domiciliada na Argentina;

23.2. Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelece as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade. A lei determina que a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros auferidos pela controlada será considerada disponibilizada no momento em que é apurado o balanço da controlada e deve ser incluída na base de cálculo do IRPJ e da CSLL da controladora. A legislação tributária permite a compensação do valor pago no país da controlada com os tributos devidos no Brasil em questão.”

3.10. A DISCUSSÃO ENVOLVENDO A CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO

Uma questão controvertida a respeito dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil é sua aplicação no que se refere à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Não faz parte da política brasileira de celebração de tratados internacionais incluir a CSLL entre os tributos sobre os quais a convenção se aplique. De fato, após a criação da contribuição apenas os tratados com a Bélgica, Emirados Árabes Unidos, Portugal, Singapura, Suíça e Trinidad e Tobago fazem referência expressa à contribuição. Vale observar que os últimos tratados assinados pelo país, com Emirados Árabes Unidos, Singapura, Suíça e Uruguai, todos incluem expressamente a contribuição.

Daí, na falta de uma regra expressa, a questão teria que ser resolvida com base no artigo 2 dos tratados celebrados pelo Brasil,¹²⁷ que estende sua aplicação aos impostos idênticos ou substancialmente similares aos abrangidos pelo acordo que forem introduzidos em cada Estado contratante após a celebração da convenção.

Em primeiro lugar, as convenções brasileiras nos apresentam um problema semântico. Com efeito, elas fazem uso da palavra “impostos” no artigo 2. Assim sendo, uma interpretação meramente formal dos tratados poderia levar à conclusão de que apenas a criação de um novo imposto, enquanto espécie tributária, ensinaria a aplicação desse dispositivo.

Essa linha interpretativa parece-nos inadequada diante da estrutura do Sistema Tributário Nacional, uma vez que, considerando a desvirtuação funcional das contribuições,¹²⁸ elas poderiam ser utilizadas para se evitar o cumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais.

127 Trata-se do artigo 2 (4) dos Modelos de Convenção da OCDE e da ONU, que normalmente aparece como artigo 2 (2) nos tratados brasileiros.

128 Socorrendo-nos da lição de Ricardo Lobo Torres, temos que “o financiamento às ações de saúde e assistência social se faz primordialmente com a arrecadação de contribuições exóticas incidentes sobre toda a sociedade, que na realidade, do ponto de vista econômico, são impostos com destinação especial” (TORRES, Ricardo Lobo. Aspectos Fundamentais e Finalísticos do Tributo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Tributo: Reflexão Multidisciplinar sobre sua Natureza*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46).

Dessa forma, apenas o mais incontido formalismo jurídico¹²⁹ para sustentar que a regra que protege a integridade da convenção internacional contra alterações legislativas futuras se aplicaria somente a impostos e não alcançaria um tributo como a CSLL, que é substancialmente idêntica ao Imposto de Renda.

Deixando essa questão para trás, surge outra que impõe reflexão. De fato, o dispositivo convencional de que ora tratamos apenas estabelece a aplicação do tratado a tributos substancialmente semelhantes introduzidos após a sua celebração.

Seguindo essa linha de raciocínio, e considerando que a CSLL foi criada pela Lei nº 7.689/88, poderíamos afirmar que, em relação a todos os tratados celebrados anteriormente à data de entrada em vigor desta lei, a CSLL estaria automaticamente incluída no escopo objetivo da convenção, por se tratar de tributo novo, substancialmente semelhante ao Imposto de Renda.

Resta, então, o caso mais complexo – o tratamento a ser dispensado à CSLL no caso dos tratados celebrados posteriormente à Lei nº 7.689/88 e que não fazem referência a ela.

A questão foi analisada por Alberto Xavier, cuja abordagem deve ser separada em dois aspectos: temporal e substantivo.

Sobre o que estamos chamando de aspecto temporal, Alberto Xavier argumenta que o momento de corte para a aplicação à CSLL da regra do tratado sobre novos tributos não seria a edição da Lei nº 7.689/88, mas sim a entrada em vigor da Medida Provisória n. 1.858-7/99,¹³⁰ que estendeu a tributação em bases mundiais para a CSLL. Seguindo essa lógica, argumenta o citado autor que “a introdução do princípio da universalidade permite, pois, sustentar que as convenções celebradas *posteriormente* à entrada em vigor da CSLL, mas *anteriores* à consagração do princípio da universalidade, aplicam-se também automaticamente à

129 Sobre o formalismo jurídico, ver: ROCHA, Sergio André. O que é Formalismo Tributário? *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 227, ago. 2014, p. 146-155.

130 Sobre o tema, ver: UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 311.

CSLL, por força da cláusula residual equivalente à disposição do art. 2º, § 4º, da Convenção Modelo OCDE, pois a consagração daquele princípio constitui a previsão de um *fato gerador novo* (lucro ou rendimento no exterior) equiparável à instituição de tributo em adição àquele já existente”.¹³¹

A tese de Alberto Xavier é bastante persuasiva. Porém, deixa-nos com um problema a ser resolvido. O Brasil tem hoje trinta e dois tratados em vigor. Desse total, vinte e um foram celebrados quando o País tributava a renda em bases territoriais.¹³² Vê-se, assim, que essa causalidade entre inclusão do tributo na convenção internacional e tributação em bases universais não existe de forma cartesiana na política brasileira de celebração de tratados.

Os tratados celebrados na fase de tributação territorial o foram para estimular o investimento estrangeiro no Brasil, principalmente garantindo a compensação da tributação de fonte brasileira no exterior, em uma época em que alguns países não tinham regras domésticas garantindo tal compensação.¹³³ A não incidência da CSLL na fonte sobre pagamentos, créditos, entregas, empregos ou remessas de rendimentos para o exterior poderia reforçar o argumento de Alberto Xavier. No caso de tratados celebrados entre 1988 e 1995, o Imposto de Renda e a CSLL seriam idênticos em relação à sua aplicação a residentes no Brasil; ambos os tributos eram territoriais. A única diferença apontável então seria que o Imposto de Renda também gravava não residentes, enquanto a CSLL não incidia sobre tais fatos econômicos.

Avançando na discussão da matéria, restaria definir qual o tratamento que seria dispensado aos tratados celebrados após a CSLL – adota-se a entrada em vigor da Lei n. 7.689/88 ou o início da tributação em bases universais pela CSLL como corte?

131 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 125.

132 Ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 22, 2008, p. 267-268.

133 Sergio André. *Política Fiscal Internacional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25.

Aqui entra em cena o aspecto substancial da abordagem de Alberto Xavier. De acordo com sua doutrina “ainda que tais convenções celebradas a partir de 1999 não contenham *esclarecimento similar [no sentido da inclusão da CSLL no âmbito objetivo do tratado]*, as mesmas conclusões são aplicáveis, pois o Governo Brasileiro, em ato de natureza interpretativa, já afirmou que o imposto federal sobre a renda ‘compreende’ não só o imposto de renda, como a contribuição social sobre o lucro, de natureza idêntica, sendo inimaginável que uma ‘interpretação’ oficial possa ser válida para um país (por exemplo, Bélgica ou Portugal) e desconsiderada para outro”.¹³⁴

Em relação a essa questão, divergimos do professor Alberto Xavier. Em sua interpretação, os tratados que reconheceram expressamente a inclusão da CSLL em seu escopo teriam uma espécie de eficácia integrativa em relação aos que não a reconheceram. Já sustentamos, em outra ocasião, discordância com a atribuição, aos chamados tratados paralelos, de efeitos vinculantes ao intérprete. São assim referidos os tratados celebrados com outros países que não aquele objeto de interpretação.¹³⁵

Dessa maneira, não nos parece possível atribuir eficácia declaratória a tais regras. Os tratados tributários são fruto de uma negociação bilateral, de modo que a inclusão da CSLL em alguns tratados, e não em outros, indica não uma eficácia declaratória, mas sim o resultado de uma negociação específica com aquele Estado em cujo tratado aparece a contribuição. Note-se que, da perspectiva do outro Estado signatário do tratado não há nenhum prejuízo com a inclusão da CSLL, do contrário. A ausência dessa contribuição na maioria dos tratados celebrados após sua instituição não deve ser vista como mera omissão, mas sim como parte da política brasileira de negociação de convenções internacionais.

É com os comentários acima em mente que devemos analisar o artigo 11 da Lei nº 13.202/2015, segundo o qual “para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo

134 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 126.

135 ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados Para Evitar a Bitributação da Renda*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 200-201.

da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL”.

Trata-se de dispositivo **expressamente interpretativo**, de modo que lhe seria aplicável a regra extraída do inciso I do artigo 106 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “a lei aplica-se a ato ou fato pretérito [...] em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados”.

O artigo 11 da Lei nº 13.202/2015 consagra a posição doutrinária de Alberto Xavier antes exposta, a qual tem consideráveis reflexos práticos.

Como veremos na seção seguinte, em algumas decisões o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais posicionou-se favoravelmente ao afastamento da tributação brasileira com base em tratado internacional. Nada obstante, em alguns desses casos recusou a aplicação da convenção para afastar a incidência da CSLL, ao argumento de que esta não era abrangida pelo tratado.

Com a entrada em vigor do artigo 11 da Lei nº 13.202/2015, tais decisões teriam que ser revistas, uma vez que sua retroatividade o faria alcançar fatos pretéritos.

Uma questão importante que merece ser explorada, mas que foge ao escopo do presente livro, é: em que medida a iniciativa brasileira de unilateralmente incluir a CSLL no escopo objetivo de seus tratados pode ser considerada pelos nossos *treaty-partners* como uma espécie de *treaty override* ou descumprimento do pacto internacional?

Ao analisarem o tema, João Francisco Bianco e Ramon Tomazela Santos concluíram “que a Lei nº 13.202, ao incluir a CSLL no conceito de “*imposto federal sobre a renda*”, consagrou uma interpretação compatível com os objetivos e as finalidades dos acordos de bitributação, na medida em que evita uma dupla tributação residual de 9%, decorrente da incidência da CSLL sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos em operações internacionais”.¹³⁶

136 BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. Lei Interna Interpretativa de Tratado Internacional: Possibilidade e Consequências – O Caso da CSLL e da Lei nº

A posição desses autores parece se basear em interpretação próxima à de Alberto Xavier sobre o conceito de **imposto sobre a renda** utilizado nas convenções brasileiras.

Mesmo que discordássemos desta interpretação, o fato é que a posição adotada na Lei nº 13.202/2015 não gera qualquer efeito negativo para os países que celebraram acordos internacionais tributários com o Brasil. A existência de um *treaty override* requer a adoção de uma posição – legislativa, administrativa ou judicial – que resulte no descumprimento de obrigação assumida internacionalmente. Isso não ocorre neste caso.

3.11. ALGUNS PRECEDENTES NO ÂMBITO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

A aplicação de tratados internacionais à tributação de lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas foi objeto de algumas decisões dos Conselhos de Contribuintes e do seu sucessor Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.¹³⁷ Nossa meta, neste item, não é analisar todas as decisões administrativas sobre o tema. Buscaremos aqui comentar alguns dos casos mais relevantes nos últimos anos.

3.11.1. ACÓRDÃO Nº 108-08.765

Este caso foi o primeiro decidido pelo CARF.¹³⁸ Ele envolveu a aplicação do tratado com a Espanha e o argumento de que o artigo 7º dessa convenção afastaria a aplicação do artigo 74 da MP 2.158.¹³⁹ A decisão final foi no sentido de que não haveria nenhuma contradição

13.202/2015. In: SCHOUERI, Luís Eduardo et al (Coords.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Dialética, 2016. p. 177.

137 Interessante revisão das primeiras decisões do CARF foi feita por Rodrigo Maito da Silveira e Leonardo Freitas de Moraes e Castro. Ver: SILVEIRA, Rodrigo Maito da; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. A Regra CFC Brasileira e o Posicionamento do CARF e do STF. In: BRITTO, Demes; CASEIRO, Marcos Paulo (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 175-218.

138 Para ser mais exato, esta decisão foi proferida pelo Primeiro Conselho de Contribuintes.

139 Para maiores informações sobre o Caso REFRATEC, ver: MONGUILOD, Ana Carolina; TORO, Carlos Eduardo M. A. Caso REFRATEC. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Tributação Internacional: Análise de Casos Volume 2*. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 345-371.

entre esses tratados e a legislação doméstica brasileira. O principal fundamento da decisão, que se repetirá em outros casos – mas acabou sendo abandonada pelo CARF –, foi o de que o mencionado artigo 74 traz uma presunção de distribuição de dividendos, portanto, a tributação no Brasil seria autorizada pelo artigo 10 do tratado acima. Veja-se, abaixo, trecho da ementa desta decisão:

“[...] IRPJ – CONTROLADA NA ESPANHA – LUCROS A PARTIR DE 2001 – MP 2158-34/2001 – TRATADO INTERNACIONAL – O art. 74 da MP 2158-34 estabeleceu a presunção absoluta (ficção) de que o lucro auferido por controlada no exterior deve ser considerado distribuído à controladora no Brasil em 31 de dezembro de cada ano. O Tratado entre Brasil e Espanha não afasta a incidência de tributação por empresa sediada no Brasil relativamente ao lucro de empresa espanhola considerado distribuído. [...]”

3.11.2. ACÓRDÃO Nº 101-95.802

No Acórdão nº 101-95.802-2006 discutiu-se a aplicação do tratado Brasil-Espanha.¹⁴⁰ Neste caso, foi decidido que “nos termos da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda entre Brasil e a Espanha, promulgada pelo Decreto nº 76.975, de 1976, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil. Não são também tributados no Brasil os dividendos recebidos por um residente do Brasil e que, de acordo com as disposições da Convenção, são tributáveis na Espanha”.

A decisão formalizada nesse acórdão partiu da conclusão da Conselheira Relatora, Sandra Faroni, de que “a tributação com fulcro no art. 74 da MP 2.158-35/2001 incide sobre o lucro das empresas, e não sobre dividendos. Nessa circunstância, tendo em vista o art. 7 da Convenção, não pode haver tributação no Brasil dos lucros auferidos

140 Para maiores informações sobre o Caso Eagle I, ver: MARCELINO JÚNIOR, Ataíde. Caso Eagle 1. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010. p. 259-278.

por intermédio da Jalua [empresa situada na Espanha], enquanto não disponibilizados”.

Essa decisão abordou, ainda, a aplicação do artigo 23 do tratado Brasil-Espanha, que prevê isenção de dividendos distribuídos. Neste particular, partiu a relatora da possibilidade de caracterização do artigo 74 da MP 2.158 como regra que prevê a tributação de dividendos fictos. Em suas palavras “dentro desta segunda linha de raciocínio, teria que ser observado, também, o Artigo 23 da Convenção, que tem aplicação naqueles casos em que o próprio acordo internacional admite a tributação pelos dois Estados celebrantes. Seus parágrafos 3 e 4 tratam, exatamente, da hipótese de pagamento de dividendos, em que a convenção admite a tributação pelos dois Estados. Determina o parágrafo 4º que ‘quando um residente do Brasil receber dividendos que de acordo com as disposições da presente Convenção sejam tributáveis na Espanha, o Brasil isentará de imposto esses dividendos’”.

Percebe-se que, nesta decisão, reconheceu-se o afastamento da regra prevista no artigo 74 da MP 2.158 tanto pelo artigo 7º como pelos artigos 10 e 23 da convenção celebrada entre Brasil e Espanha.

3.11.3. ACÓRDÃO Nº 101-97.070

Os fatos envolvidos neste outro caso foram os mesmos do acórdão comentado no item anterior, tendo sido o mesmo contribuinte autuado em relação a outro período.¹⁴¹ Sobre a aplicação ou não das regras previstas no tratado Brasil-Espanha, a conclusão alcançada nessa decisão foi a mesma formalizada no Acórdão nº 101-95.802. Conforme registrado em sua ementa “nos termos da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda entre Brasil e a Espanha, promulgada pelo Decreto nº 76.975, de 1976, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil”.

¹⁴¹ Para maiores informações sobre o Caso Eagle II, ver: SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Caso Eagle 2. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010. p. 279-304.

Contudo, foi nesse acórdão que se validou o critério de tributação que, como veremos adiante, viria a ser consagrado na Lei 12.973: a tributação, de forma independente, das controladas indiretas da pessoa jurídica brasileira. Nas palavras do Conselheiro Relator, Valmir Sandri “para efeito de tributação dos lucros auferidos no exterior, deve-se levar em consideração, de forma individualizada, os lucros auferidos por cada controlada no exterior, seja ela controlada direta ou indiretamente pela empresa brasileira, adicionando-os ao lucro da empresa brasileira para efeito de tributação do imposto de renda”.

Esse argumento restou formalizado na ementa deste acórdão nos seguintes termos “para fins de aplicação do art. 74 da MP nº 2158-35, os resultados de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira, e sua tributação no Brasil não se submete às regras do tratado internacional firmado com o país de residência da controlada direta, mormente quando esses resultados não foram produzidos em operações realizadas no país de residência da controlada evidenciando o planejamento fiscal para não tributá-los no Brasil”.

Portanto, a grande diferença entre esta decisão e a anterior não se referiu à aplicação ou não dos artigos do tratado internacional, mas à aplicação ou não da própria convenção sobre lucros auferidos em outro país, que não aquele que celebrou o acordo com o Brasil.

3.11.4. ACÓRDÃO Nº 1101-00.365

Neste caso discutiu-se a aplicação dos tratados entre Brasil e Portugal e Brasil e Luxemburgo.¹⁴² A decisão do CARF foi de que o artigo 10 da convenção permitiria a tributação de lucros não distribuídos no Brasil, afastando, portanto, a aplicação do artigo 7º dos referidos tratados. Veja-se, abaixo passagem da ementa desta decisão:

“[...] TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

142 Para maiores informações sobre o Caso Camargo Correa, ver: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e SILVEIRA, Rodrigo Maito. Caso Camargo Corrêa. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Tributação Internacional: Análise de Casos Volume 2*. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 391-438.

Não obstante o STF tenha se posicionado no sentido de inexistência de primazia hierárquica do tratado internacional, em se tratando de Direito Tributário a prevalência da norma internacional decorre de sua condição de lei especial em relação norma interna.

CONVENÇÃO BRASIL-PORTUGAL PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO. PREMISSAS PARA ANÁLISE DO CONFLITO NORMATIVO.

O art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 estabelece tributação sobre dividendos percebidos por beneficiários situados no país mediante ficção de disponibilização dos resultados auferidos por intermédio de coligadas ou controladas no exterior.

COMPATIBILIDADE COM O TRATADO INTERNACIONAL.

O acordo firmado entre Brasil e Portugal autoriza a tributação de dividendos no Estado onde se situa o beneficiário dos rendimentos e somente proíbe o país onde se situa a fonte pagadora de tributar lucros não distribuídos.

[...]

ARGUMENTAÇÃO SUBSIDIÁRIA PARA INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO BRASIL-LUXEMBURGO. PREMISSAS PARA ANÁLISE DO CONFLITO NORMATIVO.

O art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 estabelece tributação sobre dividendos percebidos por beneficiários situados no país mediante ficção de disponibilização dos resultados auferidos por intermédio de coligadas ou controladas no exterior.

COMPATIBILIDADE COM O TRATADO INTERNACIONAL.

O acordo firmado entre Brasil e Luxemburgo autoriza a tributação de dividendos no Estado onde se situa o beneficiário dos rendimentos e somente proíbe o país onde se situa a fonte pagadora de tributar lucros não distribuídos.

[...].”

3.11.5. ACÓRDÃO Nº 1101-000.811

O chamado “Caso Gerdau” lidou com a interpretação do tratado entre Brasil e Espanha.¹⁴³ A importância desse caso decorre de ter-se tornado a analisar a distinção entre controlada direta e indireta para fins fiscais, rejeitando a aplicação, às chamadas “controladas indiretas”, da legislação brasileira sobre tributação de lucros auferidos por controladas no exterior. Eis um trecho de sua ementa:

“[...]CONTROLADADIRETA EINDIRETA.LEGISLAÇÃO COMERCIAL. A determinação feita no art. 243 da Lei nº 6404, de 1976, para que se considere como controlada as controladas diretas e indiretas só é válida para fins do relatório anual de administração previsto no dispositivo. Sem uma ressalva semelhante a existente no art. 243 da Lei das Sociedades por Ação, controlada significa controlada direta. Não cabe entender que toda menção à controlada, na Lei nº 6404, de 1976, se refira também às controladas indiretas.

CONTROLADA DIRETA E INDIRETA. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. A translação do conceito posto pelo art. 243 da Lei nº 6404, de 1976, para o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, não tem fundamento. Para supor que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, estivesse se referindo as controladas indiretas, seria preciso ignorar o texto do artigo e, além disso, admitir que ele desconsiderasse tacitamente a personalidade jurídica das controladas diretas. Não é possível supor que o termo controlada possa alcançar as controladas diretas e as indiretas, sob pena de se estabelecer uma dupla tributação do mesmo lucro, pois os resultados das controladas indiretas já estão refletidos nas controladas diretas.

CONTROLADA DIRETA E INDIRETA. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. O inciso I do art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996, indica que os lucros das controladas no exterior devem ser

143 Para maiores informações sobre o Caso Gerdau, ver: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; SANTOS, Carlos Araujo Santos. Caso Gerdau CFC. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Tributação Internacional: Análise de Casos Volume 3*. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 425-470.

considerados de forma individualizada, por controlada. Mas, isso de modo algum quer dizer os lucros das controladas indiretas devam ser considerados diretamente. [...]”

3.11.6. ACÓRDÃO Nº 1402-00.391

Neste outro caso cuidou-se da aplicação do tratado Brasil-Hungria.¹⁴⁴ Discutiu-se, uma vez mais, a aplicação do artigo 7º da convenção internacional como norma de bloqueio do artigo 74 da MP 2.158.

Esta decisão baseou-se no argumento que orientou posteriormente a SC 18/13, assim formalizado em sua ementa “a Legislação Tributária Brasileira não estabelece incidência sobre os lucros da controlada estrangeira (o que é vedado pelo Artigo VII), mas sim sobre lucros da investidora brasileira, isto é, dispõe que o lucro real da contribuinte engloba os lucros disponibilizados por sua controlada, incorporados ao seu patrimônio em função do Método da Equivalência Patrimonial MEP. Logo, a tributação recai sobre os lucros da empresa brasileira, o que afasta a aplicação do aludido Artigo VII do Tratado. O art. 74 da MP nº 2.158-35 é uma autêntica regra CFC (regra de tributação de resultados de controladas no exterior), compreendida como norma voltada para eliminar o diferimento na tributação dos lucros auferidos no exterior. Não há um ‘padrão único’ de legislação CFC. O ponto comum desse tipo de regra é a tributação dos residentes de um Estado Contratante em relação à renda proveniente de sua participação em empresas estrangeiras”.

Com base nesses argumentos entendeu o Conselho que o artigo 7º do tratado Brasil-Hungria não afastaria a aplicação do artigo 74 da MP 2.158. Na verdade, segundo o entendimento manifestado neste caso “no contexto dos tratados, os dividendos pagos correspondem a lucros distribuídos aos sócios da empresa. Por força da MP nº 2.158-35, os lucros apurados pela controlada no exterior são considerados distribuídos por ficção legal, incorporados ao patrimônio da contribuinte brasileira via

144 Para maiores informações sobre o Caso Normus, ver: BOLAN, Ricardo Ferreira; PAES, Gustavo Duarte; COUTO, Ana Cláudia. Caso Normus. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Tributação Internacional: Análise de Casos Volume 3*. São Paulo: MP Editora, 2015. p. 325-348.

MEP. A não incidência tributária dos dividendos restringe-se aos lucros produzidos e tributados no Brasil”.

Em outras palavras, o entendimento manifestado nessa decisão foi o de que a regra aplicável dos tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil seria o artigo 10, tratando-se o disposto no artigo 74 da MP 2.158 como uma regra de tributação de dividendos fictos, os quais seriam considerados pagos por ficção legal.¹⁴⁵

Essa interpretação de que seria aplicável o artigo 10 também foi sustentada nos Acórdãos nºs 108-09.765, 105-17.382 e 1101-00.365.

3.11.7. ACÓRDÃO Nº 1201001.024

Esta decisão foi tomada em sessão realizada em 06 de maio de 2014 e abordou a aplicação do tratado Brasil-Chile. Mais uma vez a interpretação prevalecente foi no sentido de que o artigo 10 do tratado em questão seria aplicável, autorizando a tributação no Brasil, conforme se infere da seguinte passagem da ementa do acórdão:

“TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. Segundo o artigo 10 da convenção firmada entre o Brasil e o Chile com vistas a evitar a dupla tributação do imposto sobre a renda, os dividendos distribuídos pela empresa controlada no Chile podem ser tributados em sua controladora no Brasil.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL Anocalendário: 2005, 2006 TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. A convenção firmada entre o Brasil e o Chile com vistas a evitar a dupla tributação não alcança a contribuição social sobre o lucro líquido. [...]”

Essa decisão analisou especificamente a aplicação do tratado internacional para afastar a incidência da CSLL, concluindo que a conven-

145 Vale notar que esta decisão foi tomada pelo “voto de qualidade”, tema que se tornou controvertido, argumentando-se que sua previsão seria incompatível com a Constituição Federal. Sobre o tema, ver: ANDRADE, Fábio Martins de. Dúvida, empate no julgamento e interpretação mais favorável ao contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 215, ago. 2013, p. 88-98.

ção entre Brasil e Chile não se aplicaria à contribuição e que, portanto, sua incidência não poderia ser afastada pelo tratado.¹⁴⁶

Há um trecho do voto do Conselheiro Relator, Marcelo Cuba Netto, que merece breve menção. Contrariando todas as bases sobre as quais se construiu a teoria da tributação internacional, o Conselheiro argumentou que o Brasil poderia cobrar IRPJ diretamente sobre o lucro da empresa residente no exterior, transformando-a em contribuinte do imposto e exigindo da mesma o cumprimento de todas as obrigações acessórias aplicáveis aos contribuintes do imposto. Vejam-se suas palavras:

“Indo um pouco mais além, também não há vedação constitucional para que o Brasil exija imposto de renda sobre o lucro auferido por pessoa jurídica domiciliada no exterior, na condição de contribuinte, desde que seja controlada por pessoa domiciliada no Brasil. Nesse caso a lei possivelmente exigiria da contribuinte no exterior o cumprimento de todas as obrigações acessórias relativas ao imposto de renda exigidas dos contribuintes aqui domiciliados, tais como inscrição no CNPJ, apresentação de DIPJ, DCTF etc. Provavelmente a lei também elegeria como responsável tributário do contribuinte no exterior, sua controladora no Brasil.”
(Destaques presentes no original)

Esta manifestação vai em sentido oposto ao que se considera o ponto de partida para a legitimação da tributação de fatos econômicos ocorridos fora do país, que seria a existência de um elemento de conexão, subjetivo ou objetivo. A todas as luzes que o fato de ser controlada por empresa brasileira não é conexão suficiente para se pretender tributar a empresa não residente como contribuinte do IRPJ brasileiro.

3.11.8. ACÓRDÃO Nº 1103001.122

Este caso refere-se a auto de infração lavrado contra a Petrobras e teve por objeto a aplicação dos tratados com a Argentina e a Holanda. A decisão do CARF foi no sentido de que o artigo 7º da convenção celebrada com a Holanda impediria a aplicação do artigo 74 da MP 2.158. O tratado com a Argentina não foi aplicado ao argumento de

¹⁴⁶ Sobre o tema, ver o item 1.3.10 acima.

que a companhia situada em seu território ser uma coligada. Veja-se a ementa desta decisão:

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

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

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

É interessante notar que esta decisão contrariou expressamente a posição majoritária no CARF de que a tributação prevista no artigo 74 da MP 2.158 recai sobre dividendos fictos. Neste caso o CARF posicionou-se no sentido de que a tributação brasileira recai diretamente sobre o lucro da entidade não residente, interpretação que nos parece mais correta.

3.11.9. ACÓRDÃO Nº 1102001.247

Este processo envolveu a aplicação da convenção celebrada entre Brasil e Argentina. Seguindo a posição até então majoritária, entendeu o Conselho que o artigo 74 da MP 2.158 configura tributação de dividendos fictos. Partindo dessa qualificação, aplicou-se o artigo 23 da referida convenção, o qual isenta de tributação os dividendos pagos por um residente da Argentina para um residente no Brasil, como se infere da seguinte passagem da ementa do acórdão:

“LUCROS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MP 2158-35/2001. CONTROLADA NA ARGENTINA. TRATADO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.

Nos termos do art. 23 da Convenção Brasil-Argentina, são isentos de tributação no Brasil os dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, desde que, de acordo com as disposições da própria Convenção, sejam tributáveis na Argentina.”

3.11.10. ACÓRDÃO Nº 1302001.630

Este acórdão foi proferido em processo decorrente de auto de infração que também foi lavrado contra a Petrobras, igualmente cuidando do tratado celebrado entre Brasil e Holanda. Contudo, este caso não teve a mesma sorte do anterior, uma vez que aqui se decidiu que o artigo 7º do mencionado tratado não afastaria a tributação brasileira sobre lucros auferidos por controladas no exterior. Conforme registrado em sua ementa:

“[...] LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. CONVENÇÃO BRASIL-PAÍSES BAIXOS DESTINADA A EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTO SOBRE A RENDA. ART. 74 DA MP Nº 2.158-35/2001. NÃO OFENSA. Não ofende o §1º do art. 7º da Convenção Brasil-Países Baixos a redação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, não sendo caso de aplicação do art. 98 do CTN.”

3.11.11. A JURISPRUDÊNCIA DO CARF ENTRE 2016 E 2020

Na segunda edição deste livro, após apresentar essas decisões comentamos o seguinte:

“Após esta breve análise de alguns dos mais relevantes precedentes do CARF sobre o tema em tela, parece-nos haver uma tendência no órgão administrativo em direção à não aplicação do artigo 7º como regra de bloqueio das normas brasileiras de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Por outro lado, os mais recentes precedentes foram favoráveis à aplicação do artigo 23, quando este prevê a isenção de dividendos distribuídos – ao menos quando a empresa controlada no exterior efetivamente exerce sua atividade no país que celebrou o tratado com o Brasil. Será interessante acompanhar como se dará a aplicação do artigo 11 da Lei nº 13.202/2015, que, como vimos, determinou interpretação dos tratados celebrados pelo Brasil no sentido da inclusão da CSLL em seu escopo. Algumas decisões favoráveis excluía a contribuição do âmbito do tratado. Com a alteração na legislação, tais decisões devem ser revistas – administrativamente, caso ainda haja recurso pendente, ou pelo Poder Judiciário.

Como se sabe, o ano de 2015 foi particularmente turbulento para o CARF, em decorrência das investigações objeto da chamada ‘Operação Zelotes’, a qual impulsionou uma grande reformulação dos quadros do referido órgão administrativo.

Dessa maneira, os precedentes acima devem ser interpretados tendo-se em conta tal contexto, que pode levar a alterações na linha

interpretativa que vinha sendo adotada pelo CARF conforme sua nova composição começar a julgar a matéria.”¹⁴⁷

Revedo a jurisprudência do CARF sobre o tema entre 2016 e 2020, verificamos que a previsão em relação ao artigo 7º se confirmou. Por outro lado, a expectativa sobre o tratamento que seria dispensado a casos que envolvessem a regra de isenção de dividendos não se concretizou.

Em relação à aplicação do artigo 7º das convenções internacionais celebradas pelo Brasil, a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais havia pacificado interpretação alinhada com a posição adotada pela COSIT de que a materialidade do artigo 74 da MP 2.158 não se confunde com aquela do artigo 7º dos tratados – o primeiro estabeleceria a tributação do reflexo do lucro do exterior no Brasil, enquanto o segundo, a tributação do próprio lucro da controlada ou coligada no exterior.

Veja-se, neste sentido, as decisões formalizadas nos Acórdãos nº 9101-004.763, 9101-004.581 e 9101-004.583,¹⁴⁸ todos referentes a processos julgados entre janeiro e março de 2020, cujas ementas transcrevemos a seguir:

Acórdão nº 9101-004.763

“[...] IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2007, 2008 LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano (Lei nº 9.249/95, arts. 25 e 26, c/c MP 2.158-35/ 2001, art. 74). TRATADO INTERNACIONAL BRASIL-ÁUSTRIA. Não há incompatibilidade entre os tratados internacionais para evitar dupla tributação e a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/ 2001. No caso concreto, o Tratado firmado entre Brasil e Áustria não impede a tributação na controladora no Brasil dos

147 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 111-112.

148 No mesmo sentido vejam-se, por exemplo, as decisões nos Acórdãos da CSRF nº 9101-003.888, nº 9101-003.664, nº 9101-003.650, nº 9101-003.924.

lucros auferidos no exterior, especialmente quando essa tributação recai sobre lucros gerados em locais onde não há tributação da renda/lucro, locais que não estão abarcados pelo Tratado Brasil-Áustria. O fato de a contribuinte ter consolidado os lucros das controladas indiretas na controlada direta (localizada na Áustria), por si só, não neutraliza a tributação brasileira, principalmente quando não há pagamento de tributo no exterior, o que configuraria um evidente uso indevido (abusivo) do tratado para evitar dupla tributação. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) Ano-calendário: 2007, 2008 LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação da base de cálculo da CSLL, correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano (Lei nº 9.249/95, arts. 25 e 26, c/c MP 2.158-35/ 2001, art. 74). TRATADO INTERNACIONAL BRASIL-ÁUSTRIA. Não há incompatibilidade entre os tratados internacionais para evitar dupla tributação e a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/ 2001. No caso concreto, o Tratado firmado entre Brasil e Áustria não impede a tributação na controladora no Brasil dos lucros auferidos no exterior, especialmente quando essa tributação recai sobre lucros gerados em locais onde não há tributação da renda/lucro, locais que não estão abarcados pelo Tratado Brasil-Áustria. O fato de a contribuinte ter consolidado os lucros das controladas indiretas na controlada direta (localizada na Áustria), por si só, não neutraliza a tributação brasileira, principalmente quando não há pagamento de tributo no exterior, o que configuraria um evidente uso indevido (abusivo) do tratado para evitar dupla tributação.”

Acórdão nº 9101-004.581

“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2007 LUCRO NO EXTERIOR. TRATADO BRASIL-HOLANDA. ART. 74 DA MP Nº 2.158 35/2001. COMPATIBILIDADE. O art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/ 2001 é compatível com os artigos 7 e

10 do Tratado Brasil-Holanda. LUCRO NO EXTERIOR. CAPITALIZAÇÃO. São tributáveis os lucros auferidos no exterior, mesmo que tenham sido capitalizados, pois a destinação para aumento do capital tem por pressuposto a disponibilidade dos lucros.”

Acórdão nº 9101-004.583

“IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2007, 2008 ART. 74 DA MP Nº 2.158-35, DE 2001. TRATADO BRASIL-CHILE PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO DE RENDA. MATERIALIDADES DISTINTAS. Não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Chile para evitar bitributação de renda. Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário. OPERACIONALIZAÇÃO DA NEUTRALIDADE DO SISTEMA E SUPERAÇÃO DO DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO. A neutralidade do sistema de tributação quando investidor e investida estão localizadas no Brasil opera-se mediante a exclusão do resultado positivo da investida apurado via Método de Equivalência Patrimonial no lucro real da investidora, porque os lucros da investida já foram tributados no Brasil pela mesma alíquota que seriam se o fossem pela investidora. Estando investidor no Brasil e investida no exterior, se a alíquota no exterior é menor do que a brasileira, quebra-se a neutralidade do sistema, e viabiliza-se diferimento por tempo indeterminado da tributação, caso a investidora, que detém poder de decisão sobre a investida, decida não distribuir os lucros. Por isso, o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, ao determinar que os lucros sejam auferidos pelo investidor brasileiro, na medida de sua participação, ao final de cada ano-calendário, dispondo sobre aspecto temporal, evitou o diferimento, e, ao mesmo tempo, o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, autorizou a compensação dos impostos pagos no exterior, viabilizando a neutralidade do sistema.”

Esta linha, no sentido de que a materialidade das regras brasileiras não se confunde com aquela das convenções tributárias resultou no afastamento, pela Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, da aplicação das regras de isenção de dividendos como bloqueadoras do artigo 74 da MP 2.158.

Com efeito, em casos que envolvem a interpretação/aplicação da convenção entre Brasil e Espanha, a posição da Câmara Superior foi na mesma linha de que “não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Espanha para evitar bitributação de renda. Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano calendário. São diferentes os lucros dos residentes na Espanha e os lucros auferidos pelos investidores no Brasil” (Acórdão nº 9101002.589).

3.12. A NOVA POSIÇÃO DA CSRF NO ACÓRDÃO Nº 9101-005.809

Embora as posições apresentadas na seção anterior tenham se tornado recorrentes, em 2020 ocorreu um evento relevante, que tinha tudo para impactar a jurisprudência administrativa: a edição da Lei nº 13.988/2020, que alterou a forma de decisão no âmbito do CARF.

Com efeito, sabe-se que agora, com a nova redação do artigo 19-E da Lei nº 10.522/2010, “em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte”.¹⁴⁹

Todas as decisões proferidas pela Câmara Superior de Recursos Fiscais em relação a esta matéria o foram pelo voto de qualidade. Portanto, era esperada uma modificação da orientação do Conselho sobre este tema

149 A constitucionalidade deste dispositivo foi confirmada pelo STF no julgamento das ADIs nº 6.399, nº 6.403 e nº 6.415.

e ela de fato veio com o Acórdão nº 9101-005.809, resultante de julgamento ocorrido em sessão realizada em 6 de outubro de 2021. Veja-se a ementa desta decisão:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2004, 2005

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE SOCIEDADE CONTROLADA FORA DE PARAÍSO FISCAL OU PAÍS COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. ADIÇÃO DOS RESULTADOS POSITIVOS NA APURAÇÃO DA INVESTIDORA BRASILEIRA. JULGAMENTO STF. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO EFICAZ.

No julgamento da ADI nº 2.588/DF pelo E. Supremo Tribunal Federal, que tratou da inconstitucionalidade na aplicação do art. 74 da MP nº 2.158/01 aos lucros auferidos por empresa controlada no exterior, situada fora de paraísos fiscais ou de países com tributação favorecida, não houve a deliberação e concordância necessárias sobre essa hipótese específica, dentro da matéria apreciada, para promover o controle de constitucionalidade concentrado pretendido pela Ação proposta, capaz de produzir efeitos *erga omnes*.

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE SOCIEDADE CONTROLADA LOCALIZADA NA ARGENTINA. EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DESTINADA A EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. ONERAÇÃO DOS LUCROS PRÓPRIOS DA ENTIDADE ESTRANGEIRA. APLICAÇÃO DO ART. 7º. BLOQUEIO DAS NORMAS DOMÉSTICAS.

O art. 74 da MP nº 2.158/01 tem efeito de verdadeira norma CFC (*Controlled Foreign Corporation rule*) por considerar totalmente transparentes as empresas controladas e coligadas no exterior, mas não possui a justificativa e a finalidade típicas, antiabusivas, o que permitiria a sua aplicação em harmonia com as disposições das

normas internacionais, firmadas entre os Estados com o intuito de se evitar a dupla tributação.

A hipótese de tributação delineada pelo art. 25 da Lei nº 9.249/95, em comunhão com a disposição do posterior art. 74 da MP nº 2.158/01, na medida que alcança os lucros auferidos pela entidade domiciliada no exterior, atrai e confirma a incidência do art. 7º da Convenção firmada entre Brasil e Argentina, sendo uma norma de bloqueio que impede a incidência regular da legislação doméstica que promove tal oneração fiscal, prevalecendo, assim, o disposto no pacto internacional, como o previsto no comando do art. 98 do Código Tributário Nacional, reiteradamente confirmado pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL)

Ano-calendário: 2004, 2005

TRATADO BRASIL-ARGENTINA PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. APLICAÇÃO À CSLL. DISPOSIÇÃO NORMATIVA EXPRESSA. SÚMULA CARF Nº 140.

A norma interpretativa contida no art. 11 da Lei nº 13.202/15 (modalidade que guarda eficácia retroativa) expressamente estende à referida Contribuição Social as disposições dos Acordos e Convenções internacionais para se evitar a dupla tributação.

Súmula CARF nº 140: Aplica-se retroativamente o disposto no art. 11 da Lei nº 13.202, de 2015, no sentido de que os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL.”

Prevaleceu, neste caso, o entendimento no sentido de que a regra brasileira tributa os **lucros** da empresa estrangeira, o que seria vedado pelo artigo 7º dos tratados brasileiros. Veja-se, a esse respeito, a seguinte passagem do voto do Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, relator designado do referido acórdão:

“Absorvendo tais lições, temos que a sistemática de tributação *completada* pelo art. 74 da MP nº 2158-35/01, o qual trata de maneira indiscriminada o alcance dos resultados positivos de qualquer empresa coligada ou controlada localizada no exterior, determinando sua adição direta à base tributável dos tributos sobre a renda das empresas nacionais, acabou por, materialmente, eleger o *lucro*, propriamente dito, dessas empresas estrangeiras, como objeto de tributação nacional, independentemente de nomenclaturas empregadas pela *Lei*, normativos ou pelos métodos de quantificação de resultado, aplicáveis domesticamente.

No entender desse Conselheiro, que se alinha às citações acima colacionadas, é evidente e inquestionável estarmos diante da tributação do *lucro* auferido por empresas domiciliadas no exterior.”

Como acontecia nos casos anteriores, o resultado deste julgamento foi um empate. Prevaleceu a posição pelo bloqueio do artigo 74 da MP 2.158 pela Convenção entre Brasil e Argentina em decorrência da aplicação do artigo 19-E da Lei nº 10.522/2002.

3.13. A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.709

No dia 20 de maio de 2014 foi publicada no Diário da Justiça a decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.325.709. Naquele caso, discutia-se a compatibilidade da tributação estabelecida no artigo 74 da MP 2.158 com o artigo 7º dos tratados celebrados pelo Brasil com Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo.¹⁵⁰

A decisão, que teve como relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, foi tomada por maioria. Votaram com o relator os Ministros Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima, ficando vencido o Ministro

¹⁵⁰ Sobre o tema, ver: DUQUE ESTRADA, Roberto. A Importância da Doutrina de Alberto Xavier em Matéria de Tributação Internacional na Recente Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 794-801.

Sergio Kukina. Declarou-se impedido o Ministro Benedito Gonçalves. Transcrevemos a seguir a ementa da decisão:

“RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO NA ORIGEM. APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTE. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS POR IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO DE JUIZ FEDERAL. NÃO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IRPJ E CSLL. LUCROS OBTIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS NACIONAIS SEDIADAS EM PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO REGULADA. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS SOBRE BITRIBUTAÇÃO ASSINADOS PELO BRASIL COM A BÉLGICA (DECRETO 72.542/73), A DINAMARCA (DECRETO 75.106/74) E O PRINCIPADO DE LUXEMBURGO (DECRETO 85.051/80). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA NAS BERMUDAS. ART. 74, *CAPUT* DA MP 2.157-35/2001. DISPONIBILIZAÇÃO DOS LUCROS PARA A EMPRESA CONTROLADORA NA DATA DO BALANÇO NO QUAL TIVEREM SIDO APURADOS, EXCLUÍDO O RESULTADO DA CONTRAPARTIDA DO AJUSTE DO VALOR DO INVESTIMENTO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONCEDER A SEGURANÇA, EM PARTE.

1. Afasta-se a alegação de nulidade dos acórdãos regionais ora recorridos, por suposta irregularidade na convocação de Juiz Federal que funcionou naqueles julgamentos, ou na composição da Turma Julgadora; incorrência de ofensa ao Juiz Natural, além de ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Precedentes desta Corte.

2. Salvo em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, o Recurso de Apelação contra sentença denegatória de Mandado

de Segurança possui apenas o efeito devolutivo. Precedente: AgRg no AREsp. 113.207/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 03/08/2012.

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

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

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

6. O art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos Países ocidentais, inclusive pelo Brasil, conforme Tratados Internacionais Tributários celebrados com a Bélgica (Decreto 72.542/73), a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.051/80), disciplina que os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado (dependência,

sucursal ou filial); ademais, impõe a Convenção de Viena que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), em reverência ao princípio basilar da boa-fé.

7. 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.

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

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

10. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, concedendo em parte a ordem de segurança postulada, para afirmar que os lucros auferidos nos Países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributados apenas nos seus territórios, em respeito ao art. 98 do

CTN e aos Tratados Internacionais em causa; os lucros apurados por Brasamerican Limited, domiciliada nas Bermudas, estão sujeitos ao art. 74, *caput* da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial.”

Analisaremos a seguir cada um dos votos proferidos neste Recurso Especial.

3.13.1. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

O ponto de partida do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (aposentado) foi o afastamento de argumentos consequencialistas que buscavam sobrepujar a discussão técnica sobre a aplicação de tratados a este caso, em função do significativo impacto que a decisão proferida teria sobre os cofres públicos.¹⁵¹ Foi preciso o relator ao afirmar que:

“1. Antes de proferir o meu voto, quero ressaltar que a interpretação das normas de Direito Tributário não se orienta e nem se condiciona pela expressão econômica (valor), por mais expressivo que seja, atribuído à demanda; a especificidade hermenêutica do Direito Tributário não deriva das peculiaridades evidentes da matéria – tradicionalmente conflitiva – por ele regulada, mas também – e talvez mesmo sobretudo – pelas altas singularidades dos seus princípios; as lides tributárias sempre tiveram – e por certo continuarão a ter – a participação veemente e mesmo aguerrida, como se diz, de atores altamente empenhados na defesa de suas correspondentes posições.

2. O Direito Tributário, ramo nobre do Direito Público, tem a função precípua de domar o exercício das pretensões fiscais estatais, impondo-lhes, em favor dos contribuintes, certas objeções que produzem a sua distância dos patrimônios privados – ora regulando e disciplinando, ora limitando e controlando

¹⁵¹ Sobre o tema, ver: ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: O Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011; ROCHA, Sergio André. Modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e consequencialismo: instrumentos de desconstitucionalização do Direito Tributário. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais aos Contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 187-205.

o seu desempenho – por isso que as iniciativas da arrecadação são submetidas a rigorosos padrões de legitimidade, no esforço constante e perdurável de mantê-las naquela posição de distância.

3. Aliás, é exatamente por isso que se diz – e com inteira razão – que a interpretação da legislação tributária não se embarça na análise de detalhes miúdos ou nas refinadas e sofisticadas considerações operacionais, senão somente busca a luz dos seus lineamentos superiores, postos na Constituição e no grande arcabouço do sistema jurídico; a alegação da presença de interesse fiscal relevante é certamente uma alegação a considerar, mas não para ser tomada como base ou fundamento da decisão, pois o interesse privado, tutelado pela norma tributária, não lhe fica atrás em ordem de relevância: o Direito Tributário harmoniza, portanto, essas duas correntes antagônicas, elaborando as formas de sua convivência, nos moldes mais equilibrados que esse conflito permite.

4. Também por isso – e esta é uma lição que diz respeito à formação revolucionária do Poder Judiciário, isento das injunções executivas e parlamentares, na expressão consagrada pelo BARÃO DE MONTESQUIEU (1689-1755) – o órgão judicial que aprecia e resolve as grandes questões de Direito Tributário deve ser completamente externo e de todo estranho à estrutura administrativa da Fiscalização e da Arrecadação de Tributos, e nunca ou jamais uma extensão ou um instrumento daquelas pretensões fiscais, a respeito de cuja legitimidade é convocado a expressar um juízo dotado de definitividade.

5. O poder estatal de arrecadar tributos – esse é um dos mais notáveis corolários juspublicísticos – tem por fonte exclusiva o amplo complexo do sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os operacionais; assim, ainda que uma norma seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios

jurídicos gerais e constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais, dentre outras.

6. Sob essa perspectiva analítica – aliás a única compatível com a concepção constitucional do Estado Democrático – sequer se cogita de sacrificar aos altos interesses da arrecadação, ou aos diligentes esforços dos seus gestores para inibir a evasão fiscal, as garantias fundamentais dos contribuintes; nem mesmo a superação ou a obsolescência de certas normas tributárias poderá justificar a quebra de garantias subjetivas, como também a alegação de ser urgente a consecução de certos objetivos fiscais justificará aquela quebra.”

O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho tratou detidamente da questão relacionada ao artigo 98 do CTN e à eficácia dos tratados internacionais; isso, para concluir que “o art. 98 do CTN traz a disposição que põe a eficácia dos Tratados Internacionais a salvo das alterações normativas internas, implementadas pela legislação comum ou ordinária”.

Em uma das raras passagens em que efetivamente analisa a aplicabilidade do artigo 7º dos tratados brasileiros no contexto da aplicação do artigo 74 da MP 2.158, o relator, partindo da regra prevista no inciso II do § 2º do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, sustentou que “na contramão desse dispositivo, o art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos Países, inclusive pelo Brasil, por sua vez, afirma que os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado”. Mais adiante afirma “que a sistemática adotada pela Fazenda Pública, de adicionar o lucro obtido pela empresa controlada no Exterior para cômputo do lucro real da empresa controladora importa na tributação daquele mesmo lucro, em contraste com o disposto nas referidas Convenções Internacionais”.

Além de considerar que a tributação prevista no artigo 74 da MP 2.158 contraria os tratados internacionais celebrados pelo Brasil, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho também sustentou que, em todo caso, mesmo quando legítima a aplicação desta regra, a mesma não poderia alcançar o ajuste de equivalência patrimonial, argumentando que

“quanto à base de cálculo, como sustentado pela recorrente, o art. 7º, § 1º. da IN/SRF 213/02 extrapolou os limites impostos pela própria Lei Federal (art. 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP 2.158-35/01) a qual objetivou regular”. O relator foi enfático ao afirmar que “o regime fiscal vigente é o do art. 23 do DL 1.598/77, que em nada foi alterado quanto à não inclusão, na determinação do lucro real, dos *métodos de resultados de avaliação dos investimentos no Exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é, das contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas*”.¹⁵²

Essas considerações fundamentaram sua decisão de que “os lucros auferidos nos Países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributados apenas nos seus territórios, em respeito ao art. 98 do CTN e aos Tratados Internacionais em causa; os lucros apurados por *Brasamerican Limited*, domiciliada nas Bermudas, submetem-se ao art. 74, *caput* da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial”.

O Ministro Arnaldo Esteves Lima (aposentado) acompanhou o voto do Ministro relator sem apresentar considerações relevantes a respeito da aplicação do artigo 7º dos tratados no contexto do artigo 74 da MP 2.158.

3.13.2. MINISTRO ARI PARGENDLER

O Ministro Ari Pargendler (aposentado) circunscreveu a matéria a respeito das convenções tributárias celebradas pelo Brasil ao destacar que “a existência desses tratados internacionais remetem à questão de saber se eles inibem a legislação brasileira de criar para a empresa con-

152 O STJ tem sustentado de forma consistente que o artigo 7º da Instrução Normativa nº 213/02, ao estabelecer a tributação da variação positiva de equivalência patrimonial, seria ilegal. Nesse sentido, ver, por exemplo: REsp 1.325.709 (Primeira Turma – Publicação no Diário da Justiça em 20 de maio de 2014) e AgRg no REsp 1.307.054 (Segunda Turma – Publicação no Diário da Justiça em 04 de junho de 2013). A mesma posição foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.270.361 (Primeira Turma – Publicação no Diário da Justiça em 29 de abril de 2021).

troladora aqui estabelecida hipótese de tributação sobre lucros apurados por controlada com sede no exterior, sob pena de bitributação”.

Ao examinar especificamente a questão da aplicabilidade do artigo 7º das convenções tributárias brasileiras, o Ministro Pargendler foi mais detalhado ao comentar que:

“O imposto de renda tributa riqueza.

Do ponto de vista econômico, a norma jurídica, que dispõe que os lucros auferidos por empresas controladas com sede no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das controladoras aqui estabelecidas (L. 9.249/95, art. 25), tributa riqueza já submetida a imposto de renda, ou a imposto da mesma espécie, em outro país.

Sob o viés jurídico, essa dupla tributação está vedada pelo art. 7º, item 1, do Modelo OCDE, a cujo teor *‘os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só serão tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado’*.

Trata-se do *‘princípio da residência’*, a teor do qual o país do domicílio da empresa, e só ele, tem competência para tributar os lucros desta.

Esmiuçando a norma, tem-se:

– *a regra geral*, que proíbe a tributação em mais de um Estado Contratante, com os seguintes elementos:

(i) os lucros de uma empresa; (ii) o respectivo domicílio em um dos Estados Contratantes; e (iii) a competência tributária *exclusiva* do Estado Contratante em que a empresa tem domicílio.

– *a regra de exceção*, que admite a tributação em mais de um Estado Contratante, com estes componentes:

(i) os lucros de uma empresa, (ii) o respectivo domicílio em dos Estados Contratantes, e (iii) a existência de um estabelecimento permanente no outro Estado Contratante.”

O Ministro Ari Pargendler, então, enfrentou diretamente uma das objeções feitas pela Fazenda à aplicação do artigo 7º dos tratados, con-

sistente na alegação de que os próprios comentários da OCDE afastariam sua aplicação a este caso. Segundo Pargendler:

“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.

A celebração de tratados internacionais para evitar a dupla tributação tem como pressuposto Estados Contratantes com regimes fiscais assemelhados, a se concluir que – salvo disparatada decisão das nossas autoridades (*diplomáticas e fazendárias*) – Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo implementam esse requisito.”

Mais adiante, o Ministro apresentou comentários mais específicos a respeito do tratado da Dinamarca, ressaltando que, neste caso, há regra específica no artigo 23 que veda a aplicação de normas de tributação automática de lucros não distribuídos.¹⁵³

Em seu voto, o Ministro Ari Pargendler também afastou a tributação do ajuste de equivalência patrimonial, para deixar claro 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”.

3.13.3. MINISTRO SÉRGIO KUKINA

O voto do Ministro Sérgio Kukina foi o único que não reconheceu a aplicação do artigo 7º dos tratados ao caso em tela. Em suas breves considerações, aduziu que “da conjugada exegese dos dispositivos acima transcritos, não vejo a ocorrência de contrariedade à sobredita cláusula internacional e, conseqüentemente, qualquer resquício de indevida bitributação. Ao invés dessa tese, compreendo ser legítima a exação reclamada pela Fazenda Nacional, consoante o método de equivalência patrimonial, porquanto possível se faz ao Estado brasileiro tributar o lu-

¹⁵³ O tratado com a Dinamarca não tem mais este dispositivo (Cf. Decreto nº 9.851/2019).

cro de empresa sediada no Brasil, mesmo quando oriundo de suas controladas ou coligadas estabelecidas no exterior”.

Percebe-se, então, que o Ministro Kukina subscreveu a tese fazendária de que, no caso do artigo 74 da MP 2.158, não se estaria tributando o lucro da controlada ou coligada no exterior, mas sim seu reflexo na empresa brasileira.

3.13.4. STATUS ATUAL DA MATÉRIA

O tema do relacionamento entre o artigo 74 da MP 2.158 e os tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil segue em aberto, embora tenha perdido relevância em razão da revogação desse dispositivo pela Lei 12.973. Embora o julgamento do Recurso Especial nº 1.325.709 pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça tenha sido um passo importante para o reconhecimento da prevalência do artigo 7º dos tratados internacionais sobre o mencionado artigo 74, há que se aguardar para verificarmos como a matéria se consolidará no STJ e, principalmente, qual será a abordagem da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

Uma patologia que encontramos nas decisões dos Tribunais Superiores sobre a aplicação das convenções tributárias internacionais é uma espécie de redução de todos os problemas dessa área à supremacia dos tratados internacionais sobre a lei interna e à constitucionalidade do artigo 98 do Código Tributário Nacional.¹⁵⁴

Embora este tema, ao qual já nos dedicamos mais de uma vez,¹⁵⁵ seja bastante controvertido academicamente, na prática, tendo em vista a aceitação quase unânime de que os tratados internacionais tributários são regras especiais de tributação,¹⁵⁶ a importância do nível hierárquico des-

154 Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André. O Julgamento do “Caso Volvo” pelo STF e o Artigo 98 do CTN. In: BRIGAGÃO, Gustavo; MATA, Juselder Cordeiro da (Orgs.). *Temas de Direito Tributário em Homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto*. Belo de Horizonte: Arraes, 2020. v. II. p. 777-795.

155 Ver, por exemplo: ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 54-71; ROCHA, Sergio André. *Treaty Override no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

156 Para uma análise da vasta doutrina sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André, *Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda*, 2013, p. 71-74. O “quase” fica por conta da posição de Luís Eduardo Schoueri, que defende uma

ses tratados passa a um segundo plano. Com efeito, mesmo com base nos critérios de solução de antinomias acolhidos no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004,¹⁵⁷ os tratados internacionais tributários prevaleceriam sobre as leis domésticas posteriores de acordo com a especialidade.

Embora não sejam muitos os casos nos tribunais superiores que envolvem a aplicação das convenções internacionais tributárias, o que se percebe é que quase sempre o artigo 98 do Código Tributário Nacional e a questão da supremacia dos tratados sobre o direito interno acabam assumindo um protagonismo que não é merecido.

Foi assim no “Caso Volvo”, cujo objeto era a aplicação do artigo 24 do tratado entre Brasil e Suécia (não discriminação). A análise da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 426.945 mostra que as discussões sobre a interpretação do artigo 24 do tratado viraram coadjuvantes diante da importância assumida pela discussão da posição hierárquica do tratado. O caso foi julgado pelo STF, objeto do Recurso Extraordinário nº 460.320. Em erudito voto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes tratou longamente do relacionamento entre o direito interno e o direito internacional, porém, a análise do escopo e da aplicação da cláusula de não discriminação (artigo 24 do tratado) mereceu limitada atenção. Ao final, diante do empate na votação do caso, acabou prevalecendo a decisão que havia sido proferida pelo STJ.¹⁵⁸

abordagem jurisdicional que afasta a discussão sobre especialidade (ver SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 415-419; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 109-127).

157 Sobre o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, ver: ROCHA, Sergio André, *Treaty Override no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 25-36.

158 Veja-se a ementa desta decisão: “Recursos extraordinários. Direito Tributário. Convenção entre o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (Decreto nº 77.053/76). Imposto de renda retido na fonte. Isenção. Dividendos distribuídos por empresas nacionais sediadas no Brasil a sociedade da Suécia residente naquele país. Empate no julgamento do apelo extremo interposto pela União. Proclamação de solução contrária à pretendida pela recorrente (art. 146 do RISTF). 1. Trata-se de controvérsia, tendo presente a Convenção entre o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (Decreto nº 77.053/76), acerca da isenção, garantida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), do imposto de renda retido na fonte incidente sobre dividendos distribuídos por empresas nacionais sediadas no Brasil a sociedade

Situação parecida ocorreu no julgamento, pelo STJ, do “Caso COPESUL”.¹⁵⁹ Trata-se, aqui, da decisão proferida pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n. 1.161.467, a qual foi publicada no Diário da Justiça da União no dia 01 de junho de 2012.¹⁶⁰ O objeto da controvérsia é a aplicação das convenções sobre a tributação da renda e do capital, em especial seu artigo 7 (1), nos casos de prestação de serviços técnico sem transferência de tecnologia por não residente no Brasil. Não cabe aqui uma revisão do

da Suécia residente naquele país, todas citadas nos autos. Verificação de empate no julgamento do recurso extraordinário da União interposto contra acórdão do STJ. 2. No que se refere à condição jurídica dos tratados internacionais em face de normas de direito interno, os principais entendimentos dos Ministros integrantes da corrente a favor do provimento de tal recurso podem ser sintetizados do seguinte modo: de um lado, defendeu-se que (i) tratados internacionais são espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, as quais não se confundem com normas federais, tais como decretos-legislativos, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares e (ii) a Carta Federal não respalda o paradigma dualista; de outro lado, alegou-se existir paridade normativa entre atos internacionais e leis infraconstitucionais de direito interno, resolvendo-se as antinomias entre essas normas pelo critério cronológico ou da especialidade e ressaltando-se os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos. Argumentou-se, também, que o art. 98 do CTN, de modo legítimo, atribui precedência aos tratados ou convenções internacionais em matéria tributária e estabelece, em virtude do critério da especialidade, a suspensão provisória da eficácia e da aplicabilidade do ordenamento positivo interno. O entendimento sobre a alegada afronta ao princípio da isonomia é de que o acórdão recorrido confundiu o critério de conexão nacionalidade com o de residência, estendendo a todos os súditos suecos residentes no exterior benefícios fiscais apenas concedidos aos residentes no Brasil. 3. A argumentação da corrente contra o provimento do apelo extremo da União pode ser resumida da seguinte maneira: para se ultrapassar o entendimento da Corte Superior, a qual consignou ter aquela convenção vedado a dupla tributação e a distinção entre nacionais e residentes, seria necessário o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional pertinente, o que não é permitido em sede de recurso extraordinário. 4. Os Ministros julgaram prejudicado, por unanimidade, o recurso extraordinário interposto pela Volvo do Brasil Veículos LTDA e outros contra o acórdão do TRF-4. Foi negado provimento ao recurso extraordinário da União em razão do empate na votação, nos termos do art. 146 do RISTF.”

159 Ver: ROCHA, Sergio André. Caso Copesul: Tributação pelo IRRF da Prestação de Serviços sem Transferência de Tecnologia Prestados por Não Residentes. In: *Tributação Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 267-288.

160 Mais recentemente o tema voltou a ser decidido pelo STJ no Recurso Especial nº 1.272.897 (“Caso Iberdrola”, julgado em 2015), no Recurso Especial nº 1.618.897 (“Caso Alcatel- Lucent”, julgado em 2020), no Recurso Especial nº 1.759.081 (“Caso Engecorps”, julgado em 2020) e no Recurso Especial nº 1.743.319 (“Caso Sonae”, julgado em 2021).

objeto do processo, contudo, assim como no “Caso Volvo”, o deslinde da questão não passava pela superioridade hierárquica das convenções, mas sim, pela interpretação do seu artigo 7 (1).¹⁶¹

Aí vem a pergunta: a questão, nos Casos “Volvo”, “COPEL”, “Iberdrola”, “Alcatel-Lucent”, “Engelcorps” e “Sonae” era a supremacia da convenção tributária internacional sobre o direito doméstico? Não! Era a interpretação das convenções.

Pelas discussões no plenário do STF sobre o tema objeto de nossa análise neste livro, parece que o debate se encaminhava da mesma forma, no sentido de se sustentar que os tratados devem ser respeitados, como destacou o Ministro Dias Toffoli no seu já mencionado voto no Recurso Extraordinário nº 541.090.

Ora, no caso em tela, afirmar que os tratados devem ser respeitados **nada acrescenta ao deslinde da controvérsia**. Uma decisão plenária unânime afirmando que os tratados internacionais tributários têm nível hierárquico acima das leis ordinárias domésticas também pouco acrescentaria. Até mesmo um posicionamento do STF que acolhesse a posição doutrinária, com a qual não concordamos,¹⁶² de que os tratados internacionais tributários são tratados sobre direitos humanos com status constitucional em nada adiantaria. A solução da controvérsia apresentada neste capítulo, assim como a de qualquer caso que envolva a aplicação das convenções internacionais, passa pela interpretação dos dispositivos do tratado, e não pelo reconhecimento de sua superioridade hierárquica ou especialidade em relação ao direito interno.

Com efeito, quando a União Federal sustenta que os tratados internacionais celebrados pelo Brasil não afastam a aplicabilidade do artigo 74 da MP 2.158, não está sustentando que a legislação doméstica

161 Sobre o tema, ver: UCKMAR, Víctor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 349-354; ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2013 p. 247-256. Para uma análise detalhada do tema, ver: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 563-571.

162 Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 55-62.

prevalece sobre o tratado. Não! Está, isto sim, sustentando que a interpretação dada pelo contribuinte às regras convencionais está equivocada. Portanto, não se trata de discussão a respeito de que regra vale mais ou é mais especial, a doméstica ou a internacional, mas sim do que a regra internacional diz. A esse respeito vale lembrar trecho já transcrito da SC 18/13, em que a própria Receita Federal reconheceu que “as disposições dos acordos para evitar a dupla tributação sobre a renda devem ser aplicadas em detrimento daquelas fixadas pela legislação interna brasileira, mesmo nos casos em que as convenções sejam anteriores à Lei nº 9.249, de 1995, pois a prevalência dos tratados ocorre pelo critério da especialidade e não pelo critério de antiguidade da norma jurídica. Desse modo, os acordos podem ser modificados, denunciados ou revogados somente por mecanismos próprios do Direito dos Tratados”.

Feitos esses comentários, fica claro que **a competência para eventual análise da matéria seria do Superior Tribunal de Justiça, conforme previsto na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal**, segundo o qual cabe ao STJ “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”.

De fato, o argumento que poderia fundamentar decisão do STF sobre a matéria seria o bom e velho artigo 98 do Código Tributário Nacional e a relação entre o direito interno e o direito internacional. Contudo, acreditamos ter esclarecido acima que, no caso em questão, este aspecto não é relevante para o deslinde da controvérsia. Portanto, não vemos como a aplicação das convenções sobre a tributação da renda e do capital e sua relação com o artigo 74 da MP 2.158 possam ser analisadas pelo STF isoladamente, uma vez que a competência constitucional para sua análise seria do STJ. Assim sendo, pacificada a questão no âmbito do STJ, deveria estar resolvida definitivamente a controvérsia.

Nada obstante, e a despeito das considerações acima, sabe-se que a Fazenda Nacional apresentou Recurso Extraordinário contra a decisão

proferida pelo STJ no Recurso Especial nº 1.325.709. Tal recurso foi distribuído sob o número 870.214.

Em decisão monocrática, publicada no Diário da Justiça de 26 de março de 2021, o Ministro Marco Aurélio negou seguimento ao Recurso Extraordinário da Fazenda Nacional. Esta decisão, a nosso ver acertada, baseou-se no caráter infraconstitucional da matéria em questão. Como destacou o citado Ministro, “o acórdão revela interpretação de normas legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. A pretexto de ter ocorrido violência à Carta da República, pretende-se submeter à apreciação do Tribunal questão não enquadrada no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal”.

A Fazenda Nacional recorreu desta decisão, estando o seu agravo pendente de julgamento, estando sob a relatoria do Ministro André Mendonça, sucessor de Marco Aurélio no STF.

Além deste caso, temos, ainda o Recurso Extraordinário nº 1.330.204, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que também se encontra pendente de julgamento sem que tenha sido proferida qualquer decisão até o momento.

Capítulo II

TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS DE CONTROLADAS NO EXTERIOR NA LEI 12.973

1. A Nova Sistemática de Tributação em Bases Universais Estabelecida pela Lei nº 12.973/14. 2. Contabilização dos Investimentos em Controladas no Exterior. 2.1. Disciplina da Contabilização da Distribuição de Lucros na IN 1.520. 3. Tributação dos Lucros Auferidos por Controladas no Exterior. 3.1. Tributação do Lucro da Controlada Indireta. 3.2. Inconstitucionalidade do Artigo 77 da Lei 12.973. 3.3. O Artigo 77 da Lei 12.973 e os Tratados Internacionais Tributários. 3.3.1. Aplicação do Artigo 7 (i) das Convenções Brasileiras. 3.3.1.1. O Efeito da Aplicação do Artigo 7 (i) é Incompetência Brasileira para Tributar, não Mero Diferimento. 3.3.2. Aplicação das Regras de Isenção de Dividendos das Convenções Brasileiras. 3.3.3. Aplicação de Regras Convencionais que Proíbem a Tributação de Lucros não Distribuídos. 3.3.4. Aplicação de Regras Convencionais que Autorizam a Tributação de Lucros não Distribuídos. 3.3.5. Convenções Internacionais e Controladas Indiretas. 3.4. Tratamento da Variação Cambial Atrelada ao Investimento no Exterior. 3.4.1. O Tratamento da Variação Cambial na Lei nº 12.973/2014. 3.4.2. A Variação Cambial é Lucro da Controlada no Exterior? 3.4.3. O Julgamento do CARF no “Caso Achè”. 3.4.4. A Solução de Consulta COSIT nº 39/2021. 3.4.5. Variação Cambial e o Custo do Investimento pelo MEP. 3.4.6. Conclusão deste Item. 3.5. Prejuízos Acumulados antes da Lei 12.973. 3.5.1. Que Prejuízo Poderá ser Utilizado nos Casos de Controle Direto e Indireto? 3.5.2. É Possível a Utilização de Prejuízo de Controlada que Estava sob o Controle de Outra Empresa do Mesmo Grupo? 3.5.2.1. A Necessidade de Declaração dos Prejuízos em 2015. 3.5.3. É Possível a Utilização de Prejuízo de Controlada que não Estava sob o Controle ao menos Indireto da Mesma Empresa Brasileira? 3.5.4. É Possível a Utilização de Prejuízo de Controlada que não Estava sob o Controle, ao menos Indireto, de Empresa Brasileira? 3.5.5. Como Determinar o Montante de Prejuízo Utilizável no Caso de Alteração do Percentual de Participação na Controlada no Exterior? 3.5.6. O Prejuízo Acumulado pode ser Utilizado na Consolidação? 3.5.7. Prejuízo Acumulado e a Transição de Controlada para Coligada e Vice Versa. 3.5.8. Prejuízo Acumulado e Conversão da Moeda Estrangeira. 3.6. Isenção dos Lucros Relacionados a Algumas Atividades de Suporte da Indústria de Petróleo e Gás. 4. Da Equiparação à Controladora. 5. Regras de Consolidação. 5.1. Requisitos para a Consolidação. 5.1.1. Troca de Informações. 5.1.2. Países com Tributação Favorecida, Regimes Fiscais Privilegiados e Regime de Subtributação. 5.1.3. Renda Ativa Superior a 80%. 5.2. Obrigações Acessórias. 5.3. Resultado da Consolidação. 6. Tributação Quando não Houver Consolidação. 7. Hipóteses de Realização não Previstas na Lei 12.973 (Alienação da Controlada, etc.). 8. Tributação de Filiais e Sucursais.

1. A NOVA SISTEMÁTICA DE TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS ESTABELECIDADA PELA LEI Nº 12.973/14

Em novembro de 2013, foi publicada a MP 627, que, em maio de 2014 seria convertida na Lei 12.973. Essa foi uma das leis tributárias mais importantes do século XXI, já que, juntamente com o novo sistema de tributação em bases universais, cuidou também da extinção do Regime Tributário de Transição, adaptando a legislação do Imposto de Renda, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da Contribuição para o PIS e da COFINS aos *International Financial Reporting Standards (IFRS)*, introduzidos no Brasil a partir da Lei nº 11.638/07.¹⁶³

A substituição do artigo 74 da MP 2.158 por nova regra já era esperada. Falava-se que a Receita Federal aguardava o fim da discussão no STF para iniciar uma reforma na sistemática de tributação de lucros auferidos no exterior. O rumor confirmou-se quando, em outubro de 2013, foi publicada a Lei nº 12.865, que trouxe um programa especial de pagamento de débitos relacionados à aplicação do artigo 74 e, em novembro, quando foi publicada a MP 627.

A tramitação da MP 627 levantou sérias discussões a respeito da política fiscal internacional brasileira. As empresas argumentaram, com veemência, porém sem demonstrações empíricas, que a manutenção da tributação automática de lucros auferidos por controladas no exterior as tornava menos competitivas no cenário internacional. O Governo, infelizmente, não apresentou argumentos baseados em sua visão de uma política para a tributação internacional brasileira. Sustentou apenas que não podia prescindir da arrecadação. Ao final, manteve-se a tributação automática como regra geral, com alguns dispositivos paliativos de vigência temporária, como os que estabelecem a possibilidade de consolidação (artigo 78) e o crédito presumido da CSLL, e de postergação do pagamento (artigo 90).

163 Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A Volume IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2015 e ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A Volume V*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

No dia 08 de dezembro de 2014 foi publicada no Diário Oficial a Instrução Normativa nº 1.520 (“IN 1.520”), que regulamentou as disposições da Lei 12.973.

A sistemática trazida pela Lei 12.973 é significativamente mais complexa do que a instituída pela Lei 9.249, com o aspecto temporal posteriormente disciplinado pelo artigo 74 da MP 2.158. Para maior clareza de nossas considerações, neste capítulo trataremos apenas das regras aplicáveis aos resultados auferidos por controladas de empresas brasileiras no exterior.

2. CONTABILIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS EM CONTROLADAS NO EXTERIOR

As regras sobre Tributação em Bases Universais começam no artigo 76 da Lei 12.973. Esse dispositivo não cuida especificamente das implicações fiscais dos lucros auferidos ou prejuízos sofridos pela controlada no exterior, mas sim da sua contabilização pela controladora no Brasil.

O *caput* deste artigo estabelece que “a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, deverá registrar em subcontas da conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço, observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta”.

Em linhas gerais, esta regra determina que:

1. a pessoa jurídica controladora ou equiparada a controladora residente no Brasil;
2. registrará em subcontas da conta de investimento na controlada direta;
3. o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, diretas ou indiretas.

Causa alguma estranheza que, na mesma lei que pôs fim ao Regime Tributário de Transição, se disponha sobre diretrizes contábeis. Por mais que não influencie os critérios do padrão *IFRS*, a Lei 12.973 cria obrigações de contabilização.

O registro contábil do investimento em controlada no exterior foi detalhado na IN 1.520. Seus artigos 2º e 3º, que foram alterados pela Instrução Normativa nº 1.674, de 28 de novembro de 2016, estabelecem o seguinte:

“Art. 2º. A pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 15, deverá registrar em subcontas vinculadas à conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço, observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta.

§ 1º O valor a ser registrado em subcontas de que trata o *caput* deve ser a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros auferidos pela controlada, direta ou indireta, antes da tributação no exterior sobre o lucro. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1674, de 28 de novembro de 2016)

§ 2º Dos resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto.”

“Art. 3º. As subcontas de que trata o art. 2º serão analíticas e registrarão em último nível os lançamentos contábeis.

§ 1º Deverá ser criada uma subconta para cada controlada, direta ou indireta, da investidora no Brasil.

§ 2º As subcontas devem estar vinculadas à conta do ativo investimento em controlada direta no exterior.

§ 3º As contrapartidas dos valores registrados nas subcontas de que tratam o *caput* do art. 2º e os §§ 1º e 2º deste artigo serão

registradas em uma subconta auxiliar. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1674, de 28 de novembro de 2016)

§ 4º O valor do resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros apurados pela controlada, direta ou indireta, será registrado a débito na subconta mencionada no caput do art. 2º e nos §§ 1º e 2º deste artigo, em contrapartida à subconta auxiliar, de que trata o § 3º. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1674, de 28 de novembro de 2016) (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1674, de 28 de novembro de 2016)

§ 5º O valor do resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos prejuízos apurados pela controlada, direta ou indireta, será registrado a crédito na subconta mencionada no caput do art. 2º e nos §§ 1º e 2º deste artigo, em contrapartida à subconta auxiliar, de que trata o § 3º. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1674, de 28 de novembro de 2016)

§ 6º Os valores registrados conforme os §§ 4º e 5º serão revertidos no ano-calendário seguinte. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1674, de 28 de novembro de 2016)

§ 7º O Anexo Único apresenta exemplo de registro em subcontas. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1674, de 28 de novembro de 2016)”

O *caput* deste artigo 2º reproduz o *caput* do artigo 76 da Lei 12.973, conforme abaixo:

Lei 12.973	IN 1.520
<p>“Art. 76. A pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, deverá registrar em subcontas da conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço, observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta.” (Destques nossos)</p>	<p>“Art. 2º. A pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 15, deverá registrar em subcontas vinculadas à conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço, observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta.” (Destques nossos)</p>

Podemos ressaltar alguns aspectos relevantes desses dispositivos:

- Eles se aplicam tanto às controladoras propriamente ditas quanto às coligadas equiparadas a controladoras.
- Os resultados – lucros ou prejuízos – da controlada direta e de suas controladas, diretas ou indiretas, serão contabilizados nas subcontas de forma individualizada.
- Mesmo os resultados auferidos no Brasil devem ser contabilizados nas subcontas, embora, como veremos adiante, os mesmos não devam ser adicionados à base de cálculo do IRPJ e da CSLL.
- O marco temporal para que os resultados sejam adicionados à apuração do IRPJ e da CSLL é a sua apuração no balanço da controlada no exterior. Esse aspecto é relevante. Isso significa que, se o encerramento do período no exterior for em 31 de julho, será este o resultado que deverá ser adicionado no Brasil. Os lucros e prejuízos parciais apurados entre 1 de agosto e 31 de dezembro comporão a base de cálculo dos tributos brasileiros no ano seguinte.

O § 1º do artigo 2º da IN 1.520 deixa claro que os lucros das controladas, diretas ou indiretas, que deverão ser contabilizados em subconta são os lucros **anteriores ao Imposto de Renda** incidente no país da controlada. Este dispositivo está alinhado com o *caput* do artigo 77 da Lei 12.973.

Segundo o § 1º do artigo 76 da Lei 12.973, “dos resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto”.¹⁶⁴

Assim, ao se contabilizar o resultado de uma controlada direta, por exemplo, será necessário expurgar do mesmo os resultados de suas controladas diretas e indiretas, que são controladas indiretas da empresa brasileira, resultados estes que serão reconhecidos de forma individualizada.

164 Artigo 2º, § 2º, da IN 1.520.

É interessante notar que esta regra parece assumir que o resultado da(s) controlada(s) indireta(s) da empresa brasileira repercute no resultado de sua controlada direta, o que não é necessariamente verdade, uma vez que nada garante que a controlada direta, e suas controladas, diretas ou indiretas, avaliarão seus investimentos por equivalência patrimonial. De toda maneira, a Lei 12.973 determinou a exclusão dos resultados das controladas indiretas em todos os casos.

Em sua redação original, o artigo 3º da IN 1.520 trazia uma sistemática de contabilização dos resultados das controladas diretas e indiretas de empresa brasileiras que era, no mínimo, atípica. Esta regra, que comentamos na edição anterior deste livro, estabelecia que a contrapartida da contabilização da subconta deveria ser a própria conta de investimento na controlada direta.¹⁶⁵

A Instrução Normativa nº 1.674/2016 alterou esse modelo. Segundo a redação atual do artigo 3º, § 3º, da IN 1.520, a contrapartida desse lançamento contábil será uma conta auxiliar, de modo que o registro em subconta deixará de ter qualquer reflexo sobre a conta de investimento.

Outro aspecto relevante é que esse dispositivo não estabelece a necessidade de exclusão **dos lucros** das controladas indiretas daqueles apurados pelas controladas diretas ou indiretas. Esse parágrafo fala em **resultados**. Dessa maneira, o prejuízo da controlada indireta também deve ser excluído do resultado da sua controladora, direta ou indireta.

O § 2º do artigo 76 trouxe regra sobre a conversão cambial dos lucros auferidos no exterior, estabelecendo que “a variação do valor do investimento equivalente ao lucro ou prejuízo auferido no exterior será convertida em reais, para efeito da apuração da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, com base na taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data do levantamento de balanço da controlada direta ou indireta”.¹⁶⁶

165 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 130-132.

166 Artigo 7º da IN 1.520.

Note-se, desde já, que tanto o *caput* do artigo 76 quanto seu § 2º referem-se à “variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos” pelas controladas diretas e indiretas. Analisaremos melhor os efeitos da nova redação legal, quando comparada ao artigo 74 da MP 2.158, ao comentar o artigo 77 da Lei 12.973 no item II.3 adiante.

2.1. DISCIPLINA DA CONTABILIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS NA IN 1.520

A IN 1.520, **em sua redação original**, trouxe regra que não se encontra prevista na Lei 12.973, a qual disciplinou a contabilização da distribuição de lucros por controladas diretas e indiretas. De acordo com o **atualmente revogado** artigo 4º da IN 1.520:

“Art. 4º. No caso de **distribuição de lucros pela controlada direta**, o valor do lucro recebido deve ser baixado da subconta da controlada direta em contrapartida à conta caixa ou disponibilidades.

§ 1º. Na hipótese de o valor do **lucro distribuído pela controlada direta ser superior ao valor constante da subconta**, a diferença deve ser baixada da conta investimento em controlada direta em contrapartida à conta caixa ou disponibilidades.

§ 2º. No caso de **distribuição de lucros pela controlada indireta**, o valor proporcional ao lucro distribuído deve ser baixado da subconta da controlada indireta em contrapartida à conta de ativo representativa do investimento em controlada direta no exterior, até o limite do valor da subconta.” (Destaques nossos)

Da leitura desse dispositivo, inferia-se o seguinte:

Distribuição de lucro pela controlada direta:

- baixado da subconta contra caixa ou disponibilidades;
- baixado da subconta contra a conta de investimento – caso o lucro fosse superior ao valor contabilizado na subconta.

Distribuição de lucro pela controlada indireta:

- baixado da subconta contra a conta de investimento até o limite do valor da subconta.

Vê-se que a IN 1.520 havia disciplinado não apenas a contabilização da distribuição de lucros pela controlada direta, mas também o registro da distribuição de lucros pela controlada indireta.

Este dispositivo foi revogado em 2016 pela já referida Instrução Normativa nº 1.674/2016. Ao que tudo indica, a razão para a revogação de partes dos artigos 2º a 4º da IN 1.520 foi exatamente a disciplina contábil que havia sido estabelecida, de registro dos resultados em subcontas contra a conta de investimento

Nada obstante, a revogação de partes deste artigo 4º da IN 1.520 não significa que os dividendos distribuídos sejam passíveis de tributação.

Com efeito, nos investimentos avaliados pelo método da equivalência patrimonial, quando uma empresa controlada distribui dividendos para sua controladora, os mesmos já foram computados no seu resultado via resultado positivo de equivalência patrimonial. Assim, a distribuição do caixa equivalente aos dividendos gera uma movimentação em contas de ativo, sem qualquer efeito no resultado da companhia. Como apontam Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke e Arioaldo dos Santos:

“Pelo MEP, os lucros são reconhecidos no momento de sua geração pela investida. Dessa forma, quando se efetivar a distribuição de tais lucros como dividendos, estes devem ser registrados em caixa ou bancos e deduzidos da conta de investimentos. O fato é que os dividendos recebidos em dinheiro representam uma realização parcial do investimento, ou dizendo melhor, dos lucros anteriormente reconhecidos no investimento pelo MEP. Na investida, representam uma redução do patrimônio líquido que deve ser acompanhada por uma redução proporcional do investimento, com as demais variações.”¹⁶⁷

167 IUDÍCIBUS, Sérgio et al. *Manual de Contabilidade Societária*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 175. Ver, também: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Aspectos Inconstitucionais da Lei nº 12.973 em Matéria de Tributação de Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior (Segundo Alberto Xavier). In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 769.

A neutralidade dos dividendos distribuídos pela entidade investida é, na perspectiva do resultado da empresa, da natureza da avaliação do investimento pelo método de equivalência patrimonial e se encontra expressamente prevista no artigo 22, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, com a redação que lhe foi dada pela Lei 12.973, conforme abaixo:

“Art. 22. O valor do investimento na data do balanço, conforme o disposto no inciso I do caput do art. 20, deverá ser ajustado ao valor de patrimônio líquido determinado de acordo com o disposto no art. 21, mediante lançamento da diferença a débito ou a crédito da conta de investimento.

Parágrafo único. **Os lucros ou dividendos distribuídos pela investida deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor do investimento, e não influenciarão as contas de resultado.**” (Destaque nosso)

Assim sendo, devemos considerar o seguinte:

- no momento em que os lucros são contabilizados via equivalência patrimonial, eles aumentam o valor do custo do investimento na controlada no exterior;
- nesse momento, a contrapartida no resultado de tal aumento do valor do investimento não é passível de tributação;
- a seu turno, quando da distribuição dos dividendos, os mesmos não transitam pelo resultado, o que representa uma redução do valor do custo do investimento.

Como já destacamos e reafirmamos, não se pode perder de vista que, desde a edição da Lei 9.249, **a materialidade tributável pela legislação brasileira sempre foram os lucros auferidos pela empresa no exterior**. A distribuição destes, quando muito, representa o momento em que ocorrerá a tributação dos lucros, como acontece com as coligadas tributadas por caixa.¹⁶⁸

168 Artigo 81, § 1º, I, da Lei 12.973.

Portanto, diante desses comentários, percebe-se, independentemente da revogação dos dispositivos sobre distribuição de dividendos na IN 1.520, que não há base na legislação para a tributação, de forma isolada e individualizada, dos dividendos distribuídos. Tributam-se apenas os lucros.

3. TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADAS NO EXTERIOR

A regra de tributação dos lucros de controladas no exterior está prevista no artigo 77 da Lei 12.973, segundo o qual “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” (destaque nosso).¹⁶⁹

A primeira observação relacionada a este artigo refere-se à materialidade da tributação nele prevista. Como apontamos, segundo o dispositivo acima, o que a empresa brasileira deverá adicionar na apuração do IRPJ e da CSLL é “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”.

Essa redação não foi fortuita. Através dela, procurou a Receita Federal¹⁷⁰ aproximar-se dos votos que lhe foram favoráveis no julgamento da ADI 2.588 e da posição sustentada na SC 18/13. Tentou ainda compatibilizar a redação legal com as decisões do STF e do STJ que, como visto, declararam a ilegalidade da utilização da equivalência patrimonial como materialidade tributável. Ou seja, pretendeu-se afastar

169 Artigo 9º da IN 1.520.

170 Poder-se-ia argumentar que a Receita Federal do Brasil, não tendo competência para editar leis, não pode ser identificada como artífice da nova lei. Contudo, sabe-se que, na prática, a Receita Federal teve papel fundamental na elaboração da Lei 12.973.

os argumentos de inconstitucionalidade baseados no fato de que se estaria tributando no Brasil lucros de outra pessoa jurídica, assim como a aplicação dos tratados internacionais tributários. Tanto assim que, durante a tramitação da MP 627, tentou-se retornar à redação anterior, de modo que a lei estabelecesse de forma mais clara e direta uma tributação sobre lucros da empresa controlada no exterior, mas o Governo buscou fortemente manter a nova redação.¹⁷¹

A regra do *caput* foi complementada pelo § 1º do artigo 77, que estabelece que “a parcela do ajuste de que trata o *caput* **compreende apenas os lucros auferidos no período**, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior”. Esse parágrafo deixa mais claro que, apesar de todo o esforço redacional, o **fato econômico tributado é o lucro da empresa não residente**.

A questão a ser debatida, então, é: algo realmente mudou com a nova redação?

3.1. TRIBUTAÇÃO DO LUCRO DA CONTROLADA INDIRETA

A Lei 12.973 inovou o regime de tributação de lucros auferidos por controladas de empresas brasileiras, ao prever a tributação, de forma individualizada, de resultados positivos auferidos por controladas indiretas. Dizemos inovou porque, como já pontuamos, discordamos fortemente da posição de que esta tributação já seria a regra no regime a Lei 9.249 e da MP 2.158.

Este novo regime de tributação vem sendo objeto de críticas de alguns autores, que consideram que a tributação individualizada de controladas indiretas contraria as vigas constitucionais da tributação da renda. Nesse sentido, veja-se, por exemplo, a opinião de Ricardo Mariz de Oliveira, Bruno Fajersztajn, Fabiana Carsoni Alves F. da Silva e Ramon Tomazela Santos, que, mesmo longa, merece ser transcrita integralmente:

171 Ver: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 21.

“Com base nas considerações acima, percebe-se que a lei tributária não pode determinar a adição dos lucros das controladas indiretas ao lucro real e à base de cálculo da CSL da pessoa jurídica brasileira. Vale dizer, a pessoa jurídica brasileira não pode ser obrigada a reconhecer diretamente a sua participação nos lucros da controlada indireta, tampouco pode ser compelida a aplicar o método da equivalência patrimonial para reconhecer a sua participação sobre as contas de patrimônio líquido das controladas indiretas. A rigor, o MEP não pode ser considerado como índice para a tributação dos lucros auferidos pelas controladas diretas no exterior, pois o seu reflexo no patrimônio da empresa investidora no Brasil não representa acréscimo patrimonial efetivo e disponível. No caso de controladas indiretas, a impossibilidade de tributação dos lucros apurados em seu balanço fica ainda mais evidente, pois não há sequer ajuste contábil via equivalência patrimonial para refletir os lucros apurados no balanço da sociedade estrangeira.

[...]

Outro aspecto a ser mencionado diz respeito à descabida extensão da lei tributária brasileira, a fim de tributar de modo ficto os lucros auferidos e mantidos por sociedades controladas indiretas sediadas no exterior, sem qualquer *elemento de conexão* com o território brasileiro. [...].

Assim, é preciso identificar os elementos que conectam o fato econômico com o território de um determinado Estado, para justificar a imposição fiscal. Daí decorre que as leis de um determinado Estado não podem extrapolar os limites da jurisdição do Estado brasileiro, a qual é um pressuposto para a aplicação de suas normas jurídicas. [...].

Como se pode notar, a lei brasileira não pode determinar a ‘desconsideração da personalidade jurídica’ das entidades estrangeiras, a fim de obrigar a pessoa jurídica brasileira a reconhecer diretamente os lucros auferidos pelas controladas indiretas, antes da efetiva disponibilização. É verdade que a lei brasileira pode tributar os lucros de controladas indiretas efetivamente recebidos pela pessoa jurídica brasileira, bem como os lucros de controladas

indiretas consolidados no balanço patrimonial da controlada direta. Entretanto, mesmo a eventual exigência de consolidação de resultados deve partir de regras locais, salvo na hipótese de inexistência de norma contábil na jurisdição estrangeira. Assim, a lei brasileira não pode determinar a tributação *ficta e per saltum* dos lucros auferidos pelas controladas indiretas, sem que haja acesso atual, direto e incondicional à renda por parte da pessoa jurídica controladora no Brasil.

Na tentativa de refutar a construção jurídica acima, poder-se-ia sustentar que a tributação *per saltum* das controladas indiretas não viola a territorialidade material, sob o argumento de que a norma jurídica que determina a tributação ora examinada produz efeitos apenas sobre a pessoa jurídica brasileira, a fim de permitir a tributação dos lucros apurados pelas controladas indiretas, mas sem atingir outras nações soberanas. A nosso ver, o argumento não convence. Conquanto se possa dizer que, na hipótese ventilada, a lei tributária brasileira seria aplicada nos limites de seu território, sem violação à soberania de outro Estado, o fato é que o legislador tributário não pode lançar mão de um artifício jurídico para tributar lucro inexistente no balanço patrimonial da pessoa jurídica brasileira.¹⁷²

172 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVA, Fabiana Carsoni Alves F. da; SANTOS, Ramon Tomazela. Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015. p. 201-204. No mesmo sentido: DONIAK JÚNIOR, Jimir. Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015. p. 531; GAMA, Tácio Lacerda. Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015. p. 506-507; LINS, Robson Maia. Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015. p. 569; COSTA, Hugo Marcondes Rosestolato da. Lei nº 12.973/14: a Nova Sistemática de Tributação dos Lucros de Sociedades Estrangeiras Controladas por Empresas Domiciliadas no Brasil. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Direito Tributário Internacional: Volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 133-136.

À vista de tão fundamentada opinião, parece-nos que, em primeiro lugar, devemos precisar o que seria controle indireto – algo que não foi cuidado nem na Lei 12.973, nem na IN 1.520.

Na legislação societária, encontra-se a indicação do que é controle indireto no § 2º do artigo 243 da Lei das S/A (Lei nº 6.404/76), abaixo transcrito:

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

§ 1º. São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

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

Diante deste dispositivo, para que haja controle indireto basta que a empresa brasileira tenha, de modo permanente, a preponderância nas deliberações sociais da controlada direta, e que esta, por sua vez, tenha preponderância nas deliberações sociais de outra entidade no exterior. Nas palavras de Bulhões Pedreira:

“O controle é direto quando a controladora é titular de direitos de sócio da controlada que lhe assegurem o poder de controle desta. O controle direto não pressupõe maioria absoluta de votos (metade mais um do total), mas pode ser exercido com menos da metade das ações com voto se as ações dos acionistas não controladores são de propriedade de dois ou mais acionistas. O controle é indireto quando a controladora tem o controle direto de uma ou mais sociedades que, por sua vez, possuem – em conjunto – a maioria dos votos em outra sociedade controlada. O controle indireto é um fenômeno peculiar ao grupo de sociedades porque pressupõe a estrutura hierarquizada de sociedades que o caracteriza.”¹⁷³

173 PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Coligação e Grupamento de Sociedades. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coords.). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. II. p. 1.931.

Veja-se que, embora o controle indireto caracterize-se pela preponderância nas deliberações societárias de pessoa jurídica que tenha, por sua vez, preponderância nas deliberações societárias de outra pessoa jurídica, para determinar o lucro da controlada indireta que seria tributado no Brasil, entendemos que se deva levar em conta a participação efetiva da controladora brasileira na controlada indireta.

Imaginemos, por exemplo, uma situação em que uma pessoa jurídica brasileira possui 51% de uma entidade estrangeira “A” (controlada direta), sendo que esta, por sua vez, possui os mesmos 51% de uma outra entidade estrangeira “B”. Ora, neste caso, a participação efetiva da pessoa jurídica brasileira nos resultados de “B” é de aproximadamente 26% (51% x 51%), sendo este o valor a ser adicionado à apuração do lucro real e à base de cálculo da CSLL.

Já nos posicionamos anteriormente sobre a inconstitucionalidade das regras de tributação automática de lucros auferidos no exterior no regime da MP 2.158. No item seguinte, voltaremos ao tema e chegaremos à mesma conclusão a respeito das regras da Lei 12.973.

Nada obstante, parece-nos que o debate sobre a legitimidade da tributação de controladas indiretas deve partir da premissa de que o modelo de tributação previsto na Lei 12.973 é constitucional, uma vez que, se o regime inteiro for inconstitucional, obviamente a tributação individualizada das controladas indiretas também o será.

A questão que acreditamos cabível, então, é: assumindo-se, para fins argumentativos, a **constitucionalidade do modelo de tributação automática dos lucros auferidos por controladas no exterior, conforme previsto na Lei 12.973**, seria inconstitucional a tributação individualizada das controladas indiretas?

Parece-nos que a principal dúvida a ser elucidada é se a conexão entre o lucro auferido pela controlada indireta e o Brasil seria suficiente a legitimar a tributação daquele por este último.

Ora, se a premissa do reconhecimento da constitucionalidade do regime CFC brasileiro é a existência de poder de controle, havendo este poder sobre a controlada indireta, e incluindo-se na apuração dos tribu-

tos brasileiros apenas a parcela do lucro da entidade estrangeira correspondente à participação efetiva da controladora brasileira na controlada indireta, não cremos haver óbice, de ordem constitucional, ao modelo de tributação introduzido pela Lei 12.973.

Em resumo, somos da opinião de que, entendendo-se que a tributação automática de lucros auferidos por controladas é compatível com a Constituição Federal – o que, repita-se, não é nossa opinião –, também o seria a tributação de controladas indiretas, valendo aqui a máxima sustentada por Klaus Tipke de que “deve-se distinguir entre as ações imprudentes e inconstitucionais por parte dos Poderes do Estado. Uma ação do poder público não é inconstitucional só porque não é prudente ou sábia”.¹⁷⁴

Escrevendo posteriormente à publicação da segunda edição deste livro, Ramon Tomazela Santos manifestou interpretação distinta da que defendemos acima, rejeitando nossa conclusão.¹⁷⁵

Os principais argumentos deste autor para sustentar a inconstitucionalidade das regras brasileiras de tributação de controladas indiretas estão transcritos a seguir:

- “(i) o poder genérico de controle, exercido de modo indireto, não configura a aquisição de disponibilidade jurídica apta a justificar a tributação dos lucros de controladas indiretas;
- (ii) os lucros das controladas indiretas podem não ser distribuídos para a controlada direta, o que torna a violação ao *‘princípio da realização da renda’* ainda mais patente;
- (iii) os lucros das controladas indiretas podem ser absorvidos por resultados negativos apurados em degraus superiores da cadeia de investimento, o que torna essa tributação incompatível com o conceito de renda;

174 TIPKE, Klaus. *Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 49.

175 SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 42.

(iv) os lucros das controladas indiretas não estão sujeitos a avaliação pelo MEP, pois estão refletidos nos resultados das controladas diretas, o que afasta, até mesmo, a ideia de valorização indireta.”¹⁷⁶

Especificamente em relação à posição que defendi acima, Ramon Tomazela esclarece que sua contrariedade estaria baseada nos itens “ii”, “iii” e “iv” acima.¹⁷⁷ Dada a relevância das objeções trazidas por este autor, devemos considera-las com atenção.

No que se refere ao item “ii”, parece-nos haver pouca diferença entre a situação da controlada indireta e aquela da controlada direta. Afinal, assim como os lucros da controlada indireta podem não ser distribuídos para a controlada direta, os lucros da controlada direta podem não ser distribuídos para a controladora no Brasil. Assim, como concluímos acima, esta é a mesma objeção que já existe em relação à aplicação das regras brasileiras a controladas diretas, a violação ao princípio da realização da renda, de modo que não cremos que este argumento se autonomize em relação à tributação das controladas indiretas.

A seu turno, em relação ao argumento no item “iii”, o modelo adotado pela Lei 12.973 realmente torna autônoma cada entidade em uma cadeia de controle. É o que se extrai do § 1º do seu artigo 76. Considerando a vigência e eficácia do artigo 78 da mesma lei, que prevê a possibilidade de consolidação dos resultados das controladas, diretas e indiretas, no exterior, parece-nos que este argumento perde força. Contudo, em um cenário legislativo onde seja vedada a consolidação deve-se efetivamente analisar se a tributação isolada de lucros de controladas indiretas seria compatível com o conceito de renda como acréscimo patrimonial.

O último argumento apresentado por Ramon Tomazela expõe uma das grandes contradições do modelo estabelecido pela Lei 12.973. Efetivamente, houve uma inconsistência em se pretender trazer o fato econômico para o território nacional – valendo-se da expressão “parcela do ajuste do valor do investimento” – e, ao mesmo tempo, buscar-se

176 SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 41.

177 SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 42.

tributar os lucros das controladas indiretas – que, obviamente, somente indiretamente impactarão o resultado da controladora brasileira via equivalência patrimonial.

Nada obstante, temos dificuldade em ver este argumento como base para sustentar a inconstitucionalidade da tributação das controladas indiretas. Para tanto, teríamos que assumir como premissa que a regra brasileira somente se legitima constitucionalmente pelo reconhecimento dos resultados da controlada estrangeira via equivalência patrimonial.

Esta linha de interpretação é até possível e, de uma certa maneira, encontra eco na própria posição que as autoridades fiscais vêm defendendo desde 2013 pelo menos. De outra parte, vemos uma certa contradição em, por exemplo, assumir esta posição e sustentar a incompatibilidade das regras brasileiras com acordos internacionais. Afinal, se a tributação recai sobre equivalência patrimonial, e não sobre lucros auferidos pela controlada no exterior, teriam razões as autoridades fiscais ao sustentar a inaplicabilidade dos acordos internacionais.

Não se pode, contudo, descartar as críticas de Ramon Tomazela. Se não vemos nelas argumentos decisivos para sustentar a inconstitucionalidade da tributação automática no Brasil de lucros auferidos por controladas indiretas, elas certamente denunciam as inconsistências da regra em si.

3.2. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 77 DA LEI 12.973

Analisamos brevemente no item 2 do primeiro capítulo o debate sobre a (in)compatibilidade constitucional da tributação automática de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Não temos nenhuma intenção de aprofundar um debate que se tornou de domínio público na última década. A matéria, em relação às controladas em país de tributação regular ainda não alcançou maioria no STF, de modo que ainda se espera uma posição final da Corte Constitucional. Contudo, acreditamos que o debate sobre tal sistemática de tributação, seja ela constitucional ou não, não tenha se movido um centímetro em razão da edição da Lei 12.973.

Com a redação utilizada nos artigos 76 e 77 da Lei 12.973 pretendeu-se estabelecer que, de fato, a renda sendo tributada é local e da própria pessoa jurídica controladora brasileira. Contudo, o dilema segue o mesmo: não tendo ocorrido um evento gerador de disponibilidade jurídica ou econômica, essa suposta localização no Brasil do lucro da controlada no exterior, direta ou indireta, é uma ficção. Segundo vemos, não há dúvida quanto ao fato de que se está tributando a mesma materialidade que era alcançada pela legislação anterior.

Com efeito, vejamos a regra prevista no artigo 77 da Lei 12.973. Segundo ela, o rendimento que será adicionado na apuração do IRPJ e da CSLL será:

1. “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 [...]”.

Nota-se, já aqui, que por mais que se fale em tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento”, deixou-se claro que tal parcela será “equivalente aos lucros”. Em outras palavras, o que se segue tributando são os lucros.

A pretensão foi de se tributar a parcela da equivalência patrimonial que equivale aos lucros da controlada no exterior. A tal “parcela do ajuste do valor do investimento” pode ser traduzida como “contrapartida de equivalência patrimonial”. Porém, não a contrapartida integral, apenas aquela parte equivalente aos lucros da entidade estrangeira.

2. Já o § 1º do artigo 77 deixou claro que “a parcela do ajuste de que trata o *caput* **compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior**”.

A redação dos artigos 76 e 77 da Lei 12.973 não foi fortuita. Ela buscou reforçar a interpretação da Receita Federal do Brasil no sentido de que a tributação brasileira, nesses casos, recai sobre um fato econômi-

co localizado no Brasil (a “parcela do valor do ajuste do investimento”), e não diretamente sobre os lucros da controlada no exterior e, portanto, sobre um fato econômico localizado fora do território brasileiro, realizado por uma pessoa jurídica distinta, a controlada.

A leitura do artigo 77 esclarece que não é sobre a totalidade da “parcela do valor do ajuste do investimento” que incidirá a tributação brasileira, mas apenas sobre a “parcela” “equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda”.

Ora, o que seria, então, a “parcela do ajuste do valor do investimento” na controlada no exterior? A resposta nos parece clara: a lei, neste particular, está se referindo ao ajuste de equivalência patrimonial. Em outras palavras, a “parcela do ajuste do valor do investimento” equivaleria a uma parte variação do custo do investimento pelo método da equivalência patrimonial.

Contudo, a opção do legislador não foi pela tributação integral do ajuste de equivalência patrimonial do investimento na controlada no exterior, mas sim apenas e tão somente da “parcela do ajuste do valor do investimento” equivalente aos lucros auferidos pela controlada no exterior, ou seja, pretendia-se tributar contrapartida de equivalência patrimonial calculada sobre o lucro da entidade no exterior.

Nada obstante, há uma falha central, um **pecado original insuperável** no que dissemos acima – em outras palavras, no que se pretendeu estabelecer na Lei 12.973.

Com efeito, ao que tudo indica a redação proposta refletiria a posição das autoridades fiscais em relação ao regime do artigo 25 da Lei 9.249 combinado com o artigo 74 da MP 2.158, onde se tributava apenas os resultados da controlada direta no exterior, sendo que os resultados de participações societárias indiretas eram capturados na medida em que eram consolidados no resultado da controlada direta.

Nesse contexto legal, ao se estabelecer a tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” equivalente aos lucros da controlada se estaria tributando a contrapartida de equivalência patrimonial correspondente a tais lucros. Contudo, isso só faz sentido em um modelo que

não tributa, de forma independente, os lucros auferidos por controladas indiretas.

De fato, é uma obviedade que os resultados em controladas indiretas não geram variação no valor do investimento no Brasil – a não ser de forma indireta, caso estejam refletidas no resultado da controlada direta via equivalência patrimonial. Mesmo assim, não há como se ter como premissa que resultados positivos de controladas indiretas serão refletidos na controladora brasileira. Afinal, o patrimônio líquido da controlada direta, capturado no Brasil, pode ser impactado por resultados negativos de outras entidades controladas ou coligadas ou mesmo por outros lançamentos contábeis.

Em resumo, é possível sustentar o seguinte:

- A Lei 12.973, ao prever a tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” em controlada, direta ou indireta, no exterior, aparentemente teve como premissa a tributação de parte da equivalência patrimonial do investimento no exterior. Daí falar-se em variação do valor do investimento.
- Nada obstante, há uma falha inafastável neste critério. Afinal, ele somente se aplica, da forma pretendida pelas autoridades fiscais, em relação aos resultados de controladas diretas. No que se refere às controladas indiretas, não há como se sustentar que se estaria tributando a tal “parcela do ajuste do valor do investimento”.

Embora tenha pretendido criar uma impressão de alteração substantiva em comparação ao artigo 74 da MP 2.158, na verdade, por detrás da nova redação, a Lei 12.973 segue tributando o mesmo fato econômico que já se encontrava previsto no artigo 25 da Lei nº 9.249/95.¹⁷⁸

¹⁷⁸ No mesmo sentido: TONANI, Fernando; MARRARA, Bruna. Tributação dos Lucros de Controladas no Exterior – Abordagem da OCDE no âmbito do BEPS e as Regras Brasileiras de Tributação em Bases Universais – Uma Análise Crítica à Lei nº 12.973/2014. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 191; NEDER, Marcos Vinicius; PIMENTEL, Larissa. As Inovações na Tributação Presumida dos Lucros Auferidos por Subsidiárias de Empresas Brasileiras no Exterior pela 12.973/14. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.).

Por esta razão, neste livro, mesmo diante do texto da Lei 12.973, seguiremos fazendo referência à **tributação de lucros auferidos por controladas no exterior**.

A redação dos artigos 76 e 77 da Lei 12.973, com referência à tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” foi duramente criticada por Alberto Xavier, para quem “esta arrevesada e gongórica nomenclatura visa não reconhecer formalmente que o objeto da tributação são os próprios lucros das empresas estrangeiras, e não o lucro da empresa brasileira decorrente da variação de valor dos investimentos, o que pode ter sérias implicações jurídicas, teóricas e práticas, no que concerne à aplicação dos tratados contra a dupla tributação”.¹⁷⁹

A mesma crítica foi feita por Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano. Em suas palavras, “logo se vê ser absolutamente equivocada a interpretação de que a nova legislação não alcança os lucros das controladas e coligadas no exterior, mas apenas o seu reflexo no patrimônio da investidora, pelos resultados positivos da equivalência patrimonial. Trata-se de mero jogo de palavras, em tentativa de se camuflar uma tributação sobre os lucros no exterior, que conflita com o artigo 7º dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação”.¹⁸⁰

Não divergem desta visão André Martins de Andrade e Livia Pinheiro Lopes, conforme se infere da passagem abaixo transcrita:

Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 484; GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha S. As (Muitas) Controvérsias Advindas com a Lei nº 12.973/2014 no Regime de Tributação de Controladas Diretas e Indiretas. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 495; SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 22 e 32.

179 XAVIER, Alberto. A Lei n. 12.973, de 13 de Maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões atuais de Direito Tributário: 18º Volume*. São Paulo: Dialética, 2014. p. 14-15.

180 BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior, em face da Lei n. 12.973/2014. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões atuais de Direito Tributário: 18º Volume*. São Paulo: Dialética, 2014. p. 371.

“Quaisquer que sejam os quatro elementos hermenêuticos que se leve em conta (gramatical ou semântico, histórico, sistemático e teleológico), e, ainda mais, quando se combinam tais elementos em busca de uma harmonização do entendimento, exsurge a toda vista a evidência de que a incidência em questão gira em torno do auferimento dos lucros que acabam por compor economicamente os resultados da investidora brasileira, e não em torno do recebimento (efetivo ou presumido) desses resultados. É que a própria base de cálculo (aspecto quantitativo da hipótese de incidência), como já consagrado pelo STJ, diz respeito à apuração dos lucros, independentemente de o país de origem desses resultados permitir ou não sua distribuição integral.

Ou seja, verificada a impossibilidade de tributação de mero ajuste contábil de valor do ativo, sem supedâneo na disponibilização econômica ou jurídica dos valores correspondentes a este ajuste, há de concluir-se que o núcleo material da hipótese de incidência prescrita na Lei n. 12.973, artigo 77, só pode ser os lucros auferidos no exterior indiretamente pela sociedade controladora residente no Brasil, os quais compõem-se exclusivamente dos lucros obtidos pelas sociedades controladas estrangeiras, diretas ou indiretas.”¹⁸¹

Parece-nos que a discussão sobre a inconstitucionalidade da tributação automática de lucros auferidos por empresa controlada no exterior segue inalterada,¹⁸² de modo que os mesmos argumentos que existiam para o questionamento do artigo 74 da MP 2.158, debatidos no item I.2 deste livro, são igualmente aplicáveis ao artigo 77 da Lei 12.973. O regime novo, assim como o anterior, segue tributando como acréscimo patrimonial disponível uma mera variação da avaliação, não definitiva, do investimento no exterior, que não configura renda ou proventos de qualquer natureza.

181 ANDRADE, André Martins de; LOPES, Livia Pinheiro. Os Tratados para Evitar a Dupla Tributação e a Sistemática de Bases Universais da Lei N. 12.973/14. In: PRETO, Raquel Elita Alves (Coord.). *Tributação Brasileira em Evolução: Estudos em Homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Editora IASP, 2015. p. 1099.

182 No mesmo sentido: FERRARI, Bruna Camargo. *BEPS no Brasil: Negócios Híbridos, Normas CFC e Competitividade Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 154.

3.3. O ARTIGO 77 DA LEI 12.973 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS TRIBUTÁRIOS

3.3.1. APLICAÇÃO DO ARTIGO 7 (1) DAS CONVENÇÕES BRASILEIRAS

Todos os comentários apresentados no item I.3.1 são igualmente aplicáveis à discussão que envolve a relação entre a tributação de lucros auferidos por controladas no exterior, de acordo com o modelo previsto na Lei 12.973, e os tratados internacionais tributários.¹⁸³

Se a base para o afastamento do artigo 74 da MP 2.158 era o fato de que ele tributava lucros auferidos por controladas no exterior que, de acordo com o artigo 7 (1) das convenções internacionais tributárias celebradas pelo Brasil, somente poderiam ser tributados pelo país onde tais controladas estivessem situadas, o mesmo argumento seria aplicável ao artigo 77 da Lei 12.973, uma vez que, como visto, por trás do novo palavrado, o fato econômico tributável segue sendo o mesmo – lucros auferidos pela controlada no exterior.

Em outras palavras, na medida em que a tal “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto de renda” **nada mais é do que os próprios lucros auferidos pela controlada**

183 Ver, também: GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha S. As (Muitas) Controvérsias Advindas com a Lei nº 12.973/2014 no Regime de Tributação de Controladas Diretas e Indiretas. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 514; FARO, Maurício Pereira; MEIRA, Thais de Barros. As Novas Regras de Tributação de Lucros no Exterior e o Artigo 7º dos Tratados Internacionais para Evitar a Bitributação Celebrados pelo Brasil. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 536-537; EMERY, Renata. Os Vícios do Regime de Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior Previsto na Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 695-698; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; FREIRE, Felipe Thé. A Tributação do Lucro das Controladas e Coligadas no Exterior e o Artigo 7º dos Acordos de Bitributação Assinados pelo Brasil: uma Análise Evolutiva da Jurisprudência Internacional e Doméstica à Luz da Lei 12.973/14. In: SAUDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 215-218.

da, direta ou indireta, no exterior, o artigo 7 (1) dos tratados celebrados pelo Brasil, como vimos item I.3.1, afasta a aplicação da regra brasileira.

Vale a pena insistirmos neste ponto, que certamente será o tema central das discussões a respeito da aplicação de tratados internacionais ao regime instaurado pela Lei 12.973.

O argumento das autoridades fiscais é: não estamos tributando o lucro da controlada, estamos considerando o lucro da controlada como gerador de um acréscimo no patrimônio da controladora brasileira, logo, o que se tributa é um resultado local que estaria fora do escopo das convenções internacionais.¹⁸⁴

Essa construção não parece refletir a melhor interpretação do artigo 77 da Lei 12.973 e do artigo 7 (1) dos tratados brasileiros.

Em primeiro lugar, devemos reiterar que **nada mudou em relação ao regime anterior**. Afinal, nunca se cogitou uma tributação efetiva sobre a pessoa jurídica não residente, gravando seus lucros. Tanto assim que, mesmo a MP 2.158, ao referir-se a lucros, estava-se tratando, efetivamente, do reflexo dos lucros no Brasil. Portanto, não há razões para que alguém que entendesse aplicável o artigo 7 (1) dos tratados brasileiros sob a Lei 9.249 MP 2.158 passe a sustentar a inaplicabilidade das convenções sob a Lei 12.973.

Ademais, é importante reiterar, o artigo 7 (1) estabelece uma ausência de poder tributário **objetiva** para que se gravem lucros de uma pessoa residente em um dos estados contratantes.¹⁸⁵

184 Nesse mesmo sentido, ver: FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC Legislation: From an International Perspective to the Brazilian Reality*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2019. p. 333-337.

185 Esta posição também é defendida por Ramon Tomazela Santos (Ver: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 280-281). Em estudo mais recente, este autor reiterou sua posição nos seguintes termos: "É irrelevante o fato de que as regras de CFC tributam o mesmo rendimento nas mãos de diferentes contribuintes, constituindo hipótese de dupla tributação econômica da renda. Isso porque o art. 7(1) da CM OCDE tem uma limitação objetiva: os lucros das empresas estrangeiras. Esses lucros, protegidos pelo acordo de bitributação, não poderão ser tributados no outro Estado Contratante, independentemente do mecanismo de tributação utilizado: adição do lucro do exterior, tributação consolidada, transparência fiscal completa ou reflexo da avaliação do investimento pelo Método de Equivalência

Não parece haver uma objeção, neste caso, a que o tratado afaste uma situação de dupla tributação econômica. O país de residência da entidade geradora dos lucros tem poder tributário exclusivo para a imposição fiscal sobre os mesmos.

Esta posição foi defendida por Marco Aurélio Greco, em obra que escrevemos em coautoria, na qual ele registrou “é o momento de rever a interpretação das convenções celebradas pelo Brasil, para que sejam vistas não apenas como instrumento de eliminação de casos pontuais de dupla tributação jurídica da renda, mas passem a ser interpretadas como mecanismos que tenham por foco também a dupla tributação econômica, à luz de uma unidade dos resultados. Dessa perspectiva, então, é possível reconhecer que o modelo brasileiro do artigo 74 pode gerar dupla tributação econômica que estaria vedada pelas convenções que tenham regras de bloqueio contra a utilização do montante de lucros não distribuídos como critério para tributar seu reflexo no patrimônio da detentora da participação societária (por exemplo, o artigo 7º das convenções e regras específicas como as previstas nos tratados do Brasil com a Dinamarca,¹⁸⁶ a República Tcheca e a República Eslovaca).”¹⁸⁷

Os próprios Comentários da OCDE e da ONU aos seus Modelos não são exaustivos ao negar a possibilidade de bloqueio de regras de tributação automática por seu artigo 7 (1). Ademais, mesmo que o fossem, não seriam mais do que posições **não vinculantes** cuja força persuasiva é equivalente àquela de uma passagem doutrinária. Como analisaremos melhor no capítulo VII, principalmente no caso da OCDE é certo que

Patrimonial. Até porque, a eleição de outra pessoa jurídica como contribuinte não passa de simples técnica de arrecadação, utilizada para viabilizar a tributação dos lucros do exterior, sem violação dos limites jurisdicionais” (SANTOS, Ramon Tomazela. *A Dupla Tributação Econômica da Renda e os Acordos de Bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021. p. 279-280).

186 Como já observamos, a convenção Brasil-Dinamarca não possui mais esta regra.

187 UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 408. Esta posição é bastante alinhada àquela defendida por Ramon Tomazela Santos em sua tese de doutorado. Ver: SANTOS, Ramon Tomazela. *A Dupla Tributação Econômica da Renda e os Acordos de Bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021. p. 73 e p. 277-282.

não se considera um modelo de inclusão total de rendimentos do exterior como o brasileiro.

Portanto, reiteramos a posição no sentido de que nada foi alterado com a edição da Lei 12.973. A discussão segue a mesma. Nessa mesma linha de entendimento, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 1.325.709, analisada no capítulo I, é plenamente aplicável à sistemática de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior inaugurada pela Lei 12.973.

3.3.1.1. O EFEITO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 7 (1) É INCOMPETÊNCIA BRASILEIRA PARA TRIBUTAR, NÃO MERO DIFERIMENTO

A esta altura é importante ressaltar o efeito da aplicação do artigo 7 (1) dos tratados brasileiros no contexto da Lei 12.973. Parece haver uma percepção de que sua aplicação acarretaria o diferimento da tributação para o momento da distribuição dos lucros pela controlada no exterior.

Segundo a regra prevista no artigo 7(1) das convenções celebradas pelo Brasil, a competência para tributar “lucros das empresas” é exclusiva do Estado onde se encontra a empresa que os auferiu – a não ser que esta atue no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente. Dessa maneira, é possível apresentar uma primeira conclusão: sendo aplicável, o artigo 7 (1) impedirá a tributação dos lucros no Brasil. Em outras palavras, **o fato econômico “auferimento de lucros pela controlada no exterior”**, será um irrelevante tributário no País.

Devemos cogitar, então, o que se passaria quando da distribuição de tais lucros para a controladora brasileira. Em termos convencionais, sabe-se que os tratados celebrados com base nos Modelos da OCDE e da ONU autorizam a tributação de dividendos em ambos os Estados contratantes. Por outro lado, é igualmente sabido que os tratados internacionais têm mero efeito negativo,¹⁸⁸ ou seja, eles não criam tributa-

188 Como observa Alberto Xavier, “a orientação unânime da doutrina é no sentido de que os tratados de dupla tributação desempenham uma função negativa, como corolário do princípio da legalidade ou tipicidade da tributação, segundo o qual nenhum tributo pode ser exigido senão com base em lei. Como muito bem diz Arnold Knechtle, ‘the conflict rules of DTAs can only leave the taxing power

ção, apenas limitam as competências tributárias previstas na legislação doméstica de cada país.

A questão que resta, então, é determinar se há regra no ordenamento jurídico brasileiro que preveja a tributação de lucros distribuídos por empresas residentes no exterior para pessoa jurídica residente no Brasil.

Examinando os dispositivos da Lei 12.973, percebe-se que em nenhum caso a distribuição de dividendos foi considerada tributável pelo IRPJ ou pela CSLL. Mesmo em relação às coligadas tributadas pelo regime de caixa, que serão examinadas adiante, não se tributa a distribuição de dividendos. A materialidade tributável segue sendo lucros auferidos pela coligada. A distribuição de dividendos – como forma de “pagamento” – marca apenas o momento em que o lucro será adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL.

Parece-nos que a aplicação do artigo 7 (1) das convenções para evitar a dupla tributação da renda resulta no afastamento da competência do Brasil para tributar os lucros auferidos pela controlada no exterior, sendo que, na ausência de regra que preveja a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a distribuição de dividendos, não seria esta tributável no Brasil.

3.3.2. APLICAÇÃO DAS REGRAS DE ISENÇÃO DE DIVIDENDOS DAS CONVENÇÕES BRASILEIRAS

O mesmo se pode afirmar do argumento baseado na isenção de dividendos distribuídos, prevista no artigo 23 de alguns tratados, como os celebrados com Áustria, Argentina, Equador, Espanha e Índia.

Conforme examinamos no item I.3.3, o argumento aqui se resume à contradição lógica entre a isenção de dividendos e a tributação de lucros não distribuídos.

Ao se sustentar que não se tributam mais lucros, mas sim a “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta,

unchanged, restrict it, or repress it, but they cannot enlarge it or initiate it'. Em formula similar, Klaus Vogel sublinha que 'a tax treaty neither generates a tax claim that does not otherwise exist under domestic law nor expands the scope or alters the type of an existing claim (...)' (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 128).

domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda”, poder-se-ia argumentar que não haveria incompatibilidade entre a tributação no Brasil e os tratados que possuem regra de isenção de dividendos distribuídos, já que não se estaria tributando lucros nem dividendos, mas sim o reflexo daqueles lucros na pessoa jurídica controladora no Brasil.

Esta, inclusive, foi a posição adotada pelas autoridades fiscais na SC 400/17, em que restou afirmado que “a isenção prevista no art. XXIII, parágrafo 2, da Convenção Brasil-Argentina deve ser interpretada de forma literal. Assim, refere-se ao pagamento de dividendos por sociedade residente na Argentina a uma sociedade residente no Brasil detentora de mais de 10% (dez por cento) do capital da primeira, desde que estes dividendos tenham sido tributados de acordo com as disposições da convenção em tela. Portanto, não se aplica ao pagamento do IRPJ devido no Brasil pela consulente, referente à parcela equivalente do ajuste do valor do investimento em controlada domiciliada na Argentina”.

Argumentação nesse sentido, entretanto, parte da desconsideração do fato econômico sujeito à tributação sob a Lei 12.973, que, como visto, corresponde aos lucros auferidos pela controlada no exterior.

Ademais, há uma questão relevante. Ao contrário do que ocorre com o artigo 7 (1), a isenção de dividendos prevista nos acordos em questão alcança o reflexo dos lucros auferidos no exterior na controladora brasileira. Em outras palavras, é exatamente o efeito no Brasil que se pretende evitar.

O argumento de que as regras brasileiras não alcançam o lucro da controlada no exterior, mas sim o seu reflexo no Brasil, é irrelevante para este debate quanto ao afastamento das regras de tributação em bases universais pelas regras de isenção de dividendos distribuídos. Afinal, a sua finalidade já era evitar a tributação no Brasil. Como observa Ramon Tomazela Santos, “não se pode perder de vista que, sob o prisma teleológico, a cláusula de isenção afasta a própria finalidade das regras de CFC, pois a sua intenção é combater o diferimento de lucros no exterior. Por

óbvio, não há postergação da tributação devida no Brasil se os lucros distribuídos sob a forma de dividendos são isentos”.¹⁸⁹

Dessa forma, entendemos ser possível sustentar o afastamento do disposto no artigo 77 da Lei 12.973 no caso dos tratados que estabelecem a isenção de dividendos distribuídos, na linha dos argumentos expostos no item I.3.3.

3.3.3. APLICAÇÃO DE REGRAS CONVENCIONAIS QUE PROÍBEM A TRIBUTAÇÃO DE LUCROS NÃO DISTRIBUÍDOS

Como comentamos anteriormente, no item I.3.4, há dois tratados em vigor que estabelecem, explicitamente, a impossibilidade de tributação automática de lucros não distribuídos. São as convenções com a República Tcheca e com a República Eslovaca, cujo artigo 23 (5) têm a seguinte redação:

“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.”

Seguindo as ponderações dos itens anteriores, não há razão para se cogitar aplicação do artigo 77 da Lei 12.973 neste caso, tendo em vista a vedação explícita da tributação de lucros não distribuídos. O argumento defendido pelas autoridades fiscais, levado ao extremo, poderia resultar na conclusão de que mesmo nesses casos a convenção internacional não afastaria a tributação automática no Brasil. Afinal, se o que se está tributando é o efeito do lucro na variação do valor do investimento no Brasil, não seria o próprio lucro da controlada no exterior o que estaria sendo tributado.

Nada obstante, não é necessário repetir nossas considerações para concluirmos que esta posição desconsideraria o fato de que são tributados, de fato, os resultados auferidos no exterior.

189 SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 318.

3.3.4. APLICAÇÃO DE REGRAS CONVENCIONAIS QUE AUTORIZAM A TRIBUTAÇÃO DE LUCROS NÃO DISTRIBUÍDOS

Da mesma forma, como já analisamos no primeiro capítulo (item I.3.5), naquelas situações nas quais o próprio tratado internacional autoriza a tributação automática não parece ser possível alegar que o artigo 77 da Lei 12.973 poderia ser afastado pela regra convencional.

3.3.5. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E CONTROLADAS INDIRETAS

Uma mudança, de fato, há em decorrência do novo modelo. Se antes se buscava a aplicação do tratado para evitar a tributação no Brasil dos lucros de controladas indiretas, que eram consolidados na controlada direta, com a entrada em vigor da Lei 12.973, esse tipo de estrutura perdeu de vez a possibilidade de ser utilizada.

Como apontamos anteriormente, a Receita Federal já questionava a aplicação do tratado internacional aos casos em que o lucro fosse 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 nesta jurisdição.

Na medida em que a nova sistemática implica na tributação dos lucros das controladas diretas e indiretas, **de forma individualizada**, o tratado passível de aplicação 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, bloquear a aplicação do artigo 77 da Lei 12.973 mediante a interposição de *holding*, localizada em país que tenha 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 tenha celebrado convenção internacional com o Brasil, esta poderá ser aplicada para afastar a tributação dos lucros ali gerados.¹⁹⁰

190 No mesmo sentido: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 270.

A aplicação desta convenção – a celebrada com o país da controlada indireta – poderia gerar alguma controvérsia. Contudo, entendemos ser indubitável que este tratado seja aplicável. Com efeito, de acordo com seu artigo 1º, as convenções aplicam-se “às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes”.

Ora, se o Brasil sujeita à tributação lucro gerado no país da controlada indireta, havendo um tratado entre os dois países, parece-nos evidente que a situação encontrar-se-á incluída no artigo 1º do tratado, portanto, este será aplicável.

3.4. TRATAMENTO DA VARIAÇÃO CAMBIAL ATRELADA AO INVESTIMENTO NO EXTERIOR

A mudança dos padrões contábeis brasileiros, iniciada com a publicação da Lei nº 11.638/2007, teve impactos importantes na forma de registro do custo dos investimentos em controladas e coligadas no exterior pelo Método da Equivalência Patrimonial. De fato, com a entrada em vigor do Pronunciamento Técnico CPC nº 02 (“CPC 02”), atualmente em sua segunda revisão, a variação cambial vinculada ao investimento em controlada no exterior deixou de ser contabilizado no resultado, passando a ser registrada em conta de Ajustes Acumulados de Conversão (“Cumulative Translation Adjustment” – “CTA”), no patrimônio líquido.¹⁹¹

Como esclarecem Sérgio de Iudícibus, Eliseu Martins, Ernesto Rubens Gelbcke e Ariovaldo dos Santos, “a conta de Ajustes Acumulados de Conversão representa uma conta transitória do Patrimônio Líquido que deve ser utilizada para registrar as variações cambiais dos investimentos em controladas (aquelas que não possuem a característica de filial, sucursal ou extensão das atividades da controladora), controladas em conjunto e coligadas em outra moeda funcional que não o real (R\$), pois tais variações não podem, em função do que determina o Pronunciamento

191 Sobre o tema, ver: MUSA, Simone Dias; RAVELLI, Reinaldo. Os Efeitos da Equivalência Patrimonial sobre a Tributação de Lucros Auferidos por Controladas no Exterior. In: *Temas Atuais em Tributação Internacional*. São Paulo: Trench, Rossi e Watanabe Advogados, 2020. p. 2-8.

Técnico CPC 02 (R2) – Efeitos das Mudanças nas Taxas de Câmbio e Conversão de Demonstrações Contábeis, afetar o resultado do exercício. O reconhecimento no resultado dos valores registrados na conta de Ajustes Acumulados de Conversão ocorrerá apenas quando da baixa do investimento”.¹⁹²

Se no curso do investimento esses valores são registrados no patrimônio líquido da entidade, na baixa da participação societária os mesmos são transferidos para o resultado da pessoa jurídica. O tratamento contábil na baixa total do investimento no exterior está previsto nos parágrafos 32 e 48 do CPC 02, este último transcrito a seguir:

“48. Na baixa de entidade no exterior, o montante acumulado de variações cambiais relacionadas a essa entidade no exterior, reconhecido em outros resultados abrangentes e registrado em conta específica do patrimônio líquido, deve ser transferido do patrimônio líquido para a demonstração do resultado (como ajuste de reclassificação) quando o ganho ou a perda na baixa for reconhecido (a esse respeito ver Pronunciamento Técnico CPC 26 Apresentação das Demonstrações Contábeis).”¹⁹³

Portanto, na baixa do investimento no exterior os valores – positivos ou negativos – que estavam sendo controlados na conta de CTA no patrimônio líquido da entidade são transferidos para o resultado do exercício.¹⁹⁴

Esta forma de contabilização dos investimentos no exterior tem gerado algumas dúvidas quanto aos seus reflexos fiscais. A questão central a ser respondida é qual o tratamento tributário dos valores registrados como CTA, quando da sua transferência para o resultado.

192 IUDÍCIBUS, Sérgio et al. *Manual de Contabilidade Societária*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 398.

193 O tratamento da baixa parcial está previsto nos parágrafos 48C e 48D.

194 O artigo 15 do Projeto de Lei nº 2.337/2021, em sua redação original, tratava de tema conexo ao objeto deste estudo, incluindo um § 5º do artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, segundo o qual “não será computado no valor contábil de que trata este artigo o acréscimo ou a diminuição decorrente de variações cambiais registradas pela investidora sobre o valor do investimento no exterior.” Este parágrafo foi excluído do texto do projeto e não consta daquele que foi aprovado pela Câmara dos Deputados.

3.4.1. O TRATAMENTO DA VARIAÇÃO CAMBIAL NA LEI Nº 12.973/2014

A Lei 12.973 previu, de forma explícita, o tratamento a ser dispensado à variação cambial vinculada a investimentos em entidades controladas no exterior, no *caput* do seu artigo 77, que transcrevemos anteriormente. Segundo este dispositivo, o IRPJ e a CSLL incidem sobre “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**”. (Destaque nosso)

Este dispositivo não deixa espaço para dúvidas: as regras de Tributação em Bases Universais brasileiras **não estabelecem** a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a variação cambial atrelada ao investimento em controlada no exterior.

Embora a legislação anterior à Lei 12.973 não trouxesse regra explícita de não tributação da variação cambial vinculada ao investimento no exterior, esta interpretação se consolidou na Câmara de Superior de Recursos Fiscais, como se infere, por exemplo, da ementa do Acórdão nº 9101-001.795, transcrita a seguir:

“Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ Ano-calendário: 2001, 2002 PAF – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE PARADIGMA. Não há que se conhecer do recurso especial que utiliza por paradigma acórdão com as mesmas razões de decidir do acórdão recorrido. IRPJ – LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR – CONVERSÃO – Ao teor do disposto do § 7º. do art. 394 do RIR/99, que reiterou o disposto no art. 25, § 4º da Lei nº 9.249/95, para efeito de conversão para o Real, os lucros auferidos no exterior devem ser convertidos em reais pela taxa de câmbio, para a venda, dos dias das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da controlada e coligada. **VARIAÇÃO CAMBIAL – Tendo em vista as razões contidas na da mensagem de veto ao artigo 46 do projeto de conversão da MP 135/03, a variação cambial de investimento no exterior não constitui nem despesa dedutível**

nem receita tributável, indicando necessidade de lei expressa nesse sentido.” (Destaque nosso)

Percebe-se que o argumento que fundamentou esta decisão foi a ausência de regra prevendo a possibilidade de tributação – ou dedução – da variação cambial decorrente do investimento no exterior pelo IRPJ e a CSLL, fazendo-se referência ao veto do artigo 46 do Projeto de Lei da Conversão Medida Provisória nº 135/2003, convertida na Lei nº 10.833/2003. Este artigo tinha a seguinte redação:

“Art. 46. A variação cambial dos investimentos no exterior avaliados pelo método da equivalência patrimonial é considerada receita ou despesa financeira, devendo compor o lucro real e a base de cálculo da CSLL relativos ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano-calendário.”

O veto a este dispositivo foi fundamentado nos seguintes termos:

RAZÃO DO VETO

“Não obstante tratar-se de norma de interesse da administração tributária, a falta de disposição expressa para sua entrada em vigor certamente provocará diversas demandas judiciais, patrocinadas pelos contribuintes, para que seus efeitos alcancem o ano-calendário de 2003, quando se registrou variação cambial negativa de, aproximadamente, quinze por cento, o que representaria despesa dedutível para as pessoas jurídicas com controladas ou coligadas no exterior, provocando, assim, perda de arrecadação, para o ano de 2004, de significativa monta, comprometendo o equilíbrio fiscal.”

Esta razão de veto ressalta um aspecto relevante: este é um debate de mão dupla. Caso se entenda que a variação cambial positiva é tributável, naturalmente que a variação cambial negativa teria que ser dedutível.

Como vimos, ao contrário da legislação que a antecedeu, a Lei 12.973 estabeleceu de forma explícita que a variação cambial atrelada ao investimento no exterior não é tributável pelo IRPJ e a CSLL. Contudo, o artigo 77 antes transcrito pode deixar questionamentos sobre se aque-

le tratamento deve se aplicar inclusive no caso da liquidação do investimento na controlada no exterior, como passamos analisar.

3.4.2. A VARIAÇÃO CAMBIAL É LUCRO DA CONTROLADA NO EXTERIOR?

Uma primeira questão a ser examinada é se a variação cambial contabilizada como CTA, integra a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros auferidos pela controlada no exterior.

Um elemento que deve ser levado em consideração para se responder a esta questão é que a Lei 12.973 foi também a lei de adaptação da legislação tributária federal aos *International Financial Reporting Standards – IFRS*. Ou seja, assume-se que o legislador tinha conhecimento do padrão contábil aplicável aos efeitos das mudanças nas taxas de câmbio e conversão de demonstrações contábeis. Tanto assim que a própria Lei 12.973 incluiu, em seu artigo 62, regras a respeito do tratamento aplicável nos casos em que a entidade utiliza uma moeda funcional distinta do real.¹⁹⁵

Tendo este aspecto como premissa, é importante retornarmos à redação do artigo 77 da Lei 12.973. Com efeito, este dispositivo estabelece que “a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior, equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, **excetuando a variação cambial**, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil”. (Destaque nosso)

Ora, de acordo com o CPC 02 a variação cambial vinculada ao investimento no exterior – inclusive na parcela correspondente ao resultado da entidade no exterior – é contabilizada como CTA, no patrimônio líquido. Esta realidade contábil já era conhecida quando da edição da Lei 12.973, já que esta foi a lei de adaptação da legislação tributária fe-

195 Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André. Isenção de Resultados Distribuídos e Cálculo de Juros Sobre o Capital Próprio por Empresas que Utilizam Moeda Funcional Distinta do Real. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume V*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 489-506.

deral aos IFRS. Tendo em conta essas duas premissas, vemos que o artigo 77, ao “excecionar a variação cambial”, exclui da tributação algo que integraria a “parcela do ajuste do valor do investimento” na controlada direta. Afinal, se a mera contabilização como CTA fosse suficiente para estabelecer que tais montantes não integram a “parcela do valor do ajuste do investimento”, não haveria razão para que o artigo 77 a excluísse explicitamente.

Essa conclusão é reforçada pelo entendimento de que o artigo 77 da Lei 12.973, ao tratar da “parcela do ajuste do valor do investimento”, está considerando a variação do custo do investimento no ativo, não a sua contrapartida – seja no patrimônio líquido, seja no resultado.

Portanto, parece-nos que a melhor interpretação da Lei 12.973 é no sentido de a variação cambial contabilizada como CTA, no que se refere aos lucros da controlada no exterior, integra a “parcela do valor do ajuste do investimento”, tendo sido da mesma explicitamente excluída para fins de incidência do IRPJ e da CSLL. Quando este valor é transferido para o resultado da entidade, por ocasião da baixa do investimento, ele segue sendo não tributável.

Assim sendo, a não tributação da variação cambial vinculada aos lucros auferidos pela controlada no exterior, no curso do investimento ou na sua liquidação, é uma decorrência direta do disposto no artigo 77 da Lei 12.973.

Nada obstante, é importante fazermos uma **ressalva**. O CTA não se refere exclusivamente aos lucros da controlada no exterior. Por outro lado, como vimos, as regras de Tributação em Bases Universais referem-se exclusivamente a tais lucros.

Se o CTA inclui valores que não são equivalentes exclusivamente a lucros do exterior, já se pode notar que nem tudo que for transferido para o resultado em decorrência da liquidação do investimento estará sob a incidência do artigo 77 da Lei 12.973.

Ora, o CTA que não estiver associado a lucros auferidos pela controlada no exterior é contrapartida de equivalência patrimonial. Nesse

caso, igualmente não há que se cogitar de tributação e há dois argumentos para sustentar esta conclusão.

O primeiro argumento se basearia no próprio artigo 77 da Lei 12.973. Vejamos, novamente, a sua redação: “**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”. (Destques nossos)

Seria possível sustentar, com base neste dispositivo, que a exceção quanto à variação cambial refere-se à **integralidade** da parcela do ajuste do valor do investimento. Consequentemente, qualquer variação cambial atrelada ao investimento no exterior não seria passível de tributação pelo IRPJ e a CSLL.

Nada obstante, há um argumento adicional. Caso não se entenda que o artigo 77 é tão abrangente ao prever a não tributação da variação cambial, esta decorreria diretamente de sua natureza de **contrapartida de equivalência patrimonial**, estando excluída da incidência do IRPJ e da CSLL por força no disposto no artigo 23, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, no artigo 2º, § 1º, alínea “c”, itens 1 e 4 da Lei nº 7.689/1988, no § 6º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 e no artigo 21 da MP 2.158).

O tema que ora nos ocupa foi analisado, detidamente, por Ramon Tomazela Santos. Embora cheguemos à mesma conclusão, parece-nos que há uma divergência pequena de argumentação entre a posição acima e a defendida pelo referido autor.

Com efeito, segundo vemos, a interpretação de Ramon Tomazela está centrada na alegação de que a variação cambial seria parte integrante do ajuste de equivalência patrimonial e, portanto, sua contrapartida não poderia ser tributada com base nos dispositivos mencionados acima. Veja-se a sua posição:

“Por consequência, sendo uma contrapartida da avaliação do investimento com base no MEP, o valor transferido para as contas de resultado na liquidação do investimento não pode ser tributado pelo IRPJ e pela CSLL, tendo em vista que o artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598/1977, mesmo após a alteração promovida pela Lei nº 12.973/2014, manteve a neutralidade das contrapartidas da avaliação do investimento.

[...]

Na mesma linha, o § 6º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, que também permanece em vigor, dispõe que ‘os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente’. Isso significa que a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior deve ocorrer em conformidade com as normas jurídicas que disciplinam o tema, sendo que, independentemente da adoção do princípio da universalidade para a tributação da renda, o resultado decorrente da avaliação de investimentos em sociedades controladas ou coligadas no exterior pelo MEP permanece não tributável no Brasil, nos termos do Decreto-lei nº 1.598/1977.”¹⁹⁶

Partindo desta premissa, de que estamos diante de um ajuste de equivalência patrimonial não tributável por força do disposto no Decreto-Lei nº 1.598/1977 e na Lei nº 9.249/1995, Ramon Tomazela chega ao artigo 77 da Lei 12.973, de modo que, segundo a sua construção, a exclusão da variação cambial neste último dispositivo seria consequência de sua caracterização como ajuste de equivalência patrimonial, neutro para fins fiscais.¹⁹⁷

Contudo, como vimos, parece-nos que o que fez a Lei 12.973 foi exatamente tornar tributável uma parte do ajuste de equivalência patrimonial, a qual chamou de “parcela do ajuste do valor do investimento” equivalente aos lucros da controlada no exterior. Esta constatação, con-

196 SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 92-93.

197 SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 93-96.

forme apontamos, parece inquestionável, ao menos no que se refere às controladas diretas.

Logo, não seria possível, à primeira vista, justificar a não tributação da variação cambial, neste caso, integralmente nos dispositivos que estabelecem a neutralidade das contrapartidas, positivas ou negativas, de equivalência patrimonial.

Assim sendo, aceitando a premissa de que a variação cambial integraria a “parcela do ajuste do valor do investimento” em controlada no exterior, a previsão explícita no sentido de sua não tributação seria independente desses dispositivos que tratam da disciplina tributária das contrapartidas de equivalência patrimonial.

Portanto, nossa conclusão é no sentido de que a não tributação da variação cambial contabilizada no patrimônio líquido, vinculada a lucros de controlada no exterior, é uma decorrência direta do disposto no artigo 77 da Lei 12.973, que expressamente a exclui do campo da tributação. De outra parte, não há nada na lei que indique que esta regra deixaria de irradiar efeitos quando da liquidação, parcial ou total, do investimento no exterior. Afinal, tais montantes seguem sendo uma contrapartida da participação na controlada no exterior e, portanto, têm seus efeitos fiscais regidos pelo aludido artigo 77.

De outra parte, o CTA que não for vinculado aos lucros auferidos pela controlada no exterior tem natureza de contrapartida de equivalência patrimonial e, conseqüentemente, não é tributável, seja pelo IRPJ e a CSLL, seja pela Contribuição para o PIS e a COFINS (artigo 3º, § 2º, II da Lei nº 9.718/98; artigo 1º, § 3º, V, “b”, da Lei nº 10.637/2002; artigo 1º, § 3º, V, “b”, da Lei nº 10.833/2003).

Note-se que, em relação ao PIS e à COFINS, como estamos fora do escopo do artigo 77 da Lei 12.973, a natureza dos valores transferidos do patrimônio líquido para o resultado é integralmente de contrapartida de equivalência patrimonial, de modo que seu tratamento será integralmente neutro para fins fiscais.

Em debates com interlocutores já ouvimos posições no sentido de que com a liquidação da participação – especialmente quando ela é to-

tal – os valores que haviam sido contabilizados como CTA e que passam para o resultado da entidade deixariam de ser tratados como “lucros do exterior”, de modo que não lhes seria mais aplicável o artigo 77.

Não concordamos com esta posição, entretanto, ela não tem nenhuma consequência quanto ao tratamento fiscal do CTA transferido para o resultado do exercício.

Veja-se que, em linha com o afirmamos anteriormente, na origem o CTA é uma contrapartida de equivalência patrimonial. Ela passaria a ser tributada em razão da redação dos artigos 76 e 77 da Lei 12.973. Contudo, ela não perde sua natureza de contrapartida de equivalência patrimonial, somente passa a ser tributável.

Seguindo esse raciocínio, caso se entenda que a situação concreta em questão está sob a incidência do artigo 77, como defendemos, a ausência de efeitos tributários – tributação ou dedução – será uma consequência do próprio artigo 77. Contudo, em se entendendo que com a liquidação do investimento este artigo não seria mais aplicável, retornaríamos para o regime geral de não tributação de contrapartidas de equivalência patrimonial, com base nos dispositivos já mencionados.

3.4.3. O JULGAMENTO DO CARF NO “CASO ACHÈ”

Em pelo menos uma situação o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“CARF”) analisou o tema em questão. O Caso Achè foi decidido pela Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (“CSRF”) em dezembro de 2013, **pelo voto de qualidade**. O tema objeto do Acórdão nº 9101001.847 era exatamente o tratamento a ser dispensado à variação cambial atrelada ao investimento no exterior no caso de um evento de liquidação.¹⁹⁸ A ementa deste acórdão tem a seguinte redação:

198 Sobre o tema, ver: MUSA, Simone Dias; RAVELLI, Reinaldo. Os Efeitos da Equivalência Patrimonial sobre a Tributação de Lucros Auferidos por Controladas no Exterior. In: *Temas Atuais em Tributação Internacional*. São Paulo: Trench, Rossi e Watanabe Advogados, 2020. p. 17-19; SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 100-104.

“TRIBUTAÇÃO DE VARIAÇÃO CAMBIAL APURADA EM RELAÇÃO A INVESTIMENTOS DETIDOS NO EXTERIOR. RESGATE DE AÇÕES.

A variação cambial apurada em resgate de ações de companhia estrangeira não se confunde com a mera flutuação cambial decorrente de ajuste de equivalência patrimonial, constituindo-se rendimentos tributáveis, devendo, por expressa disposição de lei, ser submetida à incidência do imposto de renda e das contribuições sociais lançadas por via reflexa.”

Já se nota, pela redação da ementa, que nesta decisão partiu-se da premissa – difícil de ser sustentada, diga-se de passagem – de que não há conexão entre a variação cambial e a variação do custo do investimento por equivalência patrimonial. Esta posição fica ainda mais clara na leitura do voto vencedor neste caso, elaborado pelo então conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, que inicia sua manifestação ressaltando a diferença, em sua visão, entre a variação cambial no curso do investimento e a variação cambial na sua liquidação:

“Primeiramente destaco que há que se distinguir entre variação cambial do valor do investimento no estrangeiro na sua constância e variação cambial do valor do investimento no estrangeiro quando da sua realização/liquidação ou baixa (no caso por via do resgate de ações). São situações completamente distintas e que afetam a composição patrimonial, o fluxo de caixa, bem como tem impacto diferente na arrecadação, e, portanto na política tributária (motor das alterações legislativas na matéria tributária).”

O voto do relator designado destacou que o lançamento havia se fundado especialmente no artigo 375 do Regulamento do Imposto de Renda (“RIR”) de 1999, replicado no artigo 405 do RIR/2018. Em textual:

“Art. 375. Na determinação do lucro operacional deverão ser incluídas, de acordo com o regime de competência, as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito do contribuinte, assim como os ganhos cambiais e monetários realizados no pagamento

de obrigações (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 18, Lei nº 9.249, de 1995, art. 8º).”

Percebe-se, pela fundamentação no artigo 375, que a posição acolhida pelo CARF foi no sentido de que a liquidação do investimento resultaria na tributação dos valores referentes à variação cambial positiva, que naquele período transitavam pelo resultado, como receita financeira. Veja-se, a seguir, a conclusão do voto vencedor:

“Fica patente, portanto a inclusão da parcela da variação cambial na base de cálculo do IRPJ e da CSLL quando da liquidação/baixa do investimento no exterior, por se tratarem de receitas financeiras que afetam o patrimônio.

No que diz respeito às Contribuições para PIS/COFINS a incidência decorre da caracterização dessas receitas como receitas financeiras, tratando-se de lançamento reflexo, sendo irretocável as razões de decidir exaradas no acórdão recorrido, pela qual não merecem reparo (também com base na incidência expressa do art. 9º da Lei n. 9.718/98 e art. 30 da MP nº 1.85810/99).”

O equívoco na aplicação do artigo 375 do RIR/99 – artigo 405 do RIR/18 – nos parece evidente. Da sua leitura fica claro que ele se aplica em duas situações: (i) quando há variações monetárias de direitos de crédito; ou (ii) quando se verificam ganhos cambiais e monetários no pagamento de obrigações.

Ora, no caso da variação cambial atrelada a investimentos no exterior não se verifica nem uma coisa nem outra. A participação societária na controlada no exterior não é um crédito nem um passivo, de modo que é simplesmente incorreto pretender aplicar o artigo 375 do RIR/99 – artigo 405 do RIR/18 – neste caso.

Há uma definição de receita financeira no artigo 9º da Lei nº 9.718/98, que inclui uma referência às variações de câmbio, nos seguintes termos:

“Art. 9º. As variações monetárias dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis por disposição legal ou contratual

serão consideradas, para efeitos da legislação do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, da contribuição PIS/PASEP e da COFINS, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso.”

Mais uma vez notamos que o dispositivo se refere a variações monetárias (i) de direitos de crédito e (ii) de obrigações do contribuinte em função da taxa de câmbio.

Além de se equivocar quanto à aplicação do artigo 375 do RIR/99, esta decisão, segundo vemos, cometeu um segundo erro, ao alegar que a tributação, naquele caso, decorria da inexistência de regra autorizando a exclusão da receita da base de cálculo do IRPJ e da CSLL – este argumento foi utilizado especificamente para estes dois tributos. Veja-se o seguinte trecho do voto do relator:

“Ora, é justamente o contrário. Ocorrido o fato gerador previsto na legislação tributária (CTN art. 43, e §§, que corresponde à variação patrimonial positiva decorrente do ganho com a variação cambial, conforme disciplinado no caso específico pela norma do art. 18 do Decreto-Lei nº 1.598/77), para haver a exclusão desta parcela da base de cálculo do IRPJ (e da CSLL) há que se ter uma norma específica excluindo tal parcela da tributação. Na lógica do IRPJ, toda receita que implique variação patrimonial positiva deve ser incluída no cômputo da base de cálculo, a não ser que haja uma previsão legal expressa excluindo-a; e no caso de despesas/custos, devem ser deduzidas no cômputo da base de cálculo, conforme previsão legal, tendo como ponto de partida a contabilidade comercial.”

Como vimos, a natureza desta receita é de contrapartida de equivalência patrimonial. Logo, sempre houve, pelo menos há mais de quarenta anos, regra estabelecendo a exclusão deste tipo de receita da base de cálculo do IRPJ: trata-se do artigo 23, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.598/1977. A Lei nº 7.689/1988 sempre previu o mesmo tratamento para a CSLL. Mais recentemente – mas há mais de vinte anos já – a mesma disciplina foi prevista no § 6º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, aplicável à CSLL por conta do artigo 21 da MP 2.158. Vale observar que

a mesma regra existe para a Contribuição para o PIS e para a COFINS (artigo 3º, § 2º, II da Lei nº 9.718/98; artigo 1º, § 3º, V, “b”, da Lei nº 10.637/2002; artigo 1º, § 3º, V, “b”, da Lei nº 10.833/2003).

Nessa linha de entendimentos, percebe-se que esta decisão não reflete a melhor compreensão dos fatos envolvidos na situação em tela nem a melhor interpretação da legislação aplicável, lembrando que este caso foi decidido antes da entrada em vigor da Lei 12.973.

Recentemente, a Receita Federal, através de sua Coordenação-Geral de Tributação (“COSIT”), editou a Solução de Consulta nº 39/2021, a qual lidou exatamente com a matéria sob exame neste estudo. Analisaremos esta decisão no tópico a seguir.

3.4.4. A SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 39/2021

A COSIT analisou esta questão na Solução de Consulta nº 39/2021. A posição das autoridades fiscais destoou daquela adotada pelo CARF no Caso Achê, tendo como ponto de partida o reconhecimento de que a natureza da variação cambial atrelada a investimentos no exterior é de resultado de equivalência patrimonial. Veja-se a ementa desta decisão:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ CONTROLADA NO EXTERIOR. REDUÇÃO DE CAPITAL. GANHO DE CAPITAL. VARIAÇÃO CAMBIAL.

A variação cambial de investimento no exterior, avaliado pelo método de equivalência patrimonial, compõe o custo do investimento para efeito de apuração do ganho ou perda de capital.

A variação cambial do investimento no exterior registrada em conta de patrimônio líquido constitui contrapartida do ajuste do valor do investimento, tal qual previsto no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Em observância ao referido artigo, a variação cambial deverá ser ajustada na apuração do lucro real quando houver sua reclassificação do patrimônio líquido para o resultado do exercício nas situações previstas pela legislação comercial.

Dispositivos Legais: Decreto-lei nº 1.598, de 1977, arts. 23 e 33; Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 2017, arts. 181 e 184.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL

CONTROLADA NO EXTERIOR. REDUÇÃO DE CAPITAL. GANHO DE CAPITAL. VARIAÇÃO CAMBIAL.

A variação cambial de investimento no exterior, avaliado pelo método de equivalência patrimonial, compõe o custo do investimento para efeito de apuração do ganho ou perda de capital.

A variação cambial do investimento no exterior registrada em conta de patrimônio líquido constitui contrapartida do ajuste do valor do investimento, tal qual previsto no art. 23 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977. Em observância ao referido artigo, a variação cambial deverá ser ajustada na apuração da base de cálculo da CSLL quando houver sua reclassificação do patrimônio líquido para o resultado do exercício nas situações previstas pela legislação comercial.

Dispositivos Legais: Decreto-lei nº 1.598, de 1977, art. 33; Lei nº 7.689, de 1988, art. 2º, §1º, alínea “c”, itens 1 e 4; Instrução Normativa RFB nº 1.700, de 2017, arts. 181 e 184.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

CONTROLADA NO EXTERIOR. REDUÇÃO DE CAPITAL. VARIAÇÃO CAMBIAL.

Para fins de apuração da Contribuição para o PIS/Pasep, a variação cambial oriunda de participação societária no exterior será oferecida à tributação quando da liquidação do investimento, ainda que parcial.

PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 652, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2017, PUBLICADA NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DE 03 DE JANEIRO DE 2018.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.637, de 2002, art. 1º; Lei nº 9.718, de 1988, art. 9º; Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 30.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

CONTROLADA NO EXTERIOR. REDUÇÃO DE CAPITAL. VARIAÇÃO CAMBIAL.

Para fins de apuração da Cofins, a variação cambial oriunda de participação societária no exterior será oferecida à tributação quando da liquidação do investimento, ainda que parcial.

PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 652, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2017, PUBLICADA NO DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO DE 03 DE JANEIRO DE 2018.

Dispositivos Legais: Lei nº 10.833, de 2003, art. 1º; Lei nº 9.718, de 1988, art. 9º; Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 30.”

De acordo com os fatos narrados nesta solução de consulta, a empresa consulente questionou sobre o tratamento das variações cambiais atreladas a investimento no exterior por ocasião de sua liquidação. O seu entendimento era no sentido de que “que as variações cambiais positivas de investimento no exterior, avaliados pelo método da equivalência patrimonial (MEP), se qualificam como ajustes deste, compondo o custo do investimento e não influenciando a base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS/Pasep. Dessa forma, as variações cambiais positivas, até a data da baixa ou alienação do investimento no exterior, incluindo a hipótese de redução de capital de controlada no exterior, não devem ser computadas na determinação dos tributos federais, uma vez que tais variações fariam parte do custo do investimento e não existiria norma legal que determinasse a adição de variação cambial às bases de cálculo do IRPJ, da CSLL, da Cofins e da Contribuição para o PIS/Pasep”.

Já se nota aqui que o foco da consulta era uma situação onde ocorria uma redução de capital sem liquidação da entidade no exterior.

Como mencionamos, o entendimento da COSIT foi no sentido de que “ainda que componha o resultado do exercício da pessoa jurídica no Brasil quando da liquidação do investimento no exterior, a varia-

ção cambial mantém a sua natureza de contrapartida de ajuste do valor do investimento, e por isso permanece não afetando as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, em conformidade com o art. 23, parágrafo único do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, e com o art. 2º, § 1º, alínea “c”, itens 1 e 4 da Lei nº 7.689, de 1988, o que está refletido no art. 181, §2º da Instrução Normativa RFB nº 1.700”.

Embora cheguemos ao mesmo resultado – não tributação –, a posição que defendemos acima é levemente distinta daquela sustentada nesta solução de consulta, exclusivamente no que se refere à variação cambial atrelada aos lucros auferidos pela controlada no exterior.

De fato, a fundamentação da Solução de Consulta COSIT nº 39/2021 dá a entender que o artigo 77 da Lei 12.973 apenas afastaria a tributação da variação cambial na constância do investimento na controlada no exterior. De fato, ficou lá registrado que “as variações cambiais positivas do investimento no exterior, enquanto este for mantido pela pessoa jurídica brasileira, não são alcançadas pela tributação, pelo IRPJ ou pela CSLL, por conta do art. 77, *caput* e §1º da Lei nº 12.973, de 2014”.

Entretanto, conforme defendemos anteriormente, não vemos restrição à aplicação deste artigo 77 mesmo no evento de liquidação total do investimento no exterior. A previsão ali estabelecida determina a não tributação da variação cambial vinculada ao investimento na controlada no exterior. Logo, mesmo na hipótese da sua liquidação seria aplicável o mencionado dispositivo.

Nossa discordância com a posição sustentada nesta parte da Solução de Consulta COSIT nº 39/2021 é limitada à aplicação ou não do artigo 77 da Lei 12.973. Contudo, como vimos, chegamos à mesma conclusão, mesmo que nos valendo de argumentos distintos. Ademais, não discordamos da natureza de contrapartida de equivalência patrimonial do CTA. Muito mais grave é nossa divergência com a interpretação da Receita Federal sobre o enquadramento da situação em tela na legislação do PIS e da COFINS.

Supreendentemente, depois de sustentar que para o IRPJ e a CSLL o CTA reconhecido no resultado teria natureza de contrapartida de equivalência patrimonial, defendeu a COSIT que para fins da incidência da Contribuição para o PIS e da COFINS o mesmo fato econômico teria natureza de resultado de variação cambial. O equívoco dificilmente poderia ser mais evidente.

Com efeito, um mesmo fato econômico não poder ser duas coisas ao mesmo tempo, não tem como ter duas naturezas simultaneamente. Ou se trata de contrapartida de equivalência patrimonial, ou de resultado de variação cambial. Nunca as duas coisas.

Não podemos esquecer que, como já pontuamos, a legislação de regência da Contribuição para o PIS e da COFINS estabelece a não incidência das contribuições sobre os resultados positivos de equivalência patrimonial (artigo 3º, § 2º, II da Lei nº 9.718/98; artigo 1º, § 3º, V, “b”, da Lei nº 10.637/2002; artigo 1º, § 3º, V, “b”, da Lei nº 10.833/2003). Consequentemente, não há qualquer razão para que o tratamento dispensado neste caso ao PIS e à COFINS seja distinto daquele atribuído ao IRPJ e à CSLL.

Ao analisarmos a fundamentação da decisão da COSIT, verificamos que a Solução de Consulta nº 39/2021 se baseou na Solução de Consulta nº 652/2017, cuja ementa é a seguinte:

“ADIANTAMENTO A FORNECEDORES. REGIME NÃO CUMULATIVO. VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. ALÍQUOTA ZERO. INAPLICABILIDADE.

As variações monetárias ativas dos direitos de crédito em função da taxa de câmbio são consideradas, para efeitos da legislação da Cofins, como receitas financeiras, devendo integrar a base de cálculo dessa contribuição.

Por representarem direitos do Consulente contra o fornecedor localizado no exterior, os adiantamentos a esses fornecedores não se enquadram no art. 1º, § 3º, II, do Decreto nº 8.426, de 2015,

para efeito de alíquota zero da Cofins incidente sobre a variação cambial ativa relativa a esses direitos. [...]

ADIANTAMENTO A FORNECEDORES. REGIME NÃO CUMULATIVO. VARIAÇÃO CAMBIAL ATIVA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. ALÍQUOTA ZERO. INAPLICABILIDADE.

As variações monetárias ativas dos direitos de crédito em função da taxa de câmbio são consideradas, para efeitos da legislação da Contribuição para o PIS/Pasep, como receitas financeiras, devendo integrar a base de cálculo dessa contribuição.

Por representarem direitos do Consulente contra o fornecedor localizado no exterior, os adiantamentos a esses fornecedores não se enquadram no art. 1º, § 3º, II, do Decreto nº 8.426, de 2015, para efeito de alíquota zero da Contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre a variação cambial ativa relativa a esses direitos. [...].”

As autoridades fiscais partiram desta solução de consulta para concluir que o CTA, ao ser transferido para o resultado, também teria natureza de receita de variação cambial. Nada obstante, não é necessário grande esforço interpretativo para verificar não existir qualquer identidade fática entre a Solução de Consulta COSIT nº 39/2021 e a Solução de Consulta COSIT nº 652/2017.

De fato, na Solução de Consulta COSIT nº 652/2017 estamos diante de verdadeira receita decorrente dos efeitos da variação do câmbio sobre um direito de crédito. Não há a menor dúvida de que, considerando a legislação em vigor, receitas financeiras decorrentes de variações na taxa de câmbio são, via de regra, tributáveis pela Contribuição para o PIS e pela COFINS.¹⁹⁹ Essa não é a questão. O ponto central aqui é que, segundo a própria COSIT, estamos diante de uma receita de equivalência patrimonial, e não de uma receita de variação cambial.

A posição adotada na Solução de Consulta COSIT nº 39/2021 em relação ao tratamento a ser dispensado à Contribuição para o PIS

199 O Decreto nº 8.426/2015 prevê situações nas quais não haverá a incidência do PIS e COFINS sobre receitas financeiras decorrentes da variação do câmbio (artigo 1º, § 3º).

e à COFINS é intrínseca e insuperavelmente contraditória com aquela adotada em relação ao IRPJ e à CSLL. Consequentemente, só podemos concluir que a interpretação sobre a incidência do PIS e da COFINS, neste caso, mostra-se simplesmente equivocada.

3.4.5. VARIAÇÃO CAMBIAL E O CUSTO DO INVESTIMENTO PELO MEP

Nas discussões sobre este tema, por vezes se sustenta que, uma vez que a variação cambial não seria tributada, ela deveria ser expurgada do custo do investimento para fins de cálculo de eventual ganho de capital, na hipótese de alienação da participação societária.

Como apontamos na nota 4, foi exatamente o que se tentou na redação original do Projeto de Lei nº 2.337/2021, cujo artigo 15 propunha a inclusão de um § 5º do artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, segundo o qual “não será computado no valor contábil de que trata este artigo o acréscimo ou a diminuição decorrente de variações cambiais registradas pela investidora sobre o valor do investimento no exterior.” Este dispositivo não foi aprovado pela Câmara dos Deputados.

Tendo em conta a legislação em vigor, realmente não há nenhum dispositivo que autorize qualquer ajuste no custo do investimento na controlada no exterior para fins de cálculo de ganho de capital. De acordo com o artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977:

“Art. 33. O valor contábil, para efeito de determinar o ganho ou perda de capital na alienação ou liquidação do investimento avaliado pelo valor de patrimônio líquido (art. 20), será a soma algébrica dos seguintes valores: (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

I – valor de patrimônio líquido pelo qual o investimento estiver registrado na contabilidade do contribuinte;

II – de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20, ainda que tenham sido realizados na escrituração comercial do contribuinte, conforme previsto no art. 25 deste Decreto-Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)

§ 1º REVOGADO

§ 2º Não será computado na determinação do lucro real o acréscimo ou a diminuição do valor de patrimônio líquido de investimento, decorrente de ganho ou perda por variação na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da investida. (Redação dada pela Lei nº 12.973, de 2014) (Vigência)”

A regra em vigor é clara, o ponto de partida para o cálculo do eventual ganho ou perda de capital na hipótese de alienação do investimento será aquele definido pela contabilidade com base no MEP. A neutralidade da contrapartida de equivalência patrimonial é irrelevante para esses propósitos. Não foi por outra razão que o Projeto de Lei nº 2.337/2021 pretendeu alterar exatamente este artigo 33, para prever que a variação cambial seria expurgada do custo do investimento.

Concordamos, portanto, com Ramon Tomazela, para quem “apesar do trânsito dos valores em questão pelo resultado, o ganho de capital deve ser apurado seguindo as regras tributárias em vigor para os investimentos avaliados pelo MEP (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977)”.²⁰⁰

3.4.6. CONCLUSÃO DESTE ITEM

Diante dos comentários anteriores, podemos resumir as conclusões desta seção da seguinte maneira:

1. A variação cambial atrelada ao ajuste do valor do investimento em controlada no exterior, correspondente aos lucros auferidos por esta entidade, não é passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL, mesmo que contabilizada no patrimônio líquido como CTA.
2. A não incidência do IRPJ e da CSLL sobre tais montantes é baseada no artigo 77 da Lei 12.973. A aplicação deste dispositivo não está limitada ao período de constância do investimento na controlada no exterior, de modo que o mesmo será igualmente aplicável por ocasião da alienação ou liquidação do investimento.

200 SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 96.

3. O restante do CTA, não vinculado a lucros da controlada no exterior, transferido para o resultado da entidade por ocasião da alienação ou liquidação do investimento, não está sujeito à incidência do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS e da COFINS, por ter natureza de contrapartida de equivalência patrimonial.
4. Neste caso, a não incidência desses tributos terá fundamento nos dispositivos que estabelecem a neutralidade tributária das contrapartidas do ajuste do custo do investimento na controlada no exterior pelo MEP (artigo 23, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.598/1977; artigo 2º, § 1º, alínea “c”, itens 1 e 4 da Lei nº 7.689/1988; § 6º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995; artigo 21 da MP 2.158; artigo 3º, § 2º, II da Lei nº 9.718/98; artigo 1º, § 3º, V, “b”, da Lei nº 10.637/2002; e artigo 1º, § 3º, V, “b”, da Lei nº 10.833/2003).
5. Na Solução de Consulta COSIT nº 39/2021, as autoridades fiscais manifestaram entendimento pela não incidência do IRPJ e da CSLL sobre o CTA transferido para o resultado do exercício por ocasião da alienação ou liquidação do investimento no exterior. Nada obstante, equivocadamente sustentou-se que haveria a incidência do PIS e da COFINS sobre tais montantes.
6. O fato de o CTA não ser tributável, nem mesmo quando reclassificado para o resultado do exercício, não tem qualquer impacto sobre a determinação do custo do investimento na controlada no exterior. Assim sendo, no caso de alienação da participação societária, eventual ganho ou perda de capital será calculada com base no artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

3.5. PREJUÍZOS ACUMULADOS ANTES DA LEI 12.973

Estabelece o § 2º do artigo 77 da Lei 12.973 que “o prejuízo acumulado da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior referente aos anos-calendário anteriores à produção de efeitos desta lei poderá ser compensado com os lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB”.

O primeiro ponto importante deste dispositivo é que ele se aplica ao prejuízo acumulado pelas controladas direta e indireta em anos-calandário anteriores à entrada em vigor da Lei 12.973. Tal prejuízo poderá ser compensado com lucros futuros da mesma entidade que os gerou, sendo que **o único requisito para tal compensação é que o estoque de prejuízo seja informado à Receita Federal.**

A matéria foi regulamentada pelo artigo 10 da IN 1.520. O § 3º deste dispositivo esclareceu que “a compensação do prejuízo acumulado com os lucros futuros da mesma controlada no exterior será efetuada antes de sua conversão em Reais”.

Já o § 4º do mencionado artigo 10 trouxe regra que já se inferia do disposto na Lei 12.973, mas que se preferiu prever expressamente, ao estabelecer que “a compensação de prejuízo acumulado no exterior com lucros futuros da mesma pessoa jurídica não está sujeita ao limite previsto no art. 15 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995”. Uma vez que cuida o § 2º do artigo 77 da Lei 12.973 da compensação de prejuízo contábil, não faria sentido que se aplicasse a chamada “trava de 30%” na compensação dos prejuízos em questão. De toda maneira, a IN 1.520 deixou claro que essa restrição à compensação dos prejuízos fiscais apurados por pessoas jurídicas brasileiras não se aplica a este caso.

A aplicação da regra prevista no § 2º do artigo 77 da Lei 12.973, contudo, tem gerado algumas dúvidas, que passamos a analisar.

3.5.1. QUE PREJUÍZO PODERÁ SER UTILIZADO NOS CASOS DE CONTROLE DIRETO E INDIRETO?

O § 2º do artigo 77 da Lei 12.973 parece bastante claro no sentido de que o estoque de prejuízos **da controlada direta e da controlada indireta** pode ser utilizado para a compensação contra lucros futuros **da mesma entidade que os gerou**. Portanto, a redação deste dispositivo nos leva a concluir que o valor total do prejuízo de cada entidade poderá ser utilizado para compensação.

Contudo, esta linha interpretativa tem gerado algumas dúvidas, principalmente pelo fato de que o prejuízo da controlada indireta pode ter sido consolidado na controlada direta (sob o regime do artigo 74 da

MP 2.158), de modo que, do ponto de vista econômico, a posição de que o valor total do prejuízo de cada entidade seria passível de utilização pode levar a uma dupla compensação do mesmo prejuízo.

Imagine-se uma situação em que a controladora brasileira “A” possui a controlada indireta “C”, que teve um prejuízo de (\$500) em 2014. A empresa “B” no exterior, controlada direta de “A” e controladora de “C”, teve um lucro próprio de \$ 200, mas, ao reconhecer o prejuízo de “C”, por equivalência patrimonial, acabou com um prejuízo de (\$ 300). Neste caso, vê-se que uma parcela do prejuízo de “B” – (\$ 200) – já foi utilizada para evitar a adição do lucro auferido pela empresa “B” no Brasil em 2014. Por outro lado, o prejuízo de “B” é um reflexo do prejuízo de “C”.

No ano de 2015, a controlada direta “B” apurou um lucro de \$ 300 e a controlada indireta “C”, um lucro de \$ 400.

Considerando esta situação hipotética, a questão que se apresenta é: qual o prejuízo passível de utilização em 2015?

- Seriam os (\$ 300) da empresa “B” e os (\$ 500) de “C”, de modo que nenhum lucro seria adicionado no Brasil e ainda haveria um saldo de prejuízo de \$ 100 em “B”? (**Caso 1**)
- Seriam utilizáveis os (\$ 500) em “C”, de maneira que nenhum lucro de “C” seria adicionado, sobrando um saldo de (\$ 100) nesta empresa, não se reconhecendo a “B” nenhum prejuízo? (**Caso 2**)
- Seriam utilizáveis (\$ 300) em “B”, compensando-se o lucro de 2015, mas sem saldo para exercícios futuros, não se reconhecendo a “C” nenhum prejuízo? (**Caso 3**)
- Seriam utilizáveis (\$ 300) em “C” (prejuízo de (\$500) descontado dos (\$200) já utilizados em 2014), adicionando-se (\$ 100) dos resultados desta empresa? (**Caso 4**)

Considerando o “Caso 1”, por mais que se possa vislumbrar um efeito econômico de dupla utilização do prejuízo no exterior, entendemos que, do ponto de vista jurídico, é razoável sustentar a interpretação de que o prejuízo integral de cada entidade poderá ser utilizado – ou seja, seria possível a apropriação do prejuízo de cada entidade, mesmo que este já tenha

sido utilizado em período anterior. Até porque, caso não se quisesse permitir a utilização integral do prejuízo da controlada direta e das controladas indiretas, ter-se-ia redigido este dispositivo de forma distinta.

A autorização da compensação integral do prejuízo acumulado de cada controlada direta e indireta é até mesmo uma medida de praticabilidade. Com efeito, considerando que não há limites temporais para a compensação desses prejuízos, para alguns grupos seria extremamente trabalhosa (para evitar o uso da expressão virtualmente impossível) a “viagem no tempo” para recompor os prejuízos de cada empresa, expurgando os efeitos do prejuízo de uma controlada indireta em sua controladora direta. Esse argumento pode não ser o fundamento da posição apresentada no item anterior sobre a interpretação do § 2º do artigo 77 – ou seja, nossa posição decorre da interpretação do texto e não da maior dificuldade operacional de interpretação diversa. Contudo, pode ter sido a razão da opção do legislador pela autorização da apropriação dos prejuízos contábeis integrais das controladas diretas e indiretas.

Por outro lado, a regra prevista no § 1º do artigo 76 da Lei 12.973 parece inaplicável a este caso de prejuízos acumulados em anos anteriores. Afinal, ela trata do registro contábil dos resultados auferidos a partir da entrada em vigor da lei.

Assim sendo, é possível adotar posição no sentido de que a Lei 12.973 autoriza a compensação integral dos prejuízos acumulados de cada controlada direta e indireta, com resultados futuros da mesma entidade que os gerou, sendo que o único requisito a ser observado é a informação dos estoques de prejuízo para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, na forma prevista no artigo 38 da IN 1.520.

Parece-nos que o único argumento para se questionar esta interpretação teria que partir do debate sobre o alcance da expressão “que lhes deu origem”, utilizada no § 2º do artigo 77, que transcrevemos novamente para fins de maior clareza da questão:

“O prejuízo acumulado da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior referente aos anos-calendário anteriores

à produção de efeitos desta Lei poderá ser compensado com **os lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem**, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB.”²⁰¹ (Destaque nosso)

Como vimos no exemplo posto anteriormente, o prejuízo da empresa “B” foi decorrente do reflexo da equivalência patrimonial na empresa “C”. Eis a questão: é possível afirmar que a empresa “B” deu origem ao prejuízo nela contabilizado?

Entendemos ser possível defender que sim. Ora, se participar em outras empresas é parte do objeto da empresa “B”, o resultado negativo de equivalência é um resultado negativo de sua atividade e, assim, o prejuízo contabilizado por “B” seria um prejuízo próprio, e não de terceiros. Nessa linha de entendimento, cremos ser possível afastar a interpretação apresentada no “Caso 2”.

Se a hipótese apresentada no “Caso 2” não parece refletir a melhor interpretação do dispositivo ora em comento – embora seja possível ter alguma discussão sobre o alcance da expressão “que lhes deu origem” – cremos que o “Caso 3” não teria qualquer lastro no § 2º do artigo 77.

Com efeito, este dispositivo não trouxe nenhum texto que possa ser interpretado na linha de que eventual prejuízo de controlada indireta, que já tenha sido utilizado pela controlada direta para compensar lucros que seriam adicionados no Brasil, não poderia ser utilizado novamente.

Dessa maneira, somos da opinião de que o § 2º do artigo 77 deve ser interpretado a partir de seus limites textuais, sem considerar eventuais efeitos econômicos que não sejam ali tratados.

Como vimos, embora esta interpretação seja possível, considerando o texto do § 2ª do artigo 77 da Lei 12.973, pode-se objetar que o prejuízo registrado em “B” não foi gerado por ela, o que impediria sua compensação.

201 Artigo 10 da IN 1.520.

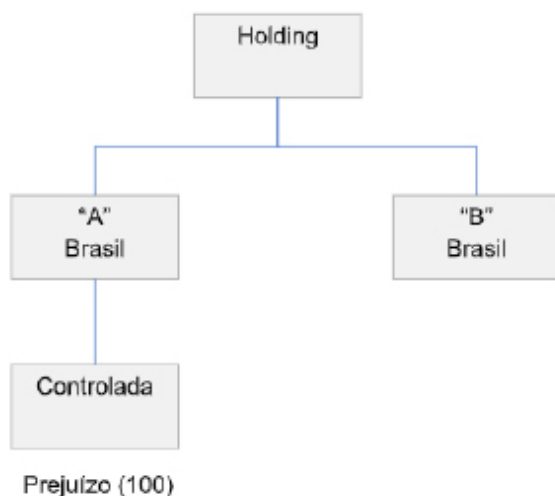
Entretanto, mesmo que se concorde com esta posição, cremos que cairíamos no “Caso2” descrito acima, no qual se reconhece o prejuízo integral registrado na empresa “C” (controlada indireta de “A”), afastando-se, portanto, os “Casos 3 e 4”.

De fato, não parece haver dúvidas quanto à existência do prejuízo registrado na empresa “C”. A sua redução e compensação com o valor utilizado no ano anterior por “B” certamente dependeria de previsão legal expressa.

Nessa linha de ideias, na hipótese de se entender que “B” não teria direito à utilização de seu prejuízo, cuja origem estaria em “C”, ainda assim não haveria argumento para se alegar que “C” não teria direito ao uso do seu prejuízo integral.

3.5.2. É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DE PREJUÍZO DE CONTROLADA QUE ESTAVA SOB O CONTROLE DE OUTRA EMPRESA DO MESMO GRUPO?

Esta é uma questão interessante, que não encontra resposta evidente na Lei 12.973. Imagine-se a situação hipotética a seguir:



Agora, suponhamos que, em razão de uma reorganização dentro do grupo, a controlada no exterior seja transferida da Empresa A para a Empresa B. A questão, então, seria se o prejuízo acumulado pela controlada no exterior ainda seria passível de compensação com lucros futuros dela própria, ou se a transferência do seu controle direto teria algum impacto sobre o uso de tais prejuízos acumulados.

Tanto a Lei 12.973 quanto a IN 1.520 são silentes sobre a solução desta questão. Quer-nos parecer, contudo, que sendo feita a transferência dentro do mesmo grupo, mantido o controle indireto pela mesma empresa brasileira, assegurar-se-ia o direito à utilização do prejuízo acumulado da empresa estrangeira para a compensação contra seus lucros futuros. Seria possível argumentar até mesmo que essa interpretação teria fundamento numa aplicação analógica do artigo 584 do Regulamento do Imposto de Renda.²⁰²

Note-se que estamos assumindo, aqui, que a transferência tenha ocorrido posteriormente à entrada em vigor da Lei 12.973. Caso a mesma tenha sido realizada antes, cremos que a discussão sequer se apresentaria.

3.5.2.1. A NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DOS PREJUÍZOS EM 2015

Uma questão que deve ser considerada, é que os prejuízos acumulados em questão são aqueles que a controlada no exterior possuía antes da entrada em vigor da Lei 12.973.

Ao analisarmos a IN 1.520, há uma indicação de que, para a utilização dos créditos acumulados, eles deveriam ser informados à Receita Federal até 30 de setembro de 2015 (artigo 38, § 1º). Logo, uma interpretação possível da posição das autoridades fiscais é a de que o aproveitamento do crédito estaria condicionado à apresentação dessa informação, naquele prazo.

202 “Art. 584. A pessoa jurídica não poderá compensar seus próprios prejuízos fiscais se entre a data da apuração e da compensação houver ocorrido, cumulativamente, modificação de seu controle societário e do ramo de atividade (Decreto-Lei nº 2.341, de 29 de junho de 1987, art. 32).”

O próprio § 2º do artigo 77 da Lei 12.973 estabelece o direito de utilização do prejuízo contábil acumulado “desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB”.

Obviamente, uma pessoa jurídica que receba a transferência da participação societária na controlada estrangeira não terá declarado estoque de prejuízos em 2015. A questão, então, seria: uma vez que a controladora original houvesse declarado os prejuízos, a nova controladora poderia reconhecê-los, mesmo fora do prazo previsto na instrução normativa?

Neste caso, em que estamos diante de uma reorganização intra-grupo, e com o controle indireto brasileiro inalterado, parece-nos acertado sustentar que sim. Afinal, há um claro vínculo pretérito entre os prejuízos gerados no exterior e o controlador final brasileiro. Assim, a declaração do prejuízo pela controladora original atenderia ao requisito previsto na IN 1.520.

3.5.3. É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DE PREJUÍZO DE CONTROLADA QUE NÃO ESTAVA SOB O CONTROLE AO MENOS INDIRETO DA MESMA EMPRESA BRASILEIRA?

A questão que apresentamos neste item é distinta da analisada na seção anterior. De fato, aqui estamos considerando situação em que o controle direto e indireto da empresa no exterior é transferido no Brasil. Em outras palavras, considera-se aqui situação onde tenha ocorrido uma alienação da empresa estrangeira entre duas empresas brasileiras independentes.

Este caso leva-nos a perguntar se o direito à compensação dos prejuízos tem a ver com a situação da empresa estrangeira (isto é, com o reconhecimento do seu direito de compensação de prejuízo antes do reconhecimento de lucro tributável no Brasil), ou se tem a ver com a empresa brasileira (isto é, com o fato de que foi a empresa brasileira que fez o investimento que gerou o prejuízo e, portanto, antes de ela ter que adicionar lucros da controlada no exterior em sua apuração teria direito a compensar tal prejuízo com os lucros da mesma empresa que o gerou).

A Lei 12.973 e a IN 1.520 não trazem uma regra específica sobre esse tema. Contudo, a simplicidade da redação do § 2º do artigo 77 da Lei 12.973 e do artigo 10 da IN 1.520 suporta o entendimento de que, tratando-se de controlada, direta ou indireta, de empresa brasileira, é possível a utilização do prejuízo acumulado, não importando se a empresa estrangeira já estava sob tal controle antes das novas regras entrarem em vigor. Para Ramon Tomazela Santos, “não há dúvida que a nova pessoa jurídica controladora pode utilizar os prejuízos acumulados para a compensação com lucros futuros da mesma sociedade controlada, independentemente da mudança do controle societário”.²⁰³

Novamente, o grande obstáculo à utilização dos prejuízos neste caso parece ser a previsão do prazo para sua declaração. A questão é se nessa hipótese os argumentos para “derrotar” a regra que prevê a declaração dos prejuízos em 2015 são igualmente fortes. Como a Lei 12.973 não disciplinou a matéria de forma explícita, não há como negar que haja argumentos para sustentar a utilização do prejuízo mesmo nesse caso.

Assim como no item anterior, seria possível argumentar que, tendo a controladora originária declarado os prejuízos à Receita Federal no prazo, teria sido cumprido o requisito previsto na instrução normativa, de modo que seria legítima a utilização do crédito.

3.5.4. É POSSÍVEL A UTILIZAÇÃO DE PREJUÍZO DE CONTROLADA QUE NÃO ESTAVA SOB O CONTROLE, AO MENOS INDIRETO, DE EMPRESA BRASILEIRA?

Outra situação que podemos cogitar é aquela em que a empresa passa a ser controlada, direta ou indiretamente, por empresa brasileira, após a entrada em vigor da Lei 12.973. Neste caso, o que temos é uma empresa que até então era controlada por empresa estrangeira e que, após a entrada em vigor da Lei 12.973, foi alienada para empresa brasileira.

Creemos que as considerações anteriores são aplicáveis. Pode-se argumentar que, neste caso, não faria sentido, de um ponto de vista teleo-

²⁰³ SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 128-129.

lógico, a apropriação do prejuízo, já que sua geração não decorreu de um investimento realizado por empresa brasileira. Entretanto, a regra extraída do § 2º do artigo 77 da Lei 12.973 não faz essa distinção, da mesma maneira que a IN 1.520 não a fez. Novamente, o grande problema é a declaração dos prejuízos na forma e prazo definidos pela Receita Federal.

Assim sendo, parece-nos que também nesse caso seria possível sustentar a utilização dos prejuízos acumulados da empresa controlada no exterior para fins de compensação com lucros futuros da entidade que os gerou. Contudo, a argumentação seria muito mais fraca.

A grande diferença entre este caso e os dois anteriores é que, nos primeiros, o prejuízo teria sido ao menos declarado às autoridades fiscais no Brasil dentro do prazo previsto na IN 1.520, mesmo que tal declaração tivesse sido feita por outra pessoa jurídica. Na situação tratada neste item, esse requisito teria sido completamente descumprido.

Portanto, por mais que seja até possível alegar que, formalmente, essa hipótese atende ao disposto no § 2º do artigo 77 da Lei 12.973, dificilmente seria possível superar a falta de declaração no prazo estabelecido pela instrução normativa.

3.5.5. COMO DETERMINAR O MONTANTE DE PREJUÍZO UTILIZÁVEL NO CASO DE ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO NA CONTROLADA NO EXTERIOR?

O § 2º do artigo 77 da Lei 12.973 é silente sobre o cálculo do prejuízo passível de utilização para compensação dos lucros futuros da controlada, direta ou indireta, no exterior.

A IN 1.520, em seu artigo 10, § 2º, dispõe que “o valor do prejuízo acumulado passível de compensação com lucros futuros será proporcional à participação em cada controlada no exterior”.

Nota-se que essa regra se limita a estabelecer que o montante de prejuízo utilizável é proporcional à participação societária da empresa controladora brasileira. Entretanto, tanto a Lei 12.973 quanto a IN 1.520 nada dispõem sobre o momento em que tal percentual será determinado. A operação será feita no registro inicial do prejuízo, e o saldo, será

mantido? Ou anualmente se calculará o prejuízo, considerando eventuais variações no percentual de participação da controladora na controlada? Neste caso, qual seria o momento relevante? Aquele em que levantado o balanço da empresa estrangeira e apurado o lucro? Ou 31 de dezembro, quando o lucro será adicionado na apuração do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido? E se ocorrer uma alteração significativa durante o ano?

É insuficiente o regramento desta matéria na Lei 12.973 e na IN 1.520.

Como já mencionamos, as regras sobre o “Demonstrativo de Prejuízos Acumulados no Exterior” encontram-se previstas no artigo 38 da IN 1.520. De acordo com o § 1º deste artigo, que transcrevemos novamente, “para o aproveitamento dos prejuízos acumulados anteriores previstos na Seção I do Capítulo II, o demonstrativo de que trata o *caput* deve ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (“SPED”) até 30 de setembro de 2015”.

Esse dispositivo passa a impressão de que a determinação do saldo de prejuízo acumulado é algo que será feito uma única vez, na “adoção inicial” da nova sistemática de tributação em bases universais. Estando correta essa interpretação, o percentual de participação relevante para a determinação do prejuízo seria aquele existente quando de tal “adoção inicial”.

Mesmo em se sustentando esta interpretação, as dúvidas seguem. Havendo variação no percentual de participação, qual seria relevante? Aquele existente quando da entrada em vigor da Lei 12.973? Quando da edição da IN 1.520? Ou seria aquele existente no momento de transmissão à Secretaria da Receita Federal do Brasil do “Demonstrativo de Prejuízos Acumulados no Exterior”? Trata-se, portanto, de mais um dispositivo que não está claro e que provavelmente gerará controvérsias entre Fisco e contribuintes.

Parece-nos que a interpretação mais razoável desses dispositivos seria a de que o estoque de prejuízos deveria ser determinado, anualmente, em função da participação da controladora brasileira no ano em que

fossem efetivamente utilizados.²⁰⁴ O mais correto, em nossa visão, seria que o percentual de participação societária fosse verificado em 31 de dezembro de cada ano, no mesmo momento em que o lucro fosse adicionado no lucro real e na base de cálculo da CSLL, declarando-se o mesmo na ECF do ano seguinte.

Seguindo essa linha de raciocínio, o prejuízo declarado inicialmente seria uma espécie de limite do montante passível de compensação. Contudo, o valor efetivamente utilizado seria ajustado anualmente.

Essa posição se conecta com aquela que sustentamos nos itens II.3.5.2 e II.3.5.3. Com efeito, a ideia de que a transferência da participação societária resultaria na transferência dos prejuízos acumulados para o adquirente resulta, inevitavelmente, na redução, total ou parcial, daqueles que estavam registrados na controladora original.

3.5.6. O PREJUÍZO ACUMULADO PODE SER UTILIZADO NA CONSOLIDAÇÃO?

De acordo com o artigo 78 da Lei 12.973, que será analisado a seguir, “até o ano-calendário de 2022, as parcelas de que trata o art. 77 poderão ser consideradas de forma consolidada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora no Brasil”. Essa consolidação depende do atendimento das condições previstas nos incisos deste mesmo artigo.

204 Esta parece ser também a posição de Ramon Tomazela Santos, para quem “o ideal seria que a proporção fosse verificada no momento da compensação do prejuízo com os lucros futuros, até para preservar a possibilidade de compensação de prejuízos nos casos em que outra sociedade no Brasil adquira parte da participação societária no exterior. Essa interpretação parte do pressuposto de que a compensação de prejuízos contábeis concorre para a determinação da situação patrimonial da entidade no exterior, não se vinculando à sociedade que detinha a participação societária no momento da apuração dos prejuízos. De todo modo, seria necessário estabelecer expressamente o momento temporal para a verificação da proporção, pois seria possível entender que o prejuízo acumulado decorre de um investimento realizado pela pessoa jurídica que detinha originariamente a participação societária. Neste caso, seria necessário aferir a proporção no momento em que os prejuízos contábeis foram apurados pela controlada no exterior” (SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 113).

Ora, o § 2º do artigo 77 da Lei 12.973 é claro ao prever que aqueles prejuízos acumulados só são passíveis de compensação com lucros futuros da entidade que os gerou. Portanto, tendo a entidade gerado lucros, e sendo eles incluídos na consolidação, os prejuízos acumulados serão compensáveis até o limite dos lucros da empresa que os gerou, e que tenham sido incluídos na consolidação.

Por via de consequência, temos que o prejuízo acumulado não poderá ser utilizado na consolidação além do limite dos lucros da controlada, direta ou indireta, que os gerou. Assim, em nenhum caso será possível utilizar tais prejuízos acumulados com vistas a compensar lucros gerados por outras controladas, diretas ou indiretas, no exterior, que tenham sido incluídos na consolidação.²⁰⁵

3.5.7. PREJUÍZO ACUMULADO E A TRANSIÇÃO DE CONTROLADA PARA COLIGADA E VICE-VERSA

Um aspecto interessante sobre o qual nem a Lei 12.973, nem a IN 1.520 se manifestaram de forma explícita é o tratamento dos prejuízos fiscais nas transições de regime.

Devemos começar observando que o § 2º do artigo 77 ora sob exame apenas previu o direito a prejuízos fiscais apurados por **controladas** no exterior. Logo, a lei não estabeleceu a possibilidade de aproveitamento de prejuízos acumulados por coligadas no exterior.

Surge então a primeira questão: o que se passará se logo depois da adoção inicial da Lei 12.973, a entidade estrangeira coligada tornar-se uma controlada? Digamos que em 2015 a empresa brasileira tivesse uma coligada no exterior e que em 2016 assumisse seu controle. Seria possível a utilização do prejuízo acumulado?

Essa questão é ligeiramente distinta da que examinamos nos itens II.3.5.3 e II.3.5.4. Com efeito, naquele caso a empresa brasileira já possuía participação na estrangeira. Contudo, mesmo havendo distanciamentos, há também aproximações.

²⁰⁵ No mesmo sentido: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 117.

De fato, a questão central aqui parece ser o direito que a controladora tem aos prejuízos acumulados da controlada no exterior. Não cremos fazer sentido criar um tratamento prejudicial a empresas na mesma situação – controladoras de investimentos no exterior – em razão do momento em que tal controle societário foi assumido.

Assim como nas situações anteriores, a dificuldade a ser enfrentada neste caso é a não declaração do saldo de prejuízos em 2015. Contudo, cremos que essa previsão na IN 1.520 deve ser interpretada de forma a não negar o direito de compensação previsto no § 2º do artigo 77 e a não criar tratamentos diferenciados entre contribuintes na mesma situação.

Uma segunda situação possível é o oposto da anterior: a empresa brasileira tinha uma controlada no exterior em 2015, a qual passou a ser uma coligada em 2016. Questiona-se, então, o que aconteceria com os prejuízos declarados pela então controladora em 2015?

A solução dessa questão deve ser dividida em duas partes.

Em primeiro lugar, não vemos razão para que a os prejuízos acumulados, que haviam sido devidamente reconhecidos pela controladora, sejam perdidos em razão da mudança de situação da investida no exterior. Nem a lei, nem a instrução normativa estabelecem uma obrigação de cancelamento dos prejuízos acumulados nesta situação.

Por outro lado, naturalmente que não há previsão para a utilização dos prejuízos para a compensação de lucros de coligadas no exterior. Consequentemente, enquanto a relação societária for uma relação de coligação, não será possível a utilização dos prejuízos.

Nessa linha de raciocínio, apenas na hipótese de a investida no exterior voltar a ser controlada pela entidade brasileira, os prejuízos declarados em 2015 poderão ser usados para fins de compensação.

Essa conclusão traz à tona outra questão: haveria então um prazo para a utilização do prejuízo? Imaginemos que levem dez anos até que a empresa brasileira volte a ser a controladora da entidade no exterior – o decurso do tempo impediria a utilização do crédito?

A única resposta possível é negativa. Não há prazo para a utilização desses prejuízos acumulados, do mesmo modo que não há prazo para o uso de prejuízos de uma maneira geral. Portanto, uma vez reconhecidos, os créditos acumulados serão passíveis de compensação até o esgotamento do saldo respectivo.

3.5.8. PREJUÍZO ACUMULADO E CONVERSÃO DA MOEDA ESTRANGEIRA

Vale a pena comentar brevemente o § 3º do artigo 10 da IN 1.520, segundo o qual “a compensação do prejuízo acumulado com os lucros futuros da mesma controlada no exterior será efetuada antes de sua conversão em Reais”. Portanto, a compensação se dará em moeda estrangeira, antes da conversão dos lucros para real.

3.6. ISENÇÃO DOS LUCROS RELACIONADOS A ALGUMAS ATIVIDADES DE SUPORTE DA INDÚSTRIA DE PETRÓLEO E GÁS

Como veremos adiante, essas regras perderam a eficácia em 31 de dezembro de 2019. Entretanto, como podem surgir disputas envolvendo a aplicação desses dispositivos, manteremos sua análise nesta edição.

O § 3º do artigo 77 da Lei 12.973, em sua redação original, estabelecia que “observado o disposto no § 1º do art. 91 da Lei nº 12.708, de 17 de agosto de 2012, a parcela do lucro auferido no exterior, por controlada, direta ou indireta, ou coligada, correspondente às atividades de afretamento por tempo ou casco nu, arrendamento mercantil operacional, aluguel, empréstimo de bens ou prestação de serviços diretamente relacionados à prospecção e exploração de petróleo e gás, em território brasileiro, não será computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil”.²⁰⁶

206 Artigo 20 da IN 1.520. Sobre o tema, ver: BRIGAGÃO, Gustavo; CAVALCANTI, Flávia. Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras do Setor de O&G – Controvérsias Acerca do Alcance do Novo Regime Instituído pela Lei n. 12.973/2014. In: RODRIGUES, Daniele Souto; MARTINS, Natanael (Coords.). *Tributação Atual da Renda*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 138-149.

O primeiro ponto de atenção na análise deste dispositivo refere-se ao prazo de vigência do benefício fiscal nele estabelecido, o qual encontra fundamento no § 1º do artigo 91 da Lei nº 12.708/12, cuja redação é a seguinte:

“Art. 91. Somente será aprovado o projeto de lei ou editada a medida provisória que institua ou altere receita pública quando acompanhado da correspondente demonstração da estimativa do impacto na arrecadação, devidamente justificada.

§ 1º. Os projetos de lei aprovados ou medidas provisórias que resultem em renúncia de receita em razão de concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, financeira, creditícia ou patrimonial, ou que vinculem receitas a despesas, órgãos ou fundos, deverão conter cláusula de vigência de, no máximo, cinco anos. [...]”

A Lei nº 12.708/12 é a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) para o ano de 2013. Como aponta Marcus Abraham, a LDO “tem o seu conteúdo voltado ao *planejamento operacional* do governo. Assim, enquanto a lei do plano plurianual refere-se ao planejamento estratégico de longo prazo, a lei de diretrizes orçamentárias apresenta o planejamento operacional de curto prazo, para o período de um ano, influenciando diretamente a elaboração da lei orçamentária anual”.²⁰⁷

Note-se, contudo, que o que o § 1º do artigo 91 da Lei nº 12.708/12 determina é que ao se redigir lei ou medida provisória que implique em renúncia de receita em razão de benefício fiscal, dever-se-á estabelecer vigência de no máximo cinco anos. Ou seja, a referência pura e simples a este parágrafo evidencia má técnica legislativa.

A pobreza redacional do § 3º do artigo 77 da Lei 12.973 gerou uma dúvida a respeito da contagem do prazo de cinco anos para a vigência do benefício fiscal ali previsto. Seria tal prazo contado sempre a partir de 1 de janeiro de 2015, ou o termo inicial da contagem mudaria em função

207 ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 240.

de a empresa ter optado ou não pela antecipação da vigência das novas regras para 1 de janeiro de 2014?

Considerando que, de acordo com o artigo 119 da Lei 12.973, o artigo 77 da mesma lei só entraria em vigor em 1 de janeiro de 2015, em princípio o prazo de cinco anos começaria a ser contado naquela data. A questão que surgiu, então, foi: os cinco anos seguiriam contados a partir de 1 de janeiro de 2015 para as empresas que fizessem a opção, prevista no artigo 96 da Lei 12.973,²⁰⁸ de antecipar a vigência da lei para 1 de janeiro de 2014?

O prazo previsto na LDO é o prazo dentro do qual o benefício pode estar em vigor de uma perspectiva de manutenção do equilíbrio orçamentário. Ou seja, a ideia por trás do § 1º do artigo 91 da Lei nº 12.708/12 é garantir que a renúncia de receita não dure mais do que cinco anos.

Parece razoável sustentar que o prazo de cinco anos começaria a correr em 1 de janeiro de 2015, mesmo para as empresas que fizessem a opção pela antecipação dos efeitos da Lei 12.973, já que a vigência do benefício, de acordo com o artigo 119 desta lei, se dará a partir de 1 de janeiro de 2015. O prazo estabelecido no § 3º do artigo 77 da Lei 12.973 é um prazo geral de vigência do benefício, e não um prazo a ser contado para este ou aquele contribuinte.

A matéria foi inicialmente solucionada pela IN 1.520, que estabeleceu expressamente que o benefício fiscal em questão será gozado até 31 de dezembro de 2019 (artigo 20). Assim, uniformizou-se a contagem do prazo para todas as empresas, optassem ou não pela antecipação dos efeitos da Lei 12.973 para 2014. Posteriormente a redação do próprio § 3º foi alterada, sendo o seu texto atual o seguinte:

“§ 3º Até 31 de dezembro de 2019, a parcela do lucro auferido no exterior por controlada, direta ou indireta, ou coligada,

208 A opção pela antecipação dos efeitos da Lei 12.973 para o ano-calendário de 2014 foi regulamentada pela Instrução Normativa nº 1.469/14. O prazo ali previsto foi prorrogado pela Instrução Normativa RFB nº 1.478, de 7 de julho de 2014. Posteriormente a Instrução Normativa RFB nº 1.484/14 alterou a Instrução Normativa RFB nº 1.469/14 para prever que a opção fosse formalizada na DCTF referente aos fatos geradores ocorridos no mês de agosto.

correspondente às atividades de afretamento por tempo ou casco nu, arrendamento mercantil operacional, aluguel, empréstimo de bens ou prestação de serviços diretamente relacionados às fases de exploração e de produção de petróleo e de gás natural no território brasileiro não será computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no País. (Redação dada pela Lei nº 13.586, de 2017) (Produção de efeito)”

Outra questão que, embora aparentemente evidente no § 3º, tem gerado dúvida é se esse benefício é, de fato, uma isenção, ou se seria alguma forma de diferimento. Neste particular a regra é clara ao afirmar que parcela do lucro auferido no exterior “não será computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil”. Portanto, trata-se uma regra de isenção mediante mutilação do aspecto material da hipótese de incidência do IRPJ e da CSLL.

As parcelas do lucro auferido no exterior por controlada, direta ou indireta, ou por coligada, às quais se aplica a isenção, são aquelas correspondentes às atividades de “afretamento por tempo ou casco nu, arrendamento mercantil operacional, aluguel, empréstimo de bens ou prestação de serviços diretamente relacionados à prospecção e exploração de petróleo e gás, em território brasileiro”.

De acordo com o § 4º do artigo 77 da Lei 12.973, a isenção em tela “aplica-se somente nos casos de controlada, direta ou indireta, ou coligada no exterior de pessoa jurídica brasileira”:

“I – detentora de concessão ou autorização nos termos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, ou sob o regime de partilha de produção de que trata a Lei no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, ou sob o regime de cessão onerosa previsto na Lei no 12.276, de 30 de junho de 2010;

II – contratada pela pessoa jurídica de que trata o inciso I.”

É importante observar que esses requisitos se aplicam à **pessoa jurídica brasileira**, ou seja, é a pessoa jurídica brasileira ou contratada por ela que deve ser detentora dos direitos mencionados no inciso I.

Dispõe o § 5º do artigo 77 da Lei 12.973 que a isenção em tela “aplica-se inclusive nos casos de coligada de controlada direta ou indireta de pessoa jurídica brasileira”. No caso de aplicação da desoneração prevista no § 3º do artigo 77, o prejuízo eventualmente auferido pela controlada no exterior não poderá ser usado para fins da consolidação prevista no artigo 78, conforme determina o seu § 5º.

A IN 1.520 não trouxe muitos esclarecimentos sobre a interpretação das regras acima. Contudo, importa destacar o § 3º de seu artigo 20, segundo o qual, “o disposto neste artigo não afasta a obrigatoriedade da controladora brasileira de efetuar o controle em subcontas previsto na Seção I do Capítulo I, nem de preencher os demonstrativos de que trata o Capítulo VIII”.

Especial atenção deve ser dada ao preenchimento do “Demonstrativo de Prejuízos Acumulados no Exterior”. Com efeito, uma vez que o saldo de prejuízo acumulado pela controlada, direta ou indireta, no exterior, deveria ser informado na ECF de 2015, a fim de se evitar discussões futuras, tal registro deveria ser feito tempestivamente, mesmo que a empresa se beneficiasse da desoneração ora em comento.

Uma observação final é que a concessão da desoneração tratada neste dispositivo não observou as regras previstas no artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/01), segundo o qual:

“Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma

do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. [...].”

Não é novidade que o poder público, nas diversas esferas federativas, muitas vezes não atende aos requisitos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal para a concessão de benefícios fiscais²⁰⁹ e, aqui, estamos diante do desrespeito, pela União Federal, do mandamento previsto no artigo 14 da mencionada lei.

4. DA EQUIPARAÇÃO À CONTROLADORA

Todas as regras previstas na Lei 12.973 para a tributação de controladas no exterior são igualmente aplicáveis nos casos de coligadas equiparadas à controladora. Isso ocorre quando a pessoa jurídica domiciliada no Brasil que detenha participação em coligada no exterior tem, “em conjunto com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior, consideradas a ela vinculadas, mais de cinquenta por cento do capital votante da coligada no exterior” (artigo 83).²¹⁰ Trata-se de uma regra com finalidade antielusiva,²¹¹ que visa evitar que se afaste a aplicação das regras de tributação automática mediante estruturas com partes vinculadas.

O parágrafo único do artigo 83 estabelece que serão consideradas vinculadas à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

“I – a pessoa física ou jurídica cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora, direta ou

209 O § 2º do artigo 14 prevê que “a renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”.

210 Artigo 15 da IN 1.520.

211 Nesse sentido, ver: SILVAFILHO, Paulo Antônio Machado da. *Normas Antielisivivas versus Tratados Internacionais Tributários*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 279.

indireta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

II – a pessoa jurídica que seja caracterizada como sua controlada, direta ou indireta, ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

III – a pessoa jurídica quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos 10% (dez por cento) do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

IV – a pessoa física ou jurídica que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

V – a pessoa física que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus conselheiros, administradores, sócios ou acionista controlador em participação direta ou indireta; e

VI – a pessoa jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado, conforme dispõem os arts. 24 e 24-A da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, desde que não comprove que seus controladores não estejam enquadrados nos incisos I a V.”

De acordo com o artigo 80 da Lei 12.973, o disposto nos artigos 77 a 79 desta lei aplica-se às coligadas equiparadas a controladoras.²¹² Essa regra parece-nos absolutamente desnecessária. Ora, se o que há é uma equiparação à controladora, é óbvio que todas as regras que cuidam das controladoras aplicam-se às coligadas equiparadas.

5. REGRAS DE CONSOLIDAÇÃO

Uma discussão que ganhou tremenda importância com a adoção do novo modelo refere-se à consolidação dos lucros auferidos por controladas no exterior. Com efeito, a partir do momento em que se passou a tributar individualizadamente os lucros auferidos por controladas diretas e

212 Artigo 16 da IN 1.520.

indiretas, tornou-se possível que uma empresa brasileira que tivesse prejuízo em suas operações internacionais como um todo, pagasse imposto no Brasil sobre os resultados isolados de suas controladas lucrativas.

Para evitar tal situação, o artigo 78 da Lei 12.973 previu que “até o ano-calendário de 2022, as parcelas de que trata o art. 77 poderão ser consideradas de forma consolidada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora no Brasil”.²¹³ Dessa forma, a empresa controladora no Brasil poderá usar prejuízos de uma controlada, direta ou indireta, para compensar lucros de outra controlada, direta ou indireta.

O próprio artigo 78, contudo, em seus incisos, traz as situações que impedem a consolidação. Note-se, que, neste caso, os resultados das controladas, diretas ou indiretas, que estejam em uma dessas situações serão excluídos da consolidação. Ou seja, a controladora brasileira poderá consolidar os resultados do exterior, excetuadas as parcelas referentes aos resultados das investidas que estejam em uma das situações abaixo:

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

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

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

IV – tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total, nos termos definidos no art. 84.”

Vamos analisar cada um desses requisitos separadamente a seguir.

213 Artigo 11 da IN 1.520.

5.1. REQUISITOS PARA A CONSOLIDAÇÃO

5.1.1. TROCA DE INFORMAÇÕES

O primeiro requisito para a consolidação determina que esta não será possível caso a controlada esteja situada “em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários”.²¹⁴

Um primeiro esclarecimento importante é que, de acordo com o parágrafo único do artigo 199 do CTN, a troca de informações fiscais entre o Brasil e os países estrangeiros só é possível se prevista em tratado internacional.²¹⁵

A regra mais comum de troca de informações fiscais é a prevista no artigo 26 da Convenção Modelo sobre a Tributação da Renda e do Capital da OCDE. Embora ostentando redações diferentes, todos os trinta e três tratados internacionais brasileiros em vigor preveem a troca de informações no artigo 26.²¹⁶

Além das Convenções sobre a Tributação da Renda e do Capital, o Brasil tem celebrado tratados de troca de informações para fins tributários. Em setembro de 2012 o Brasil assinou uma Convenção sobre Troca de Informações em Matéria Tributária com o Reino Unido. Em outu-

214 Sobre o tema da troca de informações, ver: BARBOSA, Hermano A. C. Notaroberto. *Les échanges internationaux de renseignements fiscaux*. Paris: L'Harmattan, 2021; PEREIRA, Roberto Cordoniz Leite. *Cooperação Fiscal Internacional e Troca de Informações*. São Paulo: IBDT, 2020; VITTORIA, Aline Della. *Cooperação Administrativa para a Cobrança de Tributos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020; ALKMIM, Alexandre Teixeira. *Compliance e Informação Fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; ROCHA, Sergio André. *Troca Internacional de Informações para Fins Fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015; BASTOS, Frederico Silva. *O Intercâmbio Internacional de Informações Tributárias no Brasil*. Porto Alegre: Buqui, 2015. GRECO, Marco Aurélio. Troca Internacional de Informações Fiscais. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 175-188. Sobre a relação entre transparência fiscal e sigilo, ver: HABER NETO, Michel. *Transparência Fiscal & Sigilo Tributário*. Curitiba: Juruá, 2018.

215 Ver: ROCHA, Sergio André. *Troca Internacional de Informações para Fins Fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 167-168.

216 O artigo 26 é claramente um exemplo de dispositivo no qual se identifica uma prevalência clara do Modelo da OCDE sobre o Modelo da ONU. Ver: ROCHA, Sergio André. *Política Fiscal Internacional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 84-85.

bro foi a vez do Uruguai. No início de 2013 foram assinados tratados com as Ilhas Cayman, Guernsey e Jersey. Já no dia 16 de maio de 2013, foi publicado no Diário Oficial o Decreto nº 8.003, o qual promulgou o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para o Intercâmbio de Informações Relativas a Tributos, que havia sido assinado em 20 de março de 2007. Em 2015, o Brasil assinou tratado dessa natureza com a Suíça.

Em 2011 o Brasil assinou a Convenção Multilateral da OCDE/ Conselho da Europa sobre Assistência Mútua Administrativa sobre Assuntos Tributários, na parte relativa à troca de informações. A tramitação desse tratado no Congresso Nacional iniciou-se em 2014 e o mesmo foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 105/2016²¹⁷ e tornado público com a edição do Decreto nº 8.842/2016. Com sua entrada em vigor aumentou significativamente a rede brasileira de troca de informações.

O Brasil também possui tratados de cooperação aduaneira que preveem a troca de informações. Entretanto, tendo em vista que, neste caso, o intercâmbio se restringe aos tributos aduaneiros, não nos parece que esse tipo de tratado atenda à exigência do inciso I do artigo 78 da Lei 12.973.

Uma vez que a celebração e aprovação de tratados com cláusula de troca de informações para fins fiscais é tarefa do Estado, a exigência de tal tratado para que seja possível a consolidação parece-nos descabida. Felizmente, essa exigência foi suavizada no texto da Lei 12.973 que, no parágrafo 7º do artigo 78, estabeleceu que “na ausência da condição do inciso I do *caput*, a consolidação será admitida se a controladora no Brasil disponibilizar a contabilidade societária em meio digital e a documentação de suporte da escrituração, na forma e prazo a ser estabelecido pela RFB, mantidas as demais condições”.

Esse dispositivo veio a ser regulamentado pelo artigo 13, da IN 1.520, cuja redação atual é a seguinte:

217 Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André. *Troca Internacional de Informações para Fins Fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 113-114.

“Art. 13. Caso as pessoas jurídicas investidas estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários, conforme inciso I do § 1º do art. 11, a consolidação será admitida se a controladora no Brasil disponibilizar a escrituração contábil em meio digital e a documentação de suporte e desde que não incorram nas condições previstas nos incisos II a V do art. 11.

§ 1º A escrituração contábil de que trata o caput deve:

I – estar em idioma português;

II – abranger todas as operações da controlada;

III – ser elaborada em arquivo digital padrão; e

IV – ser transmitida por meio de processo eletrônico da RFB, cujo número deverá ser informado na escrituração e prazo estabelecidos no art. 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.422, de 19 de dezembro de 2013. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1972, de 27 de agosto de 2020) (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1972, de 27 de agosto de 2020) (Vide Instrução Normativa RFB nº 1972, de 27 de agosto de 2020)

§ 2º A Coordenação-Geral de Fiscalização (Cofis) editará normas complementares a este artigo, estabelecendo a forma de apresentação do arquivo previsto no inciso III do § 1º.

§ 3º A documentação de suporte deve ser apresentada no caso de intimação para comprovação da escrituração.

§ 4º O disposto no inciso IV do § 1º aplica-se a partir do ano-calendário 2014.”

A exigência de transmissão via Sped da escrituração contábil da investida no exterior foi alvo de críticas pelas empresas, que argumentaram que o cumprimento da exigência legal seria muito custoso e burocrático. Até o momento não foi feita modificação neste dispositivo com vistas a flexibilizar os requisitos para a consolidação no caso de controlada, direta ou indireta, localizada em país que não tenha acordo com o Brasil para troca de informações fiscais.

5.1.2. PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA, REGIMES FISCAIS PRIVILEGIADOS E REGIME DE SUBTRIBUTAÇÃO

Outra situação que impede que o resultado da controlada seja consolidado (inciso II do artigo 78) é o fato de ela estar localizada em país ou dependência com tributação favorecida (artigo 24 da Lei nº 9.430/96), ou gozar de regime fiscal privilegiado (artigo 24-A da Lei nº 9.430/96)²¹⁸ ou de regime de subtributação (inciso III do *caput* do artigo 84 da Lei 12.973).

A grande novidade deste dispositivo fica por conta do regime de subtributação, que deixaremos para comentar quando analisarmos o artigo 84 da Lei 12.973 no item IV.2.

Não apenas o fato de a controlada, direta ou indireta, estar situada em país ou dependência com tributação favorecida, ou gozar de regime fiscal privilegiado, ou de regime de subtributação impede a consolidação. A controlada indireta controlada por empresa em uma das situações antes mencionadas também será vedada a consolidação (inciso III do artigo 78).

5.1.3. RENDA ATIVA SUPERIOR A 80%

De acordo com o inciso IV do artigo 78 da Lei 12.973 também não podem ser consolidados os resultados de controlada, direta ou indireta, que tenha renda ativa própria inferior a 80% da renda total. O artigo 84, que será examinado mais adiante, define renda ativa para fins da Lei 12.973.

Interpretação interessante é a apresentada por Alberto Xavier, que considera inconstitucional, por violadora do princípio da isonomia, a distinção entre rendas ativas e passivas trazidas pela Lei 12.973. Veja-se a seguinte passagem do saudoso mestre:

“Entendemos que o tratamento discriminatório entre essas categorias de renda (e, conseqüentemente, dos contribuintes que as auferem) estabelecido no art. 84 da Lei nº 12.973/2014

²¹⁸ Os países com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados encontram-se listados na Instrução Normativa nº 1.037/2010.

é inconstitucional por ofender o princípio da igualdade, tal como expresso na regra da proibição do arbítrio (*Willkürverbot*) formulada por Leibholz, na Alemanha e, entre nós, por Celso Antonio Bandeira de Mello e Humberto Ávila.

Segundo essa doutrina, as discriminações legislativas somente são compatíveis com a cláusula igualitária quando existir um nexo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, referente ao objeto da discriminação, e a desigualdade de tratamento em função dele conferido.

[...]

Ora, a discriminação entre rendas ativas e passivas (tal como elencadas no artigo 84 da nova Lei) não se baseia num vínculo de pertinência lógica com a diferenciação de regime jurídico. Por qual razão, por exemplo, um prejuízo de atividade industrial é consolidável e um idêntico prejuízo de aplicação financeira, ou alienação de bens e direitos, não é?²¹⁹

Tem completa razão Alberto Xavier. Ao tentar conciliar o sistema brasileiro de inclusão total de lucros do exterior com critérios típicos das regras de transparência de outros países, principalmente países europeus, a legislação brasileira criou um sistema que usa critérios de diferenciação sem base constitucional.

Com efeito, se é possível argumentar que a localização em determinados territórios de reduzida ou nula tributação pode ser relevante para fins do regime tributário aplicável no Brasil, não nos parece razoável prever que uma empresa dedicada à locação de equipamentos pesados, por exemplo, deva ter um tratamento fiscal menos benéfico do que o aplicável a uma *trading*, por exemplo. Como mencionamos, voltaremos ao tema das rendas ativas e passivas adiante.

5.2. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Para que seja possível a consolidação, além dos requisitos previstos nos incisos do artigo 78, a controladora tem que observar o artigo 76 e

219 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 499-500.

abrir em subcontas “o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior”.

Ademais, a consolidação depende da apresentação de “demonstração das rendas ativas e passivas na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil”. Na verdade, para consolidar os resultados das controladas no exterior, a empresa brasileira deverá apresentar à Receita Federal os seguintes demonstrativos (artigo 11, § 2º, inciso II, da IN 1.520):

- a) Demonstrativo de Rendas Ativas e Passivas na forma prevista no art. 39;
- b) Demonstrativo de Resultados no Exterior na forma do art. 36;
- c) Demonstrativo de Consolidação previsto no art. 37;
- d) Demonstrativo de Prejuízos Acumulados no Exterior previsto no art. 38; e
- e) Demonstrativo de Estrutura Societária no exterior no art. 41.”

Vale notar que, conforme o § 6º da Lei 12.973, a consolidação é uma opção do contribuinte, sendo que “a opção pela consolidação de que trata este artigo é irretratável para o ano-calendário correspondente”.

Quando da edição da Lei 12.973, não estava claro se a opção do contribuinte poderia ser parcial, ou seja, se a controladora brasileira, tendo diversas controladas, diretas ou indiretas no exterior, poderia escolher as que pretendesse consolidar.

A dúvida existente foi solucionada pela IN 1.520, que, no § 7º de seu artigo 11, dispôs sobre a opção pela consolidação nos seguintes termos:

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

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

II – **pode ser aplicada de forma parcial**, ou seja, incluindo os resultados das controladas diretas ou indiretas, no exterior, indicadas pela controladora no Brasil no Demonstrativo de Consolidação de que trata o art. 37. [...]” (Destaques nossos)

5.3. RESULTADO DA CONSOLIDAÇÃO

Optando a pessoa jurídica brasileira pela consolidação, o resultado positivo desta “deverá ser adicionado ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pelas empresas domiciliadas no exterior para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil” (artigo 78, § 2º).²²⁰

Em outras palavras, a tributação seguirá ocorrendo em 31 de dezembro. Contudo, havendo a opção pela consolidação, em vez de adicionar, na apuração do IRPJ e da CSLL, os lucros individuais das controladas diretas e indiretas no exterior, a pessoa jurídica adicionará o eventual resultado positivo da consolidação.

Aqui, vale recordar que os resultados das entidades no exterior serão apurados no seu balanço de fechamento. Portanto, se cada controlada, direta ou indireta, no exterior, apurar seus resultados em momentos distintos, será em cada um desses momentos que os respectivos resultados deverão ser computados na apuração do IRPJ e da CSLL.

De outra parte, “no caso de resultado negativo da consolidação prevista no *caput*, a controladora domiciliada no Brasil deverá informar à RFB as parcelas negativas utilizadas na consolidação, no momento da apuração, na forma e prazo por ela estabelecidos” (artigo 78, § 3º).²²¹

Assim sendo, caso o resultado da consolidação seja “prejuízo”, a pessoa jurídica brasileira terá de informar à Receita Federal os prejuízos individuais que levaram ao resultado global negativo.

A Lei 12.973 permite que o saldo remanescente de prejuízo de cada pessoa jurídica seja utilizado na “compensação com lucros futuros das

220 Artigo 11, § 3º, da IN 1.520.

221 Artigo 11, § 5º, da IN 1.520.

mesmas pessoas jurídicas no exterior que lhes deram origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB” (artigo 78, § 4º).²²²

A controladora no Brasil tem liberdade de selecionar os prejuízos de suas controladas, diretas e indiretas, que serão utilizados na consolidação. Havendo sobra de prejuízo, a controladora terá que informar à Receita Federal os prejuízos que deixaram de ser utilizados. Este saldo remanescente de prejuízos será passível de utilização no futuro, mas apenas e tão somente para ser compensado com lucros futuros da entidade que o gerou.

Pense-se, por exemplo, no caso da empresa brasileira “A” que tem as controladas “B”, “C” e “D” no exterior. “B” teve um lucro de \$ 100, enquanto “C” e “D” tiveram prejuízos de \$100 cada uma. Nesse caso, o resultado da consolidação será negativo e a empresa brasileira “A” poderá fazer a combinação que quiser para a utilização dos prejuízos de “C” e “D”. Poderá, por exemplo, utilizar integralmente o prejuízo de “C” e manter a totalidade do prejuízo de “D” para compensação com seus lucros futuros. Poderá utilizar \$50 do prejuízo de cada entidade, mantendo igual valor para compensação futura de seus lucros, e assim por diante.

Uma vez determinado o saldo remanescente de prejuízo, este será informado à Receita Federal por meio do mesmo “Demonstrativo de Prejuízos Acumulados no Exterior” antes mencionado. A partir de então **tais prejuízos somente serão compensáveis com lucros futuros da mesma entidade que os gerou**. Ou seja, no caso de futuras consolidações, tais prejuízos acumulados somente serão utilizáveis até o limite dos lucros da entidade que os gerou, e que forem incluídos na consolidação. Todavia, **tais prejuízos não poderão ser utilizados para compensar lucros de outras controladas, diretas ou indiretas, no exterior, que tiverem sido incluídos na consolidação**.

6. TRIBUTAÇÃO QUANDO NÃO HOVER CONSOLIDAÇÃO

Não havendo a consolidação, na forma prevista no artigo 78, os lucros da controlada, direta ou indireta, serão adicionados ao lucro líquido

222 Artigo 11, § 6º, da IN 1.520.

em 31 de dezembro do ano em que tiverem sido apurados pela empresa no exterior. No caso de a controlada no exterior ter apurado prejuízo, este poderá ser compensado com lucros futuros da mesma pessoa jurídica que os gerou, desde que o saldo de prejuízo seja informado à Receita Federal. Veja-se a redação do artigo 79 da Lei 12.973:

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

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

II – se negativa, poderá ser compensada com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.”²²³

Já vimos que, em uma tentativa de evitar as diversas discussões jurídicas envolvendo a aplicação do artigo 74 da MP 2.158, a Receita Federal buscou, na redação da Medida Provisória nº 627/2013, e no seu projeto de lei de conversão, substituir a palavra “lucros” pela expressão “parcela do ajuste do valor do investimento”.

Como já destacamos neste livro, entendemos que para todos os fins tal parcela corresponde aos lucros da empresa estrangeira.

De acordo com este artigo 79, no caso de uma parcela de ajuste positiva, ela será adicionada ao lucro real e à base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Por outro lado, parcela de ajuste negativa será compensável com lucros futuros da mesma entidade que a gerou, devendo ser informada à Receita Federal no “Demonstrativo de Prejuízos Acumulados no Exterior”.

223 Artigo 14 da IN 1.520.

Veja-se que tais prejuízos somente podem ser utilizados para compensar lucros futuros da entidade que os gerou.²²⁴ Portanto, no caso de consolidação em exercício posterior à sua apuração, a parcela negativa de ajuste no valor do investimento não poderá ser utilizada para compensar lucros gerados por outras controladas que tenham sido incluídos na consolidação, estando limitados aos lucros da própria entidade que a gerou.

7. HIPÓTESES DE REALIZAÇÃO NÃO PREVISTAS NA LEI 12.973 (ALIENAÇÃO DA CONTROLADA, ETC.)

A IN 1.520 listou uma série de situações, não previstas na Lei 12.973,²²⁵ que geram a obrigação de adição do lucro da controlada, direta ou indireta, assim como de filiais, sucursais e coligadas, na apuração do IRPJ e da CSLL. Veja-se, a este respeito, o que dispõe o artigo 8º da IN 1.520 – em especial, seus §§ 3º a 6º:

“Art. 8º. Os resultados positivos auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas, direta ou indireta, ou coligadas serão computados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

224 Vale observar que, desde que o Brasil instituiu suas regras de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior há uma discussão a respeito da incoerência de se tributar os lucros auferidos pela empresa estrangeira, sem que se autorize, simultaneamente, a compensação dos prejuízos apurados no exterior contra os lucros brasileiros. Sobre o tema, ver: UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 399-402. Sobre o tema, ver: FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. Prejuízos Apurados por Controladas e Coligadas no Exterior e a sua Conversão para Reais. In: CORDEIRO, Daniel Vieira de Biasi et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional: Volume 3*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 81-105; FAJERSZTAJN, Bruno. Dedução de Prejuízos e Perdas Apurados no Exterior. Diferentes Perspectivas, uma Conclusão: Invalidez do Art. 25, Parágrafo 5º, da Lei N. 9.249. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 259-281.

225 Ver: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 453-454; SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 105-112.

§ 1º. O resultado auferido no exterior de que trata o *caput* deve ser apurado segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio e antes da tributação no exterior sobre o lucro.

§ 2º. Nos casos de inexistência de normas expressas que regulem a elaboração de demonstrações financeiras no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, estas deverão ser elaboradas com observância dos princípios contábeis geralmente aceitos, segundo as normas da legislação brasileira.

§ 3º. No caso de encerramento do processo de liquidação da empresa no Brasil, os resultados positivos auferidos no exterior por intermédio de suas filiais, sucursais, controladas, diretas ou indiretas, e coligadas serão considerados disponibilizados na data do balanço de encerramento, devendo, nessa mesma data, serem computados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

§ 4º. No caso de encerramento de atividades da filial, sucursal, controlada, direta ou indireta, ou coligada, domiciliadas no exterior, os lucros auferidos por seu intermédio, ainda não tributados no Brasil, serão considerados disponibilizados, devendo ser computados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário ou na data do encerramento das atividades da empresa no Brasil.

§ 5º. Ocorrendo a absorção do patrimônio da filial, sucursal, controlada, direta ou indireta, ou coligada por empresa sediada no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil, apurados até a data do evento, serão considerados disponibilizados, devendo ser computados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil, no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário do respectivo evento.

§ 6º. Na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada, direta ou indireta, ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser considerados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da alienante no Brasil, no balanço

levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que ocorrer a alienação.”

Esse dispositivo prevê quatro diferentes situações em que a liquidação ou as reorganizações societárias implicam na tributação do lucro no Brasil, conforme abaixo:

- Encerramento do processo de liquidação da empresa no Brasil.
- Encerramento de atividades da filial, sucursal, controlada, direta ou indireta, ou coligada, domiciliadas no exterior.
- Absorção do patrimônio da filial, sucursal, controlada, direta ou indireta, ou coligada por empresa sediada no exterior.
- Alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada, direta ou indireta, ou coligada, no exterior.

A consideração dessas operações como representativas da disponibilização dos resultados da controlada no exterior para a controladora brasileira é objeto de controvérsia.

Ricardo Mariz de Oliveira tratou do tema sob a vigência da Instrução Normativa nº 38/96, que tinha regras semelhantes às previstas na IN 1.520. Ao cuidar dos efeitos da alienação da participação societária na investida no exterior, o autor apresentou as seguintes considerações:

“Em poucas palavras, na alienação da participação na controlada ou coligada no exterior, por sua controladora ou coligada no Brasil, os lucros daquela permanecem nela, onde estavam e onde continuam indisponibilizados pela controlada ou coligada detentora dos mesmos.

De mais a mais, a controlada ou coligada no exterior não tem qualquer participação ativa, direta ou indireta, no negócio de alienação do seu capital, participação que seria (como sempre é) requisito essencial para a disponibilização dos lucros.

Observe-se que também não se altera esse tratamento caso a participação societária na controlada no exterior seja transferida a sócio da controladora ou coligada no Brasil, em devolução de

capital por força de redução do capital da controladora ou coligada no Brasil.

Com razão, a esse ato aplicam-se todas as considerações anteriores, mas também não se pode deixar de observar que sequer se trata de redução de capital da controlada ou coligada no exterior, em cujo ato ainda se poderia argumentar ter havido disponibilização dos lucros à controladora ou coligada no Brasil, porque neste caso a controlada ou coligada no exterior e seu patrimônio teriam sido afetados, e a controladora ou coligada no Brasil teria recebido algo da controlada ou coligada no exterior.

Já no caso de redução do capital da controladora ou coligada no Brasil, por ato exclusivo desta, nem logicamente se pode cogitar de disponibilização dos lucros da controlada ou coligada no exterior, estranha que também é a este ato.

Este último detalhe é relevante em toda e qualquer alienação de participação societária em controlada ou coligada no exterior, que sempre é ato estranho à órbita patrimonial da mesma, ato do qual ela nem sequer participa, e que, portanto, não pode chegar perto de ser considerado ato de distribuição de seus lucros.²²⁶

Mais adiante, Mariz passou a examinar se a fusão, a incorporação, ou a cisão da controladora no Brasil podem ser relevantes para fins de aplicação das regras de tributação de lucros auferidos no exterior, apresentando as seguintes considerações:

“Todos os fundamentos expostos nos capítulos anteriores, devidamente considerados, levam à igual conclusão de que não existe disponibilização dos lucros da controlada ou coligada no exterior quando sua controladora ou coligada no Brasil passa por fusão, incorporação ou cisão, ainda que a participação societária na pessoa jurídica sediada no exterior integre o patrimônio vertido.

Realmente, em qualquer desses atos não há pagamento ou crédito dos lucros da controlada ou coligada no exterior, nem pela via da

226 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os importantes conceitos de pagamento, crédito, remessa, entrega e emprego da renda (a propósito do Imposto de Renda na fonte e de lucros de controladas e coligadas no exterior). *Revista Fórum de Direito Tributário*, n. 22, jul./ago. 2006, p. 55.

entrega ou emprego, ficando eles no patrimônio daquela mesma pessoa jurídica para serem tributados quando distribuídos à sucessora da pessoa jurídica fusionada, incorporada ou cindida.”²²⁷

No contexto desta legislação pregressa – Lei 9.532 e IN 38 – desenvolveu-se uma controvérsia sobre a possibilidade de caracterização da alienação da participação na entidade estrangeira como um emprego dos lucros em benefício da pessoa jurídica brasileira.

Ora, deveria ser razoavelmente óbvio que de emprego não se trata. Como já pontuamos,²²⁸ emprego dos lucros é equivalente à sua utilização em benefício do titular e não parece haver qualquer dúvida que a entidade que possui os lucros nada faz, nada “emprega”.

Embora a interpretação no sentido de que a alienação da controlada no exterior configuraria emprego dos lucros possa parecer absurda, a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais somente se posicionou no sentido que defendemos acima em 2021, em caso onde a votação terminou empatada, tendo o auto de infração sido anulado com base no artigo 19-E da Lei nº 10.522/2010.

Este tema foi decidido no Acórdão nº 9101-005.807, decorrente de sessão de julgamento realizada em 06 de outubro de 2021, cuja ementa tem a seguinte redação:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2001

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DE CONTROLADA OU COLIGADA ESTRANGEIRA. EVENTO DIVERSO DE EMPREGO DO VALOR E FORA DAS HIPÓTESES DE LUCRO PAGO. INOCORRÊNCIA

227 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Os importantes conceitos de pagamento, crédito, remessa, entrega e emprego da renda (a propósito do Imposto de Renda na fonte e de lucros de controladas e coligadas no exterior). *Revista Fórum de Direito Tributário*, n. 22, jul./ago. 2006, p. 68.

228 Ver: ROCHA, Sergio André. “Crédito” e “Emprego” Na Hipótese de Incidência do IRRF de Não Residentes. In: ZILVETI, Fernando Aurélio et al. (Coords.). *Direito Tributário Princípio da Realização no Imposto Sobre a Renda*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 284-285.

DE DISPONIBILIZAÇÃO. CARÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

O art. 1º, §2º, alínea “b”, item 4, da Lei nº 9.532/97, quando arrola como hipótese de pagamento de lucros auferidos no exterior o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior, não abrange ou contempla a operação de alienação de participação societária em empresa controlada ou coligada estrangeira, de modo que tal manobra não representa disponibilização de lucros para a empresa situada no Brasil.

Historicamente, na própria oportunidade de regulamentação e interpretação institucional do tema pela Fazenda Nacional, a alienação de participação societária em empresa controlada ou coligada no exterior foi, expressa e textualmente, tratada como hipótese de disponibilização diversa, autônoma e independente do emprego do valor, em favor da beneficiária. Posto isso, considerando que o Legislador deixou de arrolá-la no art. 1º da Lei nº 9.532/97, não procede a afirmação que já estaria esta outra hipótese contida ou contemplada na previsão de ocorrência de pagamento do lucro por meio do emprego do valor, em favor da beneficiária.

O sujeito de todos os eventos que representam disponibilização por meio de pagamento do lucro, conforme previsto na alínea “b” do §2º, é sempre a empresa estrangeira, coligada ou controlada, a qual pratica ato que favorece a beneficiária (expressamente correspondente à controladora ou à coligada nacional). Lógico que o mesmo ocorra com a previsão do item 4, quando prevê o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

Assim, quando se procede à alienação de participação em empresa controlada ou coligada, sediada no exterior, o sujeito de tal conduta é – por óbvio – a própria empresa brasileira, titular de tais direitos, não havendo qualquer ação da companhia estrangeira e tampouco situação de emprego de resultados, lucros ou qualquer outra

expressão econômico-financeira (valor) dessa entidade forânea em favor de sua controladora ou coligada nacional.”

A questão foi bem analisada pelo relator deste acórdão, Conselheiro Caio Cesar Nader Quintella, na passagem que destacamos adiante:

“Ao seu turno, quando ocorre a *alienação de participação em empresa controlada ou coligada, sediada no exterior*, como no presente caso, o *sujeito* de tal conduta é a própria empresa brasileira, titular de tais direitos. Não há, nessa hipótese, o *emprego de resultado, lucro* ou qualquer outra expressão econômico-financeira da entidade estrangeira em *favor* de sua controlada ou coligada nacional.

Não há, nessa circunstância, qualquer ato praticado pelas coligadas ou controladas ou mesmo qualquer *ação* dessas entidades estrangeiras.

Como, então, entender-se pela *aplicação* de tal norma, que tem como seu pressuposto tais eventos? Repita-se: *os fatos* envolvidos e expressados pela operação de alienação de participação societária de companhia estrangeira, controlada ou coligada, não se subsomem à *norma* em questão.

Frise-se que não se está afirmando, em termos *fenomênicos*, que seria inexistente, aqui, expressão ou relação de tal manobra com a tributação da renda em *bases universais*, mas apenas demonstrando e confirmando que, ao tempo dos *fatos geradores* fiscais, colhidos e apurados na presente demanda (*sachverhalt*), o art. 1º, §2º, alínea “b”, item 4, da Lei nº 9.532/97 claramente, **não** se prestava como base legal para fundamentar a exação pretendida pela Fiscalização na Autuação lavrada contra a Contribuinte, carecendo a pretensão fazendária de arrimo legislativo.”

As considerações acima, nossas, de Ricardo Mariz de Oliveira e da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais neste acórdão mais recente, são **imediatamente transponíveis** para a sistemática instituída pela Lei 12.973 para a tributação de lucros auferidos no exterior por **coligadas submetidas ao regime de caixa**. Com efeito, nesses casos, a incidência do IRPJ e da CSLL se dá no momento do pagamento ou crédito do lucro, sendo que, por força do princípio da legalidade, não

pode a instrução normativa inovar, equiparando a pagamento ou crédito atos jurídicos que com eles não se confundem.

No caso das **controladas e coligadas tributadas pelo regime de competência**, parece-nos que a argumentação será necessariamente distinta, embora se alcance a mesma conclusão.

Nesses dois casos a tributação se dá em 31 de dezembro do **ano em que apurado o lucro pela controlada ou coligada no exterior**. Ou seja, para fins de tributação no Brasil é imperioso que a empresa no exterior já tenha, **de acordo com as leis comerciais do país onde está localizada**,²²⁹ encerrado seu exercício e apurado o seu lucro do período. Este é o fato juridicamente relevante para gerar a tributação no Brasil, fato sem o qual a tributação não se faz possível.

Já tendo sido apurado o lucro, haveria, de acordo com o pretendido pela Lei 12.973, acréscimo patrimonial a ser adicionado na apuração do IRPJ e da CSLL. Porém, antes deste momento, de tal acréscimo não se pode falar, até porque é muito comum que em um único exercício uma empresa tenha períodos positivos e negativos, sendo possível determinar se terá lucro ou prejuízo apenas ao final do exercício.

Deste modo, e retornando ao disposto nos §§ 3º a 6º da IN 1.520, parece-nos que somente seria possível cogitar sua aplicação nos casos em que, anteriormente às situações ali previstas, já houvesse a empresa controlada ou coligada submetida ao regime de competência, apurado o lucro do exercício. Do contrário, além de tributar lucro não disponível estar-se-ia tributando uma presunção de lucro.

De outro lado, mesmo que o lucro já houvesse sido apurado no exterior, há que se questionar se a IN poderia prever momentos de tributação no Brasil distintos daqueles previstos na Lei 12.973.

Segundo as diferentes sistemáticas de tributação previstas na Lei 12.973, os lucros seriam sempre adicionados no Brasil em 31 de dezembro do ano em que disponibilizados.²³⁰ Portanto, a Lei não cuidou

229 Artigo 25, § 7º, da Lei nº 9.249/95, com a redação dada pelo artigo 95 da Lei 12.973. Artigo 8º, §§ 1º e 2º da IN 1.520.

230 Artigo 78, § 2º, artigo 79, I, artigo 81, e artigo 82, I, da Lei 12.973.

de qualquer situação em que este não fosse o momento relevante para a tributação. O que fez a IN 1.520 foi antecipar a incidência nos casos em que em 31 de dezembro a empresa no exterior não fosse mais controlada ou coligada da empresa brasileira, ou a própria controladora ou coligada brasileira não existisse mais.

Como dito acima, **sempre tendo como premissa que o lucro já tenha sido apurado de acordo com a legislação comercial do país onde situada a controlada ou coligada no exterior**, faz sentido a preocupação da Receita Federal, e é válida sua intenção. Entretanto, cremos que, neste caso, estamos diante de uma clara situação em que o regulamento extrapolou os limites semânticos do texto da lei, em desacordo com o princípio da legalidade, mesmo partindo da visão mais aberta deste princípio que, junto com outros professores, notadamente na Escola de Direito Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sustentamos.²³¹

8. TRIBUTAÇÃO DE FILIAIS E SUCURSAIS

De acordo com o artigo 92 da Lei 12.973 “aplica-se o disposto nos arts. 77 a 80 e nos arts. 85 a 91 ao resultado obtido por filial ou sucursal, no exterior”. Dessa forma, as mesmas regras aplicáveis a controladas serão aplicáveis a filiais e sucursais de pessoas jurídicas brasileiras.

Há uma questão bastante relevante a ser observada no que se refere à tributação de filiais e sucursais.

Como se infere da leitura do artigo 92 da Lei 12.973, está previsto neste dispositivo, de forma bastante clara, que são aplicáveis ao resulta-

231 Ver os artigos de José Marcos Domingues, Marcus Abraham, Ricardo Lobo Torres, Ricardo Lodi Ribeiro e Sergio André Rocha em: RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sergio André. *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Ver, também: ROCHA, Sergio André. *Estudos de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 97-111; RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 69-127; GOMES, Marcos Lívio. *A Interpretação da Legislação Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 67-68; ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 105-110; GRECO, Marco Aurélio. [Artigo 150, I, da Constituição Federal]. In: CANOTILHO, J. J. GOMES et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018. p. 1742-1746; GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 151-155.

do auferido por filiais e sucursais o disposto nos artigos 77 a 80 da lei. Portanto, a todas as luzes, o artigo 78 da Lei 12.973 é aplicável à tributação de resultados auferidos no exterior por meio de filiais e sucursais, **os quais, portanto, podem ser consolidados.**

Nada obstante, a despeito da clareza da Lei 12.973 a este respeito, parece que a IN 1.520 previu a consolidação apenas para os resultados auferidos por controladas no exterior, como se infere do disposto em seus artigos 11 e 37, os quais apenas fazem referência a controladas no exterior.

Caso se confirme uma posição das autoridades fiscais no sentido de que os resultados de filiais e sucursais não podem integrar a consolidação prevista no artigo 78 da Lei 12.973 teremos uma clara contradição entre a previsão regulamentar e o disposto na lei, a qual só pode ser resolvida em favor da regra legal que autoriza a consolidação de resultados de filiais e sucursais no exterior.

Capítulo III

TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS DE COLIGADAS NO EXTERIOR NA LEI 12.973

1. Tributação de Coligadas. 2. Disponibilização dos Lucros de Coligadas Tributadas pelo Regime de Caixa. 2.1. Tributação dos Resultados Indiretos na Coligada Sujeita ao Regime de Caixa. 3. Lucros de Coligadas Tributados Automaticamente: Regime de Competência. 3.1. Tributação dos Resultados Indiretos na Coligada Sujeita ao Regime de Competência. 4. Três Regimes de Tributação de Lucros Auferidos por Coligadas. 5. Coligadas e Tratados Internacionais.

1. TRIBUTAÇÃO DE COLIGADAS

Se no regime da MP 2.158, controladas e coligadas no exterior estavam sujeitas ao mesmo sistema de tributação sobre seus lucros, no modelo da Lei 12.973 controladas e coligadas no exterior passaram, regra geral, a ter sistemas de tributação distintos.

Como vimos, na ADI 2.588 ficou decidido que a tributação prevista no artigo 74 da MP 2.158 seria inconstitucional no caso de coligadas no exterior situadas em países de tributação regular. Tentando se pautar por essa decisão, o legislador submeteu essas pessoas jurídicas a um regime de tributação quando da **efetiva disponibilização**, como ocorria sob a vigência da Lei nº 9.532/97, e suprimiu, como regra, as coligadas da tributação automática em 31 de dezembro de cada ano.

Dispõe o artigo 81 da Lei 12.973 que “os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil”.²³²

É interessante a redação desse dispositivo, já que ele afirma que os lucros auferidos por coligadas serão tributados em 31 de dezembro do **ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados** e, mais adiante, no § 1º, a lei lista quando ocorrerá a disponibilização. A redação da lei é curiosa, já que dá a entender, como sustenta a doutrina majoritária, que **apenas eventos como os listados no § 1º seriam considerados efetiva disponibilização**, o que não ocorreria com a mera apuração dos lucros pela empresa no exterior.

O próprio artigo 81 prevê que, para que seja aplicável este regime de tributação apenas na disponibilização, a empresa no exterior não deve: (a) estar sujeita a regime de subtributação; (b) estar localizada em país ou dependência com tributação favorecida; e (c) não pode ser controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica sujeita a regime de subtributação.

232 Artigo 17 da IN 1.520.

Um aspecto relevante aqui é que **na tributação das coligadas, manteve-se, de forma direta, referência à tributação dos “lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior”**, ao contrário do que se passou na tributação dos resultados de controladas, em que a pretensão de enfraquecer a posição judicial das empresas levou o legislador a trocar a palavra “lucros” pela sinônima expressão “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”.

Ou seja, aqui, onde não se espera qualquer disputa com o contribuinte, já que se estaria respeitando a exigência de tributação de **renda realizada**, ou seja, efetivamente disponibilizada, **fez-se referência à tributação de lucros auferidos no exterior**, sem mais. Lá, ao se cuidar das controladas, tema que gerou, gera e gerará controvérsias com as empresas, pretensamente mudou-se a materialidade tributável para “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”.

O § 5º do artigo 81 trouxe regra interessante ao dispor que “para fins do disposto neste artigo, equiparam-se à condição de coligada os empreendimentos controlados em conjunto com partes não vinculadas”.²³³ Ou seja, no caso de controle de pessoa jurídica no exterior compartilhado por partes independentes serão aplicáveis as regras que cuidam da tributação de coligadas.

2. DISPONIBILIZAÇÃO DOS LUCROS DE COLIGADAS TRIBUTADAS PELO REGIME DE CAIXA

Segundo o § 1º do artigo 81 da Lei 12.973, são os seguintes os eventos de disponibilização dos lucros auferidos no exterior para a empresa coligada da pessoa jurídica brasileira:

233 Artigo 18 da IN 1.520.

- o pagamento ou o crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior;
- a contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros;
- o adiantamento de recursos efetuado pela coligada, por conta de venda futura cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.

A IN 1.520 referiu-se a este sistema de tributação de coligadas com base na disponibilização dos lucros auferidos no exterior como “regime de caixa”.²³⁴

O § 2º do mesmo artigo 81 vai determinar que se considera:

“I – creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da coligada domiciliada no exterior; e

II – pago o lucro, quando ocorrer:

- a) o crédito do valor em conta bancária, em favor da coligada no Brasil;
- b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;
- c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; ou
- d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da coligada, domiciliada no exterior.”

Esses dispositivos merecem alguns comentários.

A legislação do Imposto de Renda utiliza, para fins de determinação da hipótese de incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte, a referência a “rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior” (artigo 744 do Regulamento do Imposto de Renda).

234 Artigos 17 e 18 da IN 1.520.

Nota-se, contudo, na tributação de lucros auferidos no exterior, uma sistematização um pouco distinta, que já havia sido utilizada pela Lei nº 9.532/97 em seu artigo 1º. Com efeito, em vez de pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa, a Lei nº 9.532/97, e agora também a Lei 12.973, fazem referência apenas a pagamento ou crédito, sendo entrega, emprego e remessa considerados espécies de pagamento. Essa classificação, na visão de Ricardo Mariz de Oliveira, é mais correta, uma vez que “no fundo, portanto, esses três tipos de atos correspondem a maneiras de efetivação de pagamento, tanto que as leis mais recentes omitem referência à remessa, entrega ou emprego, contentando-se em aludir apenas a pagamento ou crédito como os eventos nos quais a fonte deve reter o imposto”.²³⁵

Ao tratar do momento em que o lucro seria considerado “creditado”, percebe-se que a Lei 12.973 incorreu em grave equívoco, ao aparentemente confundir “crédito” representativo de disponibilidade jurídica ou econômica de renda, com mero lançamento contábil. Como já deixamos registrado em outra oportunidade, o mero lançamento contábil, quando desvinculado da efetiva disponibilidade econômica ou jurídica da renda, não é suficiente para consumir o fato gerador do Imposto de Renda.²³⁶ Não é outra a opinião de Luís Eduardo Schoueri e Miguel Hilu Neto, para quem:

“No que tange à previsão de disponibilização quando do crédito contábil, análises pontuais, caso a caso, devem ser realizadas.

Consoante os conceitos de renda acima expostos, parece-nos clara a conclusão de que não é o mero crédito contábil que configura a aquisição de disponibilidade jurídica de renda. Em outras palavras,

235 OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Os importantes conceitos de pagamento, crédito, remessa, entrega e emprego da renda (a propósito do Imposto de Renda na fonte e de lucros de controladas e coligadas no exterior). *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 22, jul.-ago. 2006, p. 39. Sobre o tema, ver: OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I. p. 645-662; ROCHA, Sergio André. “Crédito” e “Emprego” Na Hipótese de Incidência do IRRF de Não Residentes. In: ZILVETI, Fernando Aurélio et al. (Coords.). *Direito Tributário Princípio da Realização no Imposto Sobre a Renda*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 273-287.

236 Ver: UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 308-310.

não são todos os casos nos quais haja registro contábil de conta de passivo que se pode considerar como adquirido um direito pela empresa sediada no Brasil. Há casos nos quais o rendimento não está economicamente disponível à controladora ou coligada, tampouco há título garantindo sua disponibilidade jurídica.”²³⁷

Dessa forma, o crédito a que se refere esse dispositivo deve ser interpretado em linha com a lição de Ricardo Mariz de Oliveira, que argumenta que “o crédito em questão corresponde ao ato, ativo e positivo, da fonte produtora da renda, de colocá-la à disposição do respectivo beneficiário, para que ele receba o que lhe é devido no momento em que comparecer para a conclusão do pagamento”.²³⁸

Essa linha de interpretação já foi acolhida em decisão proferida pela Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

“IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. REMESSAS PARA O EXTERIOR. IMPOSTO CALCULADO TENDO COMO DATA DO FATO GERADOR A DATA DOS CRÉDITOS CONTÁBEIS. IMPOSSIBILIDADE. A hipótese de incidência exige que as importâncias sejam pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a beneficiários domiciliados no exterior, por fonte situada no País. As dicções ‘pagas’, ‘creditadas’, ‘entregues’, ‘empregadas’ ou ‘remetidas’ não deixam dúvidas de que o beneficiário não-residente tem que ter tido a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica do rendimento, conforme disciplina contida no art. 43 do CTN. ‘A disponibilidade econômica decorre do recebimento do valor que se vem a acrescentar ao patrimônio do contribuinte. Já a disponibilidade jurídica decorre do simples crédito desse valor, do qual o contribuinte passa a juridicamente dispor, embora este não lhe esteja ainda nas mãos.’ (Hugo de Brito Machado. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p.

237 SCHOUEI, Luís Eduardo; HILU NETO, Miguel. Sobre a Tributação dos “Lucros Disponibilizados” do Exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda – Alterações Fundamentais: 2º Volume*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 133.

238 OLIVEIRA, Ricardo Mariz, Os importantes conceitos de pagamento, crédito, remessa, entrega e emprego da renda (a propósito do Imposto de Renda na fonte e de lucros de controladas e coligadas no exterior), 2006, p. 33.

243). Não há fato gerador do imposto incidente na fonte quando as importâncias são contabilmente creditadas ao beneficiário do rendimento em data anterior ao vencimento da obrigação, consoante os prazos ajustados em contrato. **O simples crédito contábil, antes da data apazada para seu pagamento, não extingue a obrigação nem antecipa a sua exigibilidade pelo credor. O fato gerador do imposto de renda na fonte, pelo crédito dos rendimentos, relaciona-se, necessariamente, com a aquisição da respectiva disponibilidade econômica ou jurídica. Por si só, o fato de a fonte pagadora lançar contabilmente o acréscimo do valor de sua obrigação na respectiva conta de passivo não torna devido o imposto de renda na fonte, por não importar na aquisição de qualquer disponibilidade econômica ou jurídica de renda pelo beneficiário. No caso dos autos, os rendimentos só passaram a ser devidos quando do vencimento previsto no contrato. Ora, por dedução lógica, o simples registro contábil, nos períodos questionados, não tem, por si só, o condão de modificar o prazo de vencimento da obrigação contratual. Recurso especial negado.**²³⁹ (Destaque nosso)

Se o conceito de crédito ainda gera algum debate, a maioria das situações que configuram pagamento, conforme o inciso II, do § 2º do artigo 81 da Lei 12.973, são intuitivas e não requerem maiores esclarecimentos. Talvez valha a pena somente apresentarmos alguns breves comentários sobre o conceito de **emprego**.

Como já pontuamos, “o termo emprego não tem um significado intuitivo para o intérprete, que não raro fica em dúvida quanto às situações que o configuram. Ricardo Mariz de Oliveira nos traz uma definição segura de emprego, esclarecendo que este ‘é a utilização do dinheiro do pagamento em alguma finalidade de interesse do beneficiário, correspondendo a um ato da fonte pagadora, de dar uso ao dinheiro em nome e por conta do beneficiário, geralmente sob instrução deste’”.²⁴⁰

239 Acórdão nº 9202-003.120. Publicação no Diário Oficial em 20 de maio de 2014.

240 ROCHA, Sergio André. “Crédito” e “Emprego” Na Hipótese de Incidência do IRRF de Não Residentes. In: ZILVETI, Fernando Aurélio et al. (Coords.). *Direito Tributário Princípio da Realização no Imposto Sobre a Renda*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 284.

O exemplo mais claro de emprego nos dá o § 2º, II, “d”, do artigo 81 da Lei nº 12.973/2014: o aumento de capital da fonte brasileira com o valor do direito creditório do não residente, antes do seu vencimento – caso o aumento de capital ocorra após o vencimento já terá ocorrido o crédito. No momento em que o passivo vira capital integralizado, o não residente passa a ter disponibilidade dos lucros, que se torna passível de tributação no Brasil.

Além dos casos em que se identifica pagamento ou crédito, também configuram disponibilização dos lucros (a) a contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros e (b) o adiantamento de recursos efetuado pela coligada, por conta de venda futura cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.

Essas hipóteses de disponibilização também estavam previstas na Lei nº 9.532/97 e foram alvo de crítica de Alberto Xavier, para quem:

“Trata-se, na verdade, de uma equiparação a distribuição de dividendos de *operações de crédito* concedidas pelas controladas ou coligadas no exterior a empresa no Brasil, quer se trate de operações de *crédito financeiro*, isto é, autônomas, como é o caso do mútuo, quer se trate de operações de *crédito mercantil*, ou seja, vinculadas a uma operação comercial subjacente, como é o caso do adiantamento por conta de venda futura.

Em qualquer dessas hipóteses, o principal das quantias mutuadas ou adiantadas (mas, neste caso, apenas na hipótese de a liquidação ocorrer em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço) é tributado imediatamente no Brasil, como se se tratasse de dividendo distribuído.

Salta aos olhos a manifesta violação do art. 43 do Código Tributário Nacional, que apenas permite, à lei ordinária, a tributação de acréscimos patrimoniais efetivos e disponíveis.

Com efeito, nas operações de crédito atrás referidas não ocorre qualquer acréscimo patrimonial, uma vez que os valores creditados são simultaneamente registrados no ativo, como caixa, e no passivo, como exigibilidade de valor rigorosamente idêntico,

correspondente à obrigação de restituir as quantias mutuadas ou de entregar o bem ou serviço cuja entrega futura foi contratada.

Trata-se, por conseguinte, de inconstitucional tributação sobre a renda ou capital.”²⁴¹

Na verdade, parece-nos que, em ambos os casos, está-se diante de situação em que se presume a distribuição de dividendos. Com efeito, havendo a transferência de caixa da coligada estrangeira para o Brasil, via mútuo, por exemplo, parece razoável presumir que tal mútuo tenha alcançado a finalidade da distribuição de dividendos, embora, de uma perspectiva puramente formal, sejam dois eventos distintos: a realização do mútuo e a distribuição de dividendos.

2.1. TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS INDIRETOS NA COLIGADA SUJEITA AO REGIME DE CAIXA

A Lei 12.973 inovou ao prever, explicitamente, a possibilidade de tributação dos lucros auferidos por controladas indiretas no exterior. Como analisaremos mais pormenorizadamente adiante, o mesmo ocorreu em relação às coligadas tributadas pelo regime de competência. Contudo, **não existe regra semelhante para as coligadas tributadas “por caixa”**.

Dessa maneira, lucros auferidos por empresas das quais participe uma coligada estrangeira tributada pelo regime de caixa somente serão tributáveis no Brasil caso:

- sejam distribuídos para a coligada estrangeira, nas situações em que esta avalie seus investimentos pelo método de custo;
- sejam capturados no resultado da coligada estrangeira, nos casos em que esta avalie seus investimentos pelo método da equivalência patrimonial; e

241 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 399. No mesmo sentido, criticando a previsão dessas hipóteses, ver: MOREIRA, Clara Gomes. *Regra de Constitucional de Competência e Tributação de Transações Transfronteiriças entre Partes Vinculadas*. São Paulo: IBDT, 2021. p. 195; SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 164.

- em ambas as hipóteses, tais lucros sejam disponibilizados – i.e. pagos ou creditados – para a coligada no Brasil.

Pode-se concluir, portanto, que no caso de coligadas no exterior cujos lucros forem tributados pelo “regime de caixa”, os resultados das investidas dessas empresas serão irrelevantes para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, salvo nas situações mencionadas acima.

3. LUCROS DE COLIGADAS TRIBUTADOS AUTOMATICAMENTE: REGIME DE COMPETÊNCIA

Como vimos acima, a tributação dos lucros da coligada no exterior apenas na sua disponibilização depende da presença de alguns requisitos. De acordo com o artigo 82 da Lei 12.973, caso apenas uma das condições previstas no artigo 81 seja descumprida, o resultado da coligada no exterior será computado no lucro real da coligada brasileira e na base de cálculo da CSLL de acordo com as seguintes regras:

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

II – se negativo, poderá ser compensado com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.”²⁴²

Entendemos que este regime de tributação de coligadas por competência não se encontra alinhado à decisão proferida pelo STF na ADI 2.588.

De fato, se o critério para a declaração da inconstitucionalidade da tributação automática de lucros auferidos por coligadas era exatamente a falta de controle societário, não se mostra constitucional a tributação pretendida pela Lei 12.973. Como vimos no capítulo I, foi o voto da Ministra Ellen Gracie que inaugurou a interpretação de que a tribu-

242 Artigo 19 da IN 1.520.

tação automática dos lucros auferidos por este tipo de empresa no exterior seria inconstitucional. Na visão da Ministra, nesses casos **não se poderia falar em disponibilidade dos lucros para a empresa coligada brasileira, diante da ausência de poder de controle.**

A Ministra Ellen Gracie foi a única a adotar essa posição com foco na tributação de lucros auferidos por coligadas no exterior. Vê-se que sua interpretação foi baseada, exclusivamente, **na existência ou não de controle da empresa brasileira sobre as deliberações da empresa situada no exterior.** Por este critério, independentemente de sua localização, a tributação automática de lucros auferidos por coligadas no exterior seria inconstitucional.

Apontamos que, tendo sido o único voto nesse sentido, somente se formou maioria na Corte para a adoção da interpretação de que o artigo 74 da MP 2.158 seria inconstitucional neste caso, em razão da relação de continência entre o voto de Ellen Gracie e os votos dos outros Ministros.

De fato, como os votos dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello foram pela integral inconstitucionalidade do artigo 74, o voto da Ministra Ellen Gracie estava neles contido, e todos, portanto, foram somados, chegando-se a cinco votos pela inconstitucionalidade da tributação automática de lucros de coligadas no exterior.

O sexto voto necessário para a declaração da inconstitucionalidade, neste caso, veio com a manifestação do Ministro Joaquim Barbosa. Numa linha distinta da de todos os que o antecederam, a premissa do seu voto foi de que a tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior estaria relacionada ao controle de situações de evasão fiscal. Em sua visão, contudo, esta somente poderia ser presumida nas situações em que a empresa no exterior estivesse localizada em um país com tributação favorecida.

O Ministro Joaquim Barbosa criou, então, um novo critério distintivo legitimador da tributação automática no Brasil: a localização da empresa no exterior. Assim sendo, e com base neste voto, a tributação seria sempre inconstitucional nos casos de empresas localizadas em paí-

ses de tributação regular. Portanto, está contido neste voto a não tributação de lucros de empresas coligadas situadas em países de tributação regular, alcançando-se a maioria de seis votos para declarar a inconstitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 nesses casos.

O mesmo raciocínio levou à declaração da constitucionalidade da tributação dos lucros de empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida. Os votos dos Ministros Nelson Jobim, Ayres Britto, Cesar Peluso e Eros Grau reconheceram a constitucionalidade integral do artigo 74. Da mesma forma o fez a Ministra Ellen Gracie para todas as controladas. Por fim, o voto de Joaquim Barbosa legitimou a tributação sempre que a controlada estiver localizada em um paraíso fiscal. Atingiram-se, portanto, seis votos pela constitucionalidade da tributação nessas situações.

Analisando-se os votos proferidos na ADI 2.588, nota-se que dois Ministros acabaram por dar os contornos da decisão final. Ademais, de todos os Ministros que votaram nesta decisão, apenas um segue na Corte.

Considerando os comentários acima, e tendo como foco a tributação de lucros auferidos por coligadas no exterior, é possível concluir que:

- Há uma linha de argumentação razoável, calcada no voto da Ministra Ellen Gracie na ADI 2.588, para sustentar que a tributação automática dos lucros de coligadas no exterior seria, **sempre**, inconstitucional, diante da ausência de poder de controle.
- De outra parte, é possível também que prevaleça entendimento de que a localização da empresa em um país com tributação favorecida – ou qualquer figura afim – seria suficiente para legitimar a tributação automática no Brasil.²⁴³

Com a mudança de composição do STF e a falta de precedentes sobre este tema, é difícil estimar a posição que prevalecerá em um julgamento futuro, embora nossa posição seja no sentido de que a ausên-

243 Esta posição foi defendida por Tarsila Ribeiro Marques Fernandes (Cf. FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC Legislation: From an International Perspective to the Brazilian Reality*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2019. p. 303).

cia de controle deveria se sobrepor à localização da coligada para fins de determinação do seu regime de tributação.

O tratamento diferenciado conferido às situações em que controladas estejam situadas em países ou dependências com tributação favorecida, ou se encontrem sob regimes especiais de tributação ou de subtributação decorre de uma presunção absoluta de que essas situações são indicativas da fruição de algum benefício fiscal indevido.

Contudo, a utilização efetiva de tais tratamentos fiscais benéficos – pela coligada no exterior – não parece ser suficiente para presumir a disponibilidade, econômica ou jurídica, dos lucros da coligada para a pessoa jurídica brasileira.

A Lei nº 13.259/2016 incluiu na Lei 12.973 um artigo 82-A, que tem a seguinte redação:

“Art. 82-A. Opcionalmente, a pessoa jurídica domiciliada no Brasil poderá oferecer à tributação os lucros auferidos por intermédio de suas coligadas no exterior na forma prevista no art. 82, independentemente do descumprimento das condições previstas no *caput* do art. 81.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses em que a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil é equiparada à controladora, nos termos do art. 83.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil estabelecerá a forma e as condições para a opção de que trata o *caput*.”

Basicamente o que este artigo fez foi autorizar a opção pelo regime de tributação por competência pelas pessoas jurídicas que, em princípio, seriam tributadas apenas no momento do pagamento ou do crédito. Feita essa opção, as regras de utilização do crédito do imposto pago no exterior passariam a ser aquelas previstas para as coligadas sujeitas ao regime de competência.

3.1. TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS INDIRETOS NA COLIGADA SUJEITA AO REGIME DE COMPETÊNCIA

Além do momento da tributação dos lucros auferidos pela coligada no exterior, outro aspecto que diferencia o regime de caixa do regi-

me de competência é o tratamento dispensado aos lucros das empresas nas quais a coligada tem participação.

De fato, como vimos, no caso das coligadas que têm o lucro tributado por caixa, não há nenhuma regra que preveja a tributação dos lucros eventualmente auferidos por empresas nas quais a coligada estrangeira participe. Por outro lado, no caso das coligadas cujos lucros se sujeitam à tributação por competência, há regra nesse sentido, prevista no § 1º do artigo 82 da Lei 12.973, transcrito a seguir:

“Art. 82. Na hipótese em que se verifique o descumprimento de pelo menos uma das condições previstas no caput do art. 81, o resultado na coligada domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados deverá ser computado na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas:

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

II – se negativo, poderá ser compensado com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB.

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

[...]” (Destaque nosso)

Como observa Bruna Ferrari, “uma questão curiosa quanto à tributação das coligadas que não cumpram com os requisitos da Lei – coligadas não qualificadas –, é que a legislação prevê a consolidação vertical, vedada para as controladas. Ela estabelece que os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a coligada não qualificada mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no seu balanço para efeitos de tributação

no País”.²⁴⁴ Este § 1º gera algumas dúvidas interpretativas, que passamos a analisar.

3.1.1. DE QUEM SÃO OS LUCROS TRIBUTADOS COM BASE NESTE § 1º?

Um primeiro aspecto relevante, decisivo para compreendermos este § 1º e as consequências que irradia, é a identificação da entidade cujos lucros seriam passíveis de tributação no Brasil com base neste dispositivo.

Ao revermos a redação do § 1º do artigo 82, notamos que ele não transforma os resultados das pessoas jurídicas cuja coligada no exterior participa em lucros da própria coligada no exterior, o que criaria uma ficção de discutível constitucionalidade.

O que estabelece este dispositivo é que a coligada no exterior deve consolidar, em seu balanço, os resultados das pessoas jurídicas nas quais detém participação. Em outras palavras, trata-se de mais um caso de tributação, no Brasil, dos resultados de entidades indiretamente vinculadas à empresa brasileira. Não estamos diante da tributação de resultados da própria coligada no exterior, mas sim de resultados de sua(s) subsidiária(s) consolidados em seu balanço.

3.1.2. TRATA-SE DE UMA HIPÓTESE DE CONSOLIDAÇÃO

Outra questão importante, já mencionada, que se extrai desse § 1º é que ele veicula mais um caso de consolidação, como faz o artigo 78 quanto às controladas no exterior. A grande diferença entre os dois regimes é que a consolidação, no caso das controladas, é feita no Brasil – no nível da controladora –, enquanto no caso do artigo 82, § 1º, da Lei 12.973, a consolidação se dá no nível da coligada no exterior.²⁴⁵ Nada obstante, não se pode duvidar que, em ambos os casos, **estamos diante de uma consolidação de resultados.**

Naturalmente, tratando-se de uma consolidação, os resultados negativos serão consolidados juntamente com os resultados positivos, de

244 FERRARI, Bruna Camargo. *BEPS no Brasil: Negócios Híbridos, Normas CFC e Competitividade Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 162.

245 A regra prevista no artigo 82, § 1º, da Lei 12.973 é equivalente à que estava prevista no § 6º do artigo 1º da Instrução Normativa nº 213/2002.

modo que somente o resultado final da consolidação será relevante para fins de apuração do IRPJ e da CSLL no Brasil.

Como o § 1º em questão é extremamente sucinto, restam hiatos que devem ser superados pelo intérprete. Por exemplo, a Lei 12.973 não disciplinou o tratamento dos resultados negativos consolidados. Em princípio, a coligada no Brasil poderia utilizar prejuízos das empresas cujos resultados fossem consolidados, para compensar lucros futuros da mesma entidade em consolidações futuras. Considerando que esse tema não é relevante para o presente trabalho, não evoluiremos na sua análise.

Firmada a premissa de que estamos diante de uma consolidação de resultados auferidos **no exterior**, cabe a pergunta: resultados de empresas brasileiras nas quais a coligada estrangeira tenha participação devem ser igualmente consolidados?

3.1.3. RESULTADOS DE EMPRESAS BRASILEIRAS DEVEM SER CONSOLIDADOS?

Desde a edição da Lei 9.249, passando pela Lei 9.532 e pela MP 2.158, até chegarmos à Lei 12.973, há um ponto que sempre foi comum: a tributação dos lucros auferidos por controladas, coligadas, filiais e sucursais **localizadas no exterior**.

Se focarmos nossa atenção apenas na Lei 12.973, esse fato fica claro pela leitura do *caput* dos seus artigos 77, 81 e 82, conforme destacado a seguir:

“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. [...]” (Destaque nosso)

“Art. 81. Os lucros auferidos por intermédio de **coligada domiciliada no exterior** serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado

no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, desde que se verifiquem as seguintes condições, cumulativamente, relativas à investida: [...]” (Destaque nosso)

“Art. 82. Na hipótese em que se verifique o descumprimento de pelo menos uma das condições previstas no caput do art. 81, o resultado na **coligada domiciliada no exterior** equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados deverá ser computado na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas: [...]” (Destaque nosso)

Percebe-se, como não poderia deixar de ser, que todos os dispositivos da Lei 12.973 que estabelecem a tributação de lucros auferidos por controladas, coligadas, filiais e sucursais estabelecem que tais lucros somente serão tributados caso tenham sido **auferidos por uma entidade domiciliada no exterior**.

Portanto, parece haver pouca dúvida de que as regras previstas nos artigos 76 a 92 da Lei 12.973 **não se prestam para tributar lucros auferidos por empresas situadas no Brasil**. Seria uma completa contradição imaginar que lucros de uma empresa brasileira seriam tributados com base nas regras estabelecidas para tributar os lucros de controladas, coligadas, filiais e sucursais domiciliadas no exterior.

Feitos esses comentários iniciais, devemos analisar a regra prevista no §1º do artigo 82 da Lei 12.973. Como vimos, esse dispositivo prevê que “os resultados auferidos **por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a coligada no exterior mantiver qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente**, serão consolidados no seu balanço para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da coligada no Brasil”. (Destaque nosso)

Uma leitura literal, descontextualizada e simplista poderia levar à interpretação de que lucros auferidos por empresa brasileira, na qual a coligada no exterior tenha participação societária, ainda que indireta, deveria ser consolidado no seu balanço e submetido à incidência do IRPJ e

da CSLL no Brasil. O argumento central de uma posição nesse sentido seria lastreado no fato de que o § 1º faz referência a **pessoa jurídica** na qual a coligada no exterior tenha participação, sem mencionar que esta pessoa jurídica deve estar localizada no exterior.

Contudo, posicionamento como esse quebraria a própria razão de ser das regras de Tributação em Bases Universais, que, como vimos, têm como **único e exclusivo objetivo** a tributação de lucros auferidos por entidades localizadas no exterior.

Vimos que o § 1º do artigo 82 não transforma os lucros das subsidiárias em lucros da coligada no exterior. Não é isso o que faz. Este dispositivo estabelece uma consolidação dos resultados das empresas nas quais a coligada no exterior participa, de modo que, como concluímos, de acordo com esse parágrafo seriam tributados os lucros das próprias subsidiárias.

Nessa linha de ideias, se o que o § 1º do artigo 82 estabelece é uma tributação dos próprios lucros consolidados no balanço das entidades nas quais a coligada participa, no caso de uma dessas entidades ser domiciliada no Brasil parece que a única conclusão possível é a de que tais resultados, positivos ou negativos, não deveriam ser incluídos na consolidação.

4. TRÊS REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DE LUCROS AUFERIDOS POR COLIGADAS

Pelo que vimos acima, nota-se que a Lei 12.973 estabeleceu três regimes de tributação de lucros auferidos por empresas coligadas de empresas brasileiras no exterior. A regra geral, prevista no artigo 81, é que os lucros de coligadas sejam apenas tributados quando de sua efetiva disponibilização, desde que sejam atendidas as condições ali previstas. Sistema que a IN 1.520 denomina de regime de caixa (artigo 17). A coligada que não estiver enquadrada nos requisitos do artigo 81 terá seus lucros tributados em 31 de dezembro de cada ano, de acordo com o artigo 82. A esta outra sistemática, a IN 1.520 chamou regime de competência (artigo 19). Por fim, nos casos em que a coligada tiver mais de 50% do capital votante da coligada no exterior, juntamente com pessoa

vinculada, a coligada será equiparada a controladora para fins de tributação (artigo 83 da Lei 12.973 e artigo 15 da IN 1.520).

5. COLIGADAS E TRATADOS INTERNACIONAIS

Uma questão importante, muitas vezes esquecida, é que as discussões sobre tratados internacionais e a Lei 12.973, antes apresentadas, não são restritas às controladas estrangeiras. De fato, coligadas brasileiras também podem argumentar que os lucros das coligadas estrangeiras não deveriam ser adicionados à apuração do IRPJ e da CSLL.

Para compreendermos melhor esta questão, é importante assentarmos duas premissas:

- A materialidade da tributação, no caso das coligadas no exterior, é o **lucro**, como ocorre no caso das controladas.
- O artigo 7º das convenções assinadas pelo Brasil não é um artigo que permite a tributação cumulativa pelos Estados Contratantes. De fato, este artigo prevê a tributação exclusiva pelo Estado onde o lucro foi gerado. Em resumo: a aplicação do artigo 7º não resultaria em mero **diferimento** da tributação brasileira para o momento da distribuição dos lucros, mas sim **na incompetência do Brasil para tributar tais lucros**.

Considerando esses dois pontos de partida, parece-nos que a aplicação do artigo 7º das convenções internacionais celebradas pelo Brasil levaria à não tributação dos lucros auferidos por coligadas no exterior, independentemente do regime ao qual estão submetidos – caixa ou competência. Com efeito, se os artigos 81 e 82 sujeitam os **lucros** de tais coligadas à tributação no Brasil, e se, de acordo com os tratados internacionais, **tais lucros devem ser tributados apenas no país de residência da empresa que os gerou**, a aplicação do artigo 7º levaria à incompetência do Brasil para a tributação dos lucros em questão. Nessa ordem de ideias, diante da ausência de uma regra doméstica que preveja a dis-

tribuição de lucros pela coligada como tributável no Brasil, esta não estaria sujeita à tributação.

Obviamente que o mesmo raciocínio se aplica aos casos em que a convenção tem dispositivo prevendo a isenção de dividendos distribuídos. No caso das coligadas tributadas pelo “regime de caixa”, não haverá dúvidas quanto à não tributação no Brasil, a não ser que o tratado exija alguma participação societária mínima, como ocorre no caso do acordo assinado com a Áustria, por exemplo.

A seu turno, quando se tratar de coligada tributada pelo “regime de competência”, havendo tratado e prevendo ele isenção na distribuição de dividendos, a regra de isenção deveria afastar a tributação automática no Brasil. Esta situação poderia se verificar no caso de uma entidade em país com o qual celebramos tratado e que esteja sob regime fiscal privilegiado ou regime de subtributação.

Capítulo IV

RENDA ATIVA E PASSIVA E REGIME DE SUBTRIBUTAÇÃO

1. Renda Ativa e Passiva. 2. Regime de Subtributação. 2.1. Conceito de Regime de Subtributação. 2.2. A Questão da Lista de Regimes de Subtributação. 2.2.1. O Histórico das Listas de Países com Tributação Favorecida e de Regimes Fiscais Privilegiados. 2.2.2. É Necessária uma Lista de Regimes de Subtributação? 2.2.3. Existe uma Lista de Regimes de Subtributação? 2.3. O que Seria um Regime? 2.4. A Portaria 488 e os Regimes de Subtributação. 2.4.1. Aplicação da Portaria 488 aos Regimes de Subtributação.

1. RENDA ATIVA E PASSIVA

Como já fizemos questão de destacar, uma das diferenças mais significativas entre o regime de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, na forma prevista no artigo 74 da MP 2.158, e as regras internacionais de transparência fiscal internacional, consiste no fato de estas serem regras de controle de planejamentos tributários agressivos, enquanto a regra brasileira era (e continua sendo) uma regra geral de tributação em bases mundiais.

Dentro desse escopo de controle de planejamentos tributários agressivos, um dos critérios utilizados pelo Direito Comparado é a distinção entre rendas ativas e passivas. Conforme noticia Taísa Maciel:

“Na maioria dos países, o tipo de rendimento auferido pela sociedade é relevante para determinar a aplicação das regras de TLCE [Tributação de Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior]. Também há dois métodos em relação à esse teste. No primeiro, também chamado de transaccional (*transactional approach*), apenas a renda ‘contaminada’ é submetida à tributação. No segundo, ou a totalidade da renda auferida pela sociedade (contaminada e não-contaminada) ou nenhuma renda é submetida à tributação (*entity approach*). Na determinação do que seja a renda contaminada, as definições legais também são variáveis. De modo geral, pode-se dizer que os países excluem as rendas provenientes do exercício de efetiva atividade empresarial e tributam as rendas passivas (*passive income*) – juros, dividendos, alugueis, *royalties* e ganhos de capital – e, em alguns casos, também as chamadas rendas do tipo companhia-base (*base companies income*).”²⁴⁶

Manuel Lucas Durán descreveu bem o conceito de rendas passivas:

“Uma das principais questões no âmbito da fiscalidade internacional é o gravame das assim denominadas ‘rendas passivas’, isto é, os dividendos, juros e *royalties*, quando tais pagamentos se realizam em um marco supranacional. Sua caracterização como rendas passivas se deve provavelmente a que, diferentemente de

²⁴⁶ MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos Lucros das Coligadas e Controladas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 30.

outros tipos de renda, não implicam tanto em uma atividade de ordenação de meios de produção no outro Estado (como seria, por exemplo, a criação de um estabelecimento permanente), mas sim unicamente a cessão de um numerário (financiamento próprio, por meio de ações, ou alheia, por meio de empréstimos), ou também a cessão de uma determinada tecnologia (v. gr. patentes), que produzirão um fluxo periódico de rendas a favor do cedente.”²⁴⁷

Como já vimos, a Lei 12.973 trouxe para a legislação brasileira a utilização do conceito de renda ativa. Com efeito, tanto para a consolidação prevista no artigo 78, como para a postergação de pagamento previsto no artigo 90, requer a lei que a controlada no exterior tenha renda ativa superior a 80% de sua renda total.

Embora possa parecer, a uma primeira vista, que a legislação brasileira se aproximou dos modelos internacionais, tal conclusão seria, em verdade, precipitada.

De fato, na experiência de outros países a distinção entre rendas ativas e passivas é utilizada como instrumento para a identificação dos casos em que a própria regra de transparência fiscal internacional será aplicada, ressaltando o seu caráter antielisivo. No Brasil, considerando a sistemática de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior pós-Lei 12.973, a distinção de rendas ativas e passivas foi utilizada apenas para excluir determinadas situações de regimes em princípio mais vantajosos previstos pela lei. Assim sendo, não podem as referências feitas pela referida lei às rendas ativas e passivas ser compreendidas como alguma forma de alinhamento às práticas usualmente encontradas internacionalmente.²⁴⁸

A Lei 12.973 definiu renda ativa e tratou as rendas passivas por exclusão. Assim, segundo o inciso I do artigo 84, renda ativa própria é

247 LUCAS DURÁN, Manuel. Las rentas pasivas en la fiscalidad internacional (dividendos, intereses y cánones). In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Coord.). *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Ediciones Estudios Financieros, [199-], p. 321 e 322. Ver, também: ROSEMBUJ, Tulio. *Derecho Fiscal Internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001, p. 175.

248 Neste mesmo sentido, ver: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 496-497.

“aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria”. As rendas passivas estão listadas nas alíneas do inciso I e são as seguintes: a) *royalties*; b) juros; c) dividendos; d) participações societárias; e) aluguéis; f) ganhos de capital, salvo na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de 2 (dois) anos; g) aplicações financeiras; e h) intermediação financeira.

Um aspecto relevante, decorrente da análise do artigo 84, I, da Lei 12.973, é que a lista de rendas passivas ali prevista é **taxativa**. Essa conclusão é inferida da expressão “**excluídas as receitas decorrentes de**”, que antecede a lista de rendas passivas acima apresentada. Dessa maneira, só seriam rendas passivas aquelas ali identificadas.

Nessa linha de ideias, por exemplo, não nos parece, por exemplo, que receitas de afretamento possam ser consideradas rendas passivas para os fins deste dispositivo.

Com efeito, o afretamento de embarcações trata-se de contrato típico, cujas espécies estão definidas nos incisos I, II e III do artigo 2º da Lei nº 9.432/1997. Logo, não estando incluído na listagem taxativa prevista no artigo 84, I, da Lei 12.973, não podem as receitas de afretamento serem caracterizadas como rendas passivas.

Há três exceções à lista de rendas passivas prevista no artigo 84 da Lei 12.973. A primeira, prevista na alínea “f” do inciso I do artigo 84, refere-se a ganhos de capital na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de dois anos. A segunda, prevista no § 1º do artigo 84 cuida das receitas de juros, aplicações financeiras e intermediação financeira auferidas por instituições financeiras reconhecidas e autorizadas a funcionar pela autoridade monetária do país em que estejam situadas. Por fim, de acordo com o § 2º do artigo 84, “poderão ser considerados como renda ativa própria os valores recebidos a título de dividendos ou a receita decorrente de participações societárias relativos a investimentos efetuados até 31 de dezembro de 2013 em pessoa jurídica cuja receita ativa própria seja igual ou superior a 80%”.

Nota-se, pela lista de exceções, que apenas as instituições financeiras, que têm uma atividade operacional calcada em rendas passivas, foram abrangidas por uma regra específica de exceção. Contudo, há outros setores econômicos onde se verificam rendas passivas decorrentes de atividades econômicas substantivas. Os melhores exemplos dessa situação, dentre as rendas passivas mencionadas no artigo 84, são os aluguéis e os *royalties*. De fato, em ambos os casos há situações onde atividades empresariais são realizadas onde as receitas são passivas. Seguindo a orientação de Alberto Xavier, com a qual concordamos, esta discriminação é infundada e violadora do princípio da isonomia.²⁴⁹

Considerando a jurisprudência pacífica do STF no sentido de que a Corte não deve atuar como legislador positivo, incluindo no escopo de determinada regra situações que não estejam ali previstas, em decorrência do princípio da isonomia, caberia a tais setores buscar a inclusão, na Lei 12.973, de exceções cobrindo tais tipos de receita, de forma que elas não fossem consideradas rendas passivas na forma do artigo 84, nos casos específicos em que sejam decorrentes da atividade operacional da empresa.

2. REGIME DE SUBTRIBUTAÇÃO

2.1. CONCEITO DE REGIME DE SUBTRIBUTAÇÃO

O inciso III do artigo 84 trouxe a definição de regime de subtributação, que é “aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior a alíquota nominal inferior a 20% (vinte por cento)”.²⁵⁰ A criação desta nova categoria surpreendeu um pouco pela aparente continência entre este conceito e o de país com tributação favorecida (ou “paraíso fiscal”). Veja-se a tabela comparativa abaixo:

249 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 499-500.

250 Vale mencionar que o § 3º do artigo 84 da Lei 12.973 delegou ao Poder Executivo a competência para “reduzir a alíquota nominal de que trata o inciso III do *caput* para até 15% (quinze por cento), ou a restabelecer, total ou parcialmente”.

Paraíso Fiscal Artigo 24 da Lei nº 9.430/96	Paraíso Fiscal Art. 7º da Lei nº 9.959/2000	Paraíso Fiscal § 1º, inciso III do art. 3º da Lei nº 11.312/06.	Regime de Subtributação Artigo 84 da Lei 12.973
a. não tributação da renda ou tributação à alíquota máxima inferior a 20%; b. sigilo quanto à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes.	a. não tributação da renda ou tributação à alíquota máxima inferior a 20%.	a. não tributação da renda ou tributação à alíquota máxima inferior a 20%.	a. não tributação da renda ou tributação à alíquota nominal inferior a 20%.

Analisando-se a tabela acima, é possível identificar que, embora a principal regra sobre países com tributação favorecida, que é o artigo 24 da Lei nº 9.430/96, faça referência, além da tributação abaixo de 20%,²⁵¹ a exigências relacionadas à transparência, há outras regras, como a da Lei nº 9.959/2000 (isenção de ganhos de capital na alienação de investimentos em portfólio por não residentes) e a da Lei nº 11.312/06 (isenção para não residentes em Fundos de Investimento em Participações) que apenas mencionam a exigência da tributação abaixo de 20%. De toda sorte, mesmo se comparado ao conceito geral da Lei nº 9.430/96, nota-se a dita continência aparente entre os dois conceitos.²⁵²

Surge então a questão: qual o propósito da criação do novo conceito?

251 É importante observar que, como veremos adiante, de acordo com a Portaria 488/2014, “fica reduzido para 17% (dezessete por cento) o percentual de que trata o *caput* do art. 24 e os incisos I e III do parágrafo único do art. 24-A, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, para os países, dependências e regimes que estejam alinhados com os padrões internacionais de transparência fiscal, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, sem prejuízo da observância das demais condições estabelecidas pelos arts. 24 e 24-A da referida Lei”. Os critérios para definição a respeito do alinhamento com os padrões de transparência fiscal estão previstos na Instrução Normativa nº 1.530/14.

252 Vale notar que, como já defendemos em outra oportunidade, a formulação legal de “países com tributação favorecida” está mais próxima dos chamados “tipos” do que dos “conceitos”. Ver: ROCHA, Sergio André Rocha. Paraísos Fiscais e Regimes Fiscais Privilegiados: Análise de Algumas Questões Controvertidas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 14º Volume*. São Paulo: Dialética, 2010. p. 350-355.

O primeiro argumento que poderia ser utilizado seria no sentido de que, enquanto a Lei nº 9.430/96, ao tratar dos países com tributação favorecida, utiliza a alíquota efetiva de 20%, o artigo 84 da Lei 12.973 usa a alíquota nominal.²⁵³

Contudo, a Lei nº 9.430/96, em seu artigo 24, em nenhum momento faz referência expressa a **alíquota efetiva de 20%**. Com efeito, é apenas na Instrução Normativa nº 1.312/12, no § 3º do seu artigo 52, que aparece a regra de que “na aplicação do disposto neste artigo, **a alíquota efetiva de tributação, no país de residência da pessoa física ou jurídica**, será determinada comparando-se a soma do imposto pago sobre o lucro, na pessoa jurídica e na sua distribuição, com o lucro apurado em conformidade com a legislação brasileira, antes dessas incidências” (destaque nosso).

Embora não nos pareça que seja a alíquota efetiva levada em consideração para a determinação dos países e dependências constantes da Instrução Normativa nº 1.037/10, e também que, como dito, a Lei nº 9.430/96 não faça referência à alíquota efetiva, essa poderia ser apontada como uma diferença entre o conceito de país com tributação favorecida e regime de subtributação, já que, neste último caso, o inciso III do artigo 84 menciona expressamente a alíquota nominal.

Não está claro se esta será a interpretação da Receita Federal e, neste particular, a IN 1.520 não ajudou. Talvez a finalidade do novo conceito tenha sido se afastar da tradicional edição de lista para a identificação dos países com tributação favorecida, surgindo aqui a primeira polêmica a respeito do tema.

2.2. A QUESTÃO DA LISTA DE REGIMES DE SUBTRIBUTAÇÃO

2.2.1. O HISTÓRICO DAS LISTAS DE PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA E DE REGIMES FISCAIS PRIVILEGIADOS

Historicamente, a Receita Federal do Brasil sempre identificou, em listas, as jurisdições consideradas países com tributação favorecida, as-

²⁵³ Ver, também: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 147.

sim como os regimes considerados privilegiados. Este procedimento se iniciou com a edição da Instrução Normativa nº 164/1999, sendo que a lista atualmente em vigor está prevista na IN 1.037. Esta Instrução Normativa traz todos os regimes de subtributação explicitamente reconhecidos à época pelas autoridades fiscais (regime fiscal privilegiado e países com tributação favorecida).

Desde então, surgiu uma controvérsia sobre a natureza jurídica de tais listas. Se seriam taxativas, de modo que apenas as jurisdições e regimes ali previstos poderiam ser considerados de tributação favorecida ou privilegiados, ou se estaríamos diante de meras relações exemplificativas.

Na doutrina, **há uma prevalência bastante significativa da posição no sentido da taxatividade – e, portanto, necessidade – das listas em questão**. Em 2012, escrevi obra em coautoria com Marco Aurélio Greco, na qual sustentamos esta posição – pela necessidade e taxatividade da lista:

“Na verdade, parece-nos que não poderia ser diferente. **A existência de uma lista responde não apenas a um imperativo de segurança jurídica, mas também concretiza o princípio da praticidade**, na medida em que a ausência da lista inviabilizaria a aplicação de tais regras pelos contribuintes e pelos próprios auditores fiscais, por faltar a identificação concreta dos casos nos quais se aplicaria.

Assim, **a melhor posição é a da taxatividade da lista estabelecida pela Instrução Normativa n. 1.037/2010**, mesmo que não prevista em lei, pois configuraria um elemento necessário para a operacionalização dos preceitos, além de ser uma consequência do princípio da proteção da confiança legítima do contribuinte, o qual deriva do princípio da segurança jurídica.

Ora, há mais de uma década os contribuintes se baseiam nas listas editadas pela Receita Federal para identificar os países com tributação favorecida, de forma que não se pode esperar que, em determinado caso concreto, venha a autoridade fiscal a adotar conduta que contrarie a posição que veio sendo adotada pela Receita Federal e que gerou para o contribuinte uma expectativa de

comportamento por parte do Poder Público. Este entendimento deve ser estendido para a interpretação/aplicação da lista de regimes fiscais privilegiados.”²⁵⁴

O mesmo entendimento é adotado por Alberto Xavier e Luís Eduardo Schoueri, como se infere das seguintes passagens:

ALBERTO XAVIER

“Referida lista reveste natureza taxativa, como aliás é a praxe internacional adotada pela grande generalidade dos países que consagram essa metodologia.

Já se defendeu a natureza meramente exemplificativa dessa lista, em homenagem ao princípio da legalidade, arvorado em valor supremo, que conduziria à preeminência incondicional da lei sobre os atos normativos da Administração.

Porém, nesta matéria o princípio da legalidade tem de ser temperado, através de um processo de ponderação de valores, de modo a que as soluções adotadas atendam também a outros valores relevantes do ordenamento constitucional.

Um deles reside nos princípios da proteção da confiança e da boa-fé, manifestações da segurança jurídica igualmente inerente ao Estado Democrático de Direito e que conduz ao caráter *autovinculante* dos atos normativos da Administração Pública, pois é com a interpretação da lei a que deram publicidade, com fins de padronização e uniformização, que os particulares contam para formar as suas expectativas e fundar as suas condutas.

Outro valor que aponta na mesma solução é o princípio hierárquico da Administração Pública, pelo qual os órgãos administrativos de aplicação da lei (em matérias tributária, os órgãos de lançamento) estão vinculados aos atos normativos da própria Administração, não podendo deles desvincular-se recorrendo *per saltum* à própria lei, de modo a ‘reinterpretar’ o que as autoridades administrativas competentes já tinham interpretado por atos normativos internos.

254 GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 373.

Desta dupla fonte de autovinculação não decorre a irrevogabilidade ou imutabilidade das ‘fontes internas’ infralegais (respeitadas, porém a proteção das expectativas), mas sim a proibição do *venire contra factum proprium*, isto é, de os órgãos de aplicação do direito, através de atos primários, agirem em desrespeito à interpretação normatizada da Administração, ainda que com fundamento na preeminência da lei.”²⁵⁵ (Destaque nosso)

LUÍS EDUARDO SCHOURI

“Parece acertado o entendimento pelo caráter exaustivo da *black list* editada pelas autoridades fiscais. É dizer, transações com países que não estejam presentes na lista não poderiam ser submetidas ao tratamento fiscal conferido aos paraísos fiscais, do mesmo modo que a eventual inclusão de determinada jurisdição não reclamaria observância do princípio da anterioridade.

Tal conclusão passa pelo conteúdo do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. O dispositivo consubstancia máxima já encontrada no direito antigo (*ignorantia jus neminem excusat*) que, lastreando-se em imperativo de interesse social, tem por objetivo óbvio afastar a insegurança e o caos que reinariam caso a eficácia da lei estivesse condicionada à ciência de seu conteúdo por parte dos destinatários do comando legal. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferrar Jr., o dispositivo ‘neutralizaria’ a ignorância, no sentido de ‘fazer com que ela não seja levada em conta, inobstante possa existir’.

Conquanto a ninguém seja dado desconhecer a legislação brasileira, forçoso reconhecer que o mesmo não pode ser afirmado em relação ao direito estrangeiro. Efetivamente, o artigo 14 da mesma Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro reconhece não ser dever funcional do magistrado ter ciência de norma alienígena, facultando-lhe exigir das partes, em caso de desconhecimento do direito estrangeiro, a prova do seu texto e vigência.

255 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 298-299.

Ora, se o ordenamento sequer exige do Poder Judiciário o conhecimento da legislação estrangeira, tanto mais irrazoável exige-lo dos contribuintes. É neste ponto que se compreende a função da *black list* enquanto vera condição de aplicabilidade da lei.

Na ausência da lista, não há como exigir o cumprimento do mandamento legal por parte do contribuinte; este, além de possivelmente não dispor de meios materiais para tanto, não pode ser constrangido a ter ciência dos ordenamentos estrangeiros que permitiriam a qualificação da respectiva jurisdição como país com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado. É a lista que, ao apresentar, tanto aos contribuintes quanto aos próprios agentes fazendários, a relação de jurisdições que atendem aos requisitos da legislação brasileira, torna possível a aplicação da lei.²⁵⁶ (Destaque nosso)

Em ao menos um caso, a Receita Federal do Brasil claramente condicionou a aplicação do conceito de país com tributação favorecida à edição de uma lista relacionado tais jurisdições. É o que temos no § 1º do artigo 99 da Instrução Normativa nº 1.585/2015, que está transcrito a seguir:

“Art. 99. O regime de tributação previsto nos arts. 89 a 98 não se aplica a investimento oriundo de país com tributação favorecida nos termos do art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996, o qual sujeitar-se-á às mesmas regras estabelecidas para os residentes ou domiciliados no País, observada a exceção prevista no § 15 do art. 92 que trata dos fundos soberanos e o disposto no parágrafo único do art. 93 que se refere à LIG.

§ 1º A equiparação do investidor estrangeiro ao nacional, para fins de imposto sobre a renda, ocorrerá em relação às operações de aquisição de títulos e valores mobiliários, inclusive cotas de fundos de investimento, **realizadas a partir da data da entrada em vigor do ato da RFB que relacionar países ou dependências com**

256 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 88-89. Ver, também: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 143.

tributação favorecida, independentemente da data de aquisição.

[...].” (Destaque nosso)

Há precedentes, administrativos²⁵⁷ e judiciais,²⁵⁸ que corroboram essa posição doutrinária pela taxatividade das listas previstas atualmente na IN 1.037, lembrando que esses precedentes **não** analisaram a questão da perspectiva dos regimes de subtributação.

257 “[...] LUCROS NO EXTERIOR. ILHA DA MADEIRA. PARAÍSO FISCAL. APLICAÇÃO DA NORMA DE CONTROLE. Considerando que as disposições da IN SRF nº 188/2002 apontam a Ilha da Madeira como país com tributação favorecida de renda (‘Paraíso Fiscal’), aplicáveis restam, então, as disposições do Art. 74 da MP 2.158-35, nos termos do julgamento proferido pelo Colendo STF na ADIN 2588-DF. MP 2.158-35/2001. [...]” (CARF – Acórdão 1301-001.593 – Data de decisão: 23.09.2014) “REMESSAS AO EXTERIOR. URUGUAI. JUROS. O Uruguai não está relacionado entre os países de tributação favorecida, para fins de aplicação do IRRF sobre rendimentos a título de juros de domiciliado no exterior. DISPOSITIVOS LEGAIS: RIR/1999, arts. 685, II, “b”, e 702; Instruções Normativas SRF nºs. 33/2001 e 188/2002.” (Processo de Consulta nº 136/02 – Data de publicação: 02.10.2002)

258 “[...] Pagamento realizado em país considerado com “tributação favorecida” pela Receita Federal Brasileira, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1773/2017 – Por esta razão, houve a retenção de US\$ 11.474,08 a título de imposto de renda pela autoridade fiscal brasileira e a conseqüente diminuição do valor que deveria ser pago, isto é, de US\$ 31.713,75 pagou-se US\$ 20.239,67 – Se o depósito houvesse sido realizado em Miami, lugar convencionado para pagamento, não haveria a retenção em questão, porquanto, os Estados Unidos da América não figuram na lista de países com tributação favorecida, divulgada pela Receita Federal na Instrução Normativa 1.037/10.” (TJ/SP; Apelação Cível 1017797-41.2015.8.26.0100 – Data de Publicação: 04.12.2018) “[...] Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 1.037, de 04 de junho de 2010. Lista de países ou dependências com tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados. Comprovação de que a Áustria, localidade da empresa controlada pela impetrante/agravante, não se encontra nela incluída. Inaplicabilidade ao caso dos autos do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001. – Artigo 7º da IN SRF n. 213/02. [...]” (TRF3 – AI AGRAVO DE INSTRUMENTO – 0001189-08.2011.4.03.0000 – Data de publicação: 09.08.2018) “[...] 4. Na hipótese, a empresa controlada está sediada nas Ilhas Virgens Britânica (fls. 30/31), país de tributação favorecida, conforme o inc. LXV do art. 1º da IN RFB 1.037/2010, o que permite a aplicabilidade do disposto no art. 74 da MP 2.158-35/2001. [...]” (Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 0007483-78.2003.4.01.3600/MT – Data de publicação: 18.08.2017) “[...] 3. Dos países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados relacionados na Instrução Normativa nº 1.037/2010 não se encontram Argentina, Chile, Itália e Uruguai, locais em que se encontravam instaladas as empresas coligadas da impetrante, o que torna inaplicável à hipótese o artigo 74 da MP 2158-35/2001. 4. A Instrução Normativa n.º 213/02, em seu art. 7º, extrapolou os lindes do art. 74 da Medida Provisória n.º 2158-35/01, ao pretender incluir na base de cálculo dos tributos incidentes sobre o lucro o resultado positivo da equivalência patrimonial, excedendo o conceito de lucro previsto na Lei e na própria Medida Provisória, regulando como tributável fato não previsto em lei. [...]” (TRF3 – AMS – APELAÇÃO CÍVEL – 00013387620074036100 – Data de publicação: 10.04.2015)

Em sentido contrário a esta posição majoritária, Ana Cláudia Utumi afirma que, embora louvável a existência da lista, como forma de garantir a segurança jurídica dos contribuintes, “não se pode, de maneira nenhuma, considerar a lista taxativa.”²⁵⁹

Nada obstante, parece-nos que a existência de uma lista responde não apenas a um imperativo de segurança jurídica, mas também concretiza o princípio da praticabilidade,²⁶⁰ na medida em que a ausência da lista tornaria as regras em questão de difícil aplicação pelos contribuintes e pelos próprios auditores fiscais.

Em resumo, considerando o exposto acima, é possível concluir que (a) não há previsão expressa na legislação para que seja editada uma lista de regimes de subtributação; (b) entretanto, a edição de uma lista contendo tais regimes seria uma consequência lógica do princípio da praticabilidade e uma medida de segurança jurídica.

Surge então a questão: como essas considerações seriam aplicáveis aos regimes de subtributação?

2.2.2. É NECESSÁRIA UMA LISTA DE REGIMES DE SUBTRIBUTAÇÃO?

A Lei 12.973 não traz, em nenhum dispositivo, a previsão para a edição de uma lista de regimes de subtributação. Nada obstante, este fato, em si, parece ter pouca relevância, uma vez que tampouco a Lei

259 UTUMI, Ana Cláudia Akie. Países com Tributação Favorecida no Direito Brasileiro. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 236. Entendimento nessa mesma linha foi defendido por Heleno Tôrres, nos seguintes termos: “Cumprir saber se essas listas são ou não taxativas e vinculantes. Entendemos que não, particularmente por conta da possibilidade de controle sobre todos os atos que envolvam um ente tributário com alíquota privilegiada inferior a 20%. É o caso das operações com *Sociedade de Inversiones Financieras* (SAFI), do Uruguai, país cuja carga tributária efetiva é superior a 20%, mas adota um regime incentivado para essas espécies de pessoas jurídicas. Assim, dando cumprimento ao § 1º do art. 24 da Lei 9.430/96, qualquer operação com esse ente deverá sujeitar-se àquele regime de controle sobre tributação favorecida, tanto para efeito de controle das transferências de preços como para as remessas praticadas, sujeitas à alíquota de Imposto de Renda na fonte de 25%” (TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 96).

260 Sobre o princípio da praticidade, ver: COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007; ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 104-106.

9.430 faz menção a uma lista de países com tributação favorecida e de regimes fiscais privilegiados, e vimos que prevalece o entendimento de que tal lista é necessária. Portanto, pode-se assentar, desde já, **que a falta de previsão para a edição de uma lista de regimes de subtributação não significa, de maneira alguma, que a mesma não seja necessária.**

Dessa forma, a necessidade de edição de uma lista de regimes de subtributação – que incluem os países com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados – não é uma consequência de uma previsão legal específica, decorrendo diretamente dos princípios da segurança jurídica e da praticabilidade.²⁶¹

Em essência, não parece haver nenhuma diferença entre os conceitos de país com tributação favorecida e de regime de subtributação que justifique que, no primeiro caso, seja necessária a edição de uma lista de jurisdições e que, no segundo, ela seja dispensável.

Como apontamos, poder-se-ia dizer que, no caso dos regimes de subtributação, a alíquota mínima exigida é nominal, enquanto que, no caso dos países com tributação favorecida e dos regimes fiscais privilegiados, a alíquota mínima seria a alíquota efetiva.

Entretanto, há que se reconhecer que a Lei 9.430 em momento algum faz referência à alíquota efetiva em seus artigos 24 e 24-A, estando a menção à alíquota efetiva prevista apenas no § 3º do artigo 52 da Instrução Normativa nº 1.312/2012, que regulamenta a aplicação das regras de preços de transferência.²⁶² Ademais, mesmo que assim o fos-

261 No mesmo sentido, ver: COSTA, Hugo Marcondes Rosestolato da. Lei nº 12.973/14: a Nova Sistemática de Tributação dos Lucros de Sociedades Estrangeiras Controladas por Empresas Domiciliadas no Brasil. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Direito Tributário Internacional: Volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 139.

262 “Art. 52. As disposições relativas a preços de transferência de bens, serviços e direitos e sobre taxas de juros, constantes desta Instrução Normativa, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país ou dependência que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota inferior a 20% (vinte por cento), ou ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou a sua titularidade. § 1º No que se refere a país ou dependência com tributação favorecida, será considerada a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação. § 2º No caso de pessoa física

se, não cremos que este fato, em si, crie uma diferença ontológica entre os limites aplicáveis nos dois casos – países com tributação favorecida e regimes de subtributação.

Não é outra a interpretação de Alberto Xavier. Para o saudoso professor, “severa crítica deve ser feita ao fato de tais países ou dependências não serem objeto de uma enumeração taxativa, em vez do que sucede com os países de tributação favorecida e regime fiscal privilegiado, colocando nos ombros do contribuinte o fardo de uma pesquisa de legislação estrangeira, fardo este ofensivo dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.²⁶³

Em um exame sistemático do ordenamento jurídico brasileiro e das práticas reiteradas adotadas pelas autoridades fiscais, é razoável assumir que os regimes de subtributação deveriam ser identificados em ato formal para que o conceito possa ser aplicado com segurança tanto pela fiscalização quanto pelos contribuintes. Esta, inclusive, foi a prática reiterada da Receita Federal do Brasil desde 1999.

Estamos diante, aqui, da aplicação do princípio da proteção da confiança legítima do contribuinte, na medida em que a prática reiterada das autoridades administrativas gera no contribuinte a expectativa de um determinado comportamento por parte do Fisco, como já tivemos a oportunidade de observar.²⁶⁴

residente no Brasil: I – o valor apurado segundo os arts. 8º a 15 será considerado como custo de aquisição para efeito de apuração de ganho de capital na alienação do bem ou direito; II – o preço relativo ao bem ou direito alienado, para efeito de apuração de ganho de capital, será o apurado em conformidade com o disposto nos arts. 20 a 33; III – será considerado como rendimento tributável o preço dos serviços prestados apurado em conformidade com o disposto nos arts. 20 a 33; IV – serão considerados como rendimentos tributáveis os juros determinados em conformidade com o art. 38. § 3º Na aplicação do disposto neste artigo, a alíquota efetiva de tributação, no país de residência da pessoa física ou jurídica, será determinada comparando-se a soma do imposto pago sobre o lucro, na pessoa jurídica e na sua distribuição, com o lucro apurado em conformidade com a legislação brasileira, antes dessas incidências. § 4º Para caracterização de país ou dependência com tributação favorecida, considerar-se-á, separadamente, a tributação do rendimento do trabalho e do capital.” (Destaque nosso)

263 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 310.

264 ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 103.

Nessa linha de entendimentos, a interpretação da legislação alinhada com os princípios da segurança jurídica, da praticabilidade e da proteção da confiança vai no sentido de que os regimes de subtributação devem estar identificados em uma lista editada pela Receita Federal do Brasil.²⁶⁵

Partindo dessa premissa, de que seria necessária uma lista dos regimes de subtributação, podemos apresentar uma segunda questão: tal lista existe atualmente?

2.2.3. EXISTE UMA LISTA DE REGIMES DE SUBTRIBUTAÇÃO?

Parece-nos que, no contexto atual da legislação tributária, a ausência de uma lista específica de regimes de subtributação não traz maiores efeitos. Afinal, com a edição da Instrução Normativa nº 1.674/2016, tanto os países com tributação favorecida, quanto os regimes fiscais privilegiados, passaram a ser considerados integrantes do conceito de regimes de subtributação. Portanto, **é correto afirmar que a IN 1.037 traz regimes de subtributação em seus artigos 1º e 2º**, ou, em outras palavras, pode-se asseverar que a listagem prevista na IN 1.037 é uma lista de regimes de subtributação?

A grande pergunta pendente de resposta é se é possível identificar regimes de subtributação além daqueles já incluídos nesta Instrução Normativa, ou se, nas atuais circunstâncias, apenas as jurisdições e regimes ali previstos podem ser considerados regimes de subtributação.

Acredito haver bons argumentos para sustentar esta segunda posição. É razoável, inclusive, supor que a equiparação de países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados a regimes de subtributação, em 2016, tenha sido feita com a finalidade de dar densidade semântica a essa expressão, desnecessariamente criada pela Lei 12.973.

Seguindo essa linha de interpretação, o regime de subtributação teria sido inicialmente concebido como algo distinto – embora, considerando apenas as disposições legais, ele pareça estar contido no conceito de país com tributação favorecida. Contudo, com o passar do tempo, e

265 Sobre o tema, ver: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 149.

a edição da IN 1.674, avançou-se na fusão dos conceitos sob a bandeira da subtributação.

Assim sendo, é razoável que o contribuinte se oriente pela IN 1.037 para identificar regimes de subtributação. Afinal, conforme estabelece o seu artigo 1º, **“consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento)** ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, as seguintes jurisdições”. (Destaque nosso)

Logo, a referência do contribuinte, da perspectiva de identificar jurisdições que tributem a renda a uma alíquota inferior a 20%, certamente é a IN 1.037.

Embora essa posição seja, a nosso ver, a mais razoável, não se pode desconsiderar a possibilidade de uma interpretação mais literal da legislação. Neste caso, partir-se-ia da previsão sobre o regime de subtributação e suas consequências, segundo a Lei 12.973, para sustentar que a subtributação é um conceito completamente independente.

2.3. O QUE SERIA UM REGIME?

A referência a um “regime” de subtributação também gera dúvidas. De fato, assim como se passa no caso dos chamados “regimes fiscais privilegiados” a menção a um “regime” passa a impressão de que se trata de um tratamento jurídico-tributário específico aplicável ao contribuinte. Ou seja, não se imagina tratar-se da alíquota geral em vigor em determinada jurisdição.

Por outro lado, se a expectativa é que sejam considerados regimes de subtributação jurisdições onde a renda esteja sujeita a uma alíquota nominal inferior a 20% parece equivocada a nomenclatura adotada pela Lei 12.973.

Parece que o que a referida lei buscou foi ser o mais abrangente possível, já que a expressão “regime de subtributação” poderia alcançar tanto situações onde a alíquota nominal do país ou dependência é inferior a 20%, da mesma maneira que alcançaria casos onde a aplicação de

regras específicas gerem um regime especial de tributação que reduza a alíquota nominal para menos de 20%.

Neste último caso, há uma série de situações passíveis de gerar dúvidas. É só imaginar, por exemplo, a possibilidade de ser concedido um benefício fiscal mediante uma redução de base de cálculo, que leve a alíquota efetiva para abaixo de 20%, mas que mantenha a alíquota nominal acima do limite previsto na Lei 12.973.

Uma interpretação literal do disposto no artigo 84 da Lei 12.973 afastaria a possibilidade de se considerar que a situação descrita no parágrafo anterior configuraria um caso de subtributação.

É evidente que, sem orientação por parte das autoridades fiscais, a aplicação da regra ora em análise gerará controvérsias que podem levar anos até serem pacificadas.

2.4. A PORTARIA 488 E OS REGIMES DE SUBTRIBUTAÇÃO

Em 2014, a Portaria MF nº 488 (“Portaria 488”) reduziu o percentual previsto nos artigos 24 e 24-A da Lei 9.430 para 17%. Segundo o artigo 1º desta Portaria, “fica reduzido para 17% (dezessete por cento) o percentual de que trata o caput do art. 24 e os incisos I e III do parágrafo único do art. 24-A, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, para os países, dependências e regimes que estejam alinhados com os padrões internacionais de transparência fiscal, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, sem prejuízo da observância das demais condições estabelecidas pelos arts. 24 e 24-A da referida Lei”. Os requisitos para que sejam atendidos os padrões internacionais de transparência fiscal estão previstos na Instrução Normativa nº 1.530/2014.

Esta portaria tem base legal no artigo 24-B da Lei 9.430, que tem a seguinte redação:

“Art. 24-B. O Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer os percentuais de que tratam o caput do art. 24 e os incisos I e III do parágrafo único do art. 24-A, ambos desta Lei.

Parágrafo único. O uso da faculdade prevista no caput deste artigo poderá também ser aplicado, de forma excepcional e restrita, a países que componham blocos econômicos dos quais o País participe.”

A Lei 12.973 traz uma regra semelhante de delegação legislativa para a alteração do percentual que caracteriza o regime de subtributação. Conforme o § 3º do seu artigo 84, “o Poder Executivo poderá reduzir a alíquota nominal de que trata o inciso III do caput para até 15% (quinze por cento), ou a restabelecer, total ou parcialmente”. Contudo, no caso do regime de subtributação esta competência não foi explicitamente exercida.

Já no ano de 2016, foi editada a Instrução Normativa nº 1.674 (“IN 1.674”), que incluiu um § 3º no artigo 21 da IN 1.520, estabelecendo que **“estão incluídos no conceito de regime de subtributação os países ou dependências com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados**, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 1996”. (Destaque nosso)

Segundo este dispositivo, portanto, da perspectiva da Receita Federal do Brasil **os países com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados são ambos regimes de subtributação**.

A análise desses dispositivos gera algumas questões:

- A redução do percentual de 20% para 17% para a caracterização de uma jurisdição como um país com tributação favorecida ou de um regime como regime fiscal privilegiado, aplica-se ao regime de subtributação?
- A IN 1.520, ao prever que países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados, são também regimes de subtributação, tem relevância neste debate?

Analisaremos essas questões a seguir.

2.4.1. APLICAÇÃO DA PORTARIA 488 AOS REGIMES DE SUBTRIBUTAÇÃO

Seria o percentual de 17% aplicável para a identificação de regimes de subtributação? Uma análise meramente formal da legislação levaria a uma resposta negativa.

De fato, a Portaria 488, como vimos, foi editada com base em regra de delegação de competência legislativa prevista na Lei 9.430, que se refere, apenas, a países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados. Ademais, o artigo 84, § 3º, da Lei 12.973 tem sua própria regra de delegação legislativa que se aplica a regimes de subtributação.

Portanto, uma primeira resposta à questão relativa à possibilidade de aplicação desta portaria para a identificação de regimes de subtributação seria negativa – até porque os países que tributam a renda com alíquota inferior a 17% estariam contidos neste grupo.

Nada obstante, interpretando-se a legislação de uma forma mais finalística e sistemática, nota-se que a aplicação desta Portaria 488 no contexto das regras de subtributação está alinhada com os seus objetivos.

Com efeito, todas as três regras têm a mesma finalidade: identificar jurisdições que tributam a renda abaixo de um patamar que seja considerado adequado em nível global. Portanto, de uma perspectiva teleológica e sistemática, não parece haver nenhuma razoabilidade em se defender que a tributação razoável para dois casos seria distinta daquela aplicável para o outro.

A identidade dos três conceitos – países com tributação favorecida, regimes fiscais privilegiados e regimes de subtributação – foi formalmente reconhecida com a edição da IN 1.674.

Em verdade, ao agregar todas as três figuras sob o conceito de regime de subtributação, a Receita Federal do Brasil confirmou a sua unidade.

Ainda assim, por mais que haja argumentos para sustentar que a Portaria nº 488/2014 deveria ser aplicável para a identificação de um regime de subtributação, estamos, aqui, debatendo a sua aplicação por analogia.

Sabe-se que única limitação, prevista no Código Tributário Nacional (“CTN”), para o uso da analogia, refere-se à criação de deveres tributários, conforme abaixo:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

- I – a analogia;
- II – os princípios gerais de direito tributário;
- III – os princípios gerais de direito público;
- IV – a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.” (Destaque nosso)

Na situação em tela, certamente não estamos diante de exigência de tributo devido. Pelo contrário, trata-se de uma regra que busca identificar situações de tributação anormal por outros países, de modo que não parece que a aplicação da Portaria 488 encontre objeção no ordenamento jurídico brasileiro. Alberto Xavier chegava a considerar inexplicável a “não aplicação ao regime de subtributação da redução de alíquota de 20% para 17% prevista (embora sob estritas condições) para os países de tributação favorecida pela Portaria MF nº 488, de 28 de novembro de 2014”.²⁶⁶

É possível concluir, portanto, que por um **dever de coerência**, a alíquota mínima de tributação para a identificação de um paraíso fiscal ou de um regime fiscal privilegiado deveria ser uniforme para todos os tipos que configuram regimes de subtributação.

Sobre o dever de coerência da Administração Pública, a posição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari é categórica: “as decisões administrativas devem guardar um mínimo de coerência, **não se admitindo, por isso, tratamento diferenciado para hipóteses idênticas ou muito assemelhadas**”.²⁶⁷ (Destaque nosso)

O dever de coerência é decorrência direta do princípio da segurança jurídica, sendo que, como destacado por Carlos Roberto Siqueira Castro, “a segurança das relações jurídicas **reclama um mínimo de coerência**

266 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 310.

267 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo Fiscal*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 192.

e **firmeza nas decisões administrativas**, que não podem transformar-se em marola de mandos e desmandos desinfluentes para o atingimento das superiores finalidades do serviço público”.²⁶⁸ (Destaques nossos)

Assim, havendo situações fáticas equivalentes,²⁶⁹ o princípio da segurança jurídica, juntamente com o dever de coerência, exigirá um igual tratamento por parte da Administração Pública.

268 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 336-337.

269 Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 598.

Capítulo V

DAS DEDUÇÕES

1. Lucros de Controladas e Coligadas Brasileiras. 1.1. O Artigo 85 da Lei 12.973. 2. Ajustes Espontâneos de Preços de Transferência e Subcapitalização. 3. Crédito do Imposto Pago no Exterior. 3.1. Regras Gerais sobre a Compensação de Imposto pago no Exterior. 3.2. O Artigo 26 da Lei 9.249 e a IN 213. 3.2.1. Cálculo do Crédito Quando a Controladora tem Prejuízo e a CSLL. 3.2.1.1. Por que a IN 213 não Previu Explicitamente o Crédito de 9%? 3.2.1.2. A Aplicação do Artigo 26 da Lei 9.249 à CSLL. 3.2.1.3. Compensação dos Créditos de IRPJ com a CSLL Quando a Empresa Brasileira tem Prejuízo. 3.2.2. Qual a Relevância do Artigo 26 da Lei 9.249 e da IN 213 no Contexto da Lei 12.973. 3.3. Regras de Compensação de Imposto Pago no Exterior na Lei 12.973 e sua Regulamentação. 3.3.1. Crédito do Imposto Pago no Exterior por Controladas. 3.3.1.1. Crédito Havendo ou não Consolidação. 3.3.1.2. Limite do Crédito do Imposto Pago no Exterior. 3.3.1.3. Conversão em Reais. 3.3.1.4. Tributação no Exterior após a Adição do Lucro no Brasil. 3.3.1.4.1. A Confusa Redação da IN 1.520. 3.3.1.4.2. Quantificação do Crédito neste Caso. 3.3.1.5. Compensação quando a Controladora Brasileira tem Prejuízo. 3.3.1.5.1. Por que a IN 1.520 não Previu Explicitamente o Crédito de 9%? 3.3.2. Crédito do Imposto Pago no Exterior por Coligadas. 3.3.3. Crédito do Imposto Pago sobre Receitas Auferidas por Filial, Sucursal ou Controlada no Exterior. 3.4. Crédito Presumido. 3.4.1. Limite Temporal para Utilização do Crédito Presumido.

1. LUCROS DE CONTROLADAS E COLIGADAS BRASILEIRAS

Uma crítica que se fazia ao regime do artigo 74 da MP 2.158 era que, nas situações de estruturas triangulares, em que a empresa brasileira participasse em empresa estrangeira que, por sua vez, participasse em outra empresa brasileira, os lucros desta, reconhecidos na empresa estrangeira, poderiam vir a ser tributados no Brasil. Ou seja, como o lucro da empresa brasileira estava reconhecido na controlada ou coligada no exterior, a Receita Federal poderia entender tratar-se de lucro de sociedade estrangeira, apesar de auferido no Brasil. Como aponta Aluizio Porcaro Rausch, “a pessoa jurídica domiciliada no Brasil (controlada ou coligada indireta) já se sujeita regularmente à tributação sobre a renda brasileira em razão de seu domicílio. Portanto, uma segunda incidência da tributação, como componente do resultado da controladora, geraria *bis in idem*”.²⁷⁰

Nada obstante, desde a edição da Lei 9.249, passando pela Lei 9.532 e pela MP 2.158, até chegamos na Lei 12.973, há um ponto que sempre foi comum: trata-se de uma legislação sobre a tributação dos lucros auferidos por controladas, coligadas, filiais e sucursais **localizadas no exterior**.

Se focarmos nossa atenção apenas na Lei 12.973, esse fato fica claro pela leitura do *caput* dos seus artigos 77, 81 e 82, conforme destacado a seguir:

“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. [...]” (Destaque nosso)

“Art. 81. Os lucros auferidos por intermédio de **coligada domiciliada no exterior** serão computados na determinação do

270 RAUSCH, Aluizio Porcaro. *Sobre a Tributação da Renda em Bases Universais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 163.

lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, desde que se verifiquem as seguintes condições, cumulativamente, relativas à investida: [...]” (Destaque nosso)

“Art. 82. Na hipótese em que se verifique o descumprimento de pelo menos uma das condições previstas no caput do art. 81, o resultado na **coligada domiciliada no exterior** equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados deverá ser computado na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas: [...]” (Destaque nosso)

Percebe-se que, como não poderia deixar de ser, todos os dispositivos da Lei 12.973 que estabelecem a tributação de lucros auferidos por controladas, coligadas, filiais e sucursais, estabelecem que tais lucros somente serão tributados caso tenham sido **auferidos por uma entidade domiciliada no exterior**.

Portanto, parece haver pouca dúvida de que as regras previstas nos artigos 76 a 92 da Lei 12.973 **não se prestam para tributar lucros auferidos por empresas situadas no Brasil**. Seria uma completa contradição de termos imaginar que lucros de uma empresa brasileira seriam tributados com base nas regras estabelecidas para tributar os lucros de controladas, coligadas, filiais e sucursais domiciliadas no exterior.

Essa discussão não é nova. Como mencionamos, durante toda a vigência do artigo 74 da MP 2.158 havia a percepção de que os lucros gerados por empresa brasileira não poderiam ser computados no lucro da controlada ou coligada no exterior.²⁷¹

Durante o período de vigência do artigo 74 da MP 2.158, há decisões proferidas pelo CARF em que foi reconhecido o direito de se excluir, para fins de apuração do IRPJ e da CSLL, os lucros de contro-

271 Sobre o tema, ver: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 179-183; PEREIRA, Marco Antônio Chazaine. *A Tributação de Lucros Auferidos no Exterior*. São Paulo: Ltr, 2010. p. 53-54.

lada ou coligada no exterior que sejam comprovadamente originados no Brasil, conforme passaremos a comentar.²⁷²

Nos Acórdãos nº 1201-001.352 e nº 1201-001.351 (Processos Administrativos nº 16643.000428/2010-15 e nº 16561.000177/2007-75), ambos publicados em 18 de fevereiro de 2016, foram analisados autos de infração lavrados ao argumento de que a empresa autuada teria deixado de adicionar na apuração do IRPJ e da CSLL, os lucros auferidos por controlada situada no exterior. Vejam-se, a seguir, as ementas desses dois acórdãos:

Acórdão nº 1201-001.352

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2005

LUCROS PRODUZIDOS NO BRASIL. EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM EMPRESA COLIGADA DE CONTROLADA NO EXTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE DUPLA TRIBUTAÇÃO.

Os lucros apurados no Brasil, reconhecidos por equivalência patrimonial em sociedade coligada de controlada no exterior não podem ser novamente tributados, quando demonstrado que o resultado decorre de valores já oferecidos à tributação na origem.”

Acórdãos nº 1201-001.351

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006

ARTIGO 74, PARÁGRAFO ÚNICO, DA MP 2.158-23/2001. IRRETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN 2.588, é inconstitucional o art. 74, parágrafo único, da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001.

LUCROS PRODUZIDOS NO BRASIL. EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL EM EMPRESA SITUADA NO EXTERIOR

272 Não temos informação sobre a existência de decisões em sentido contrário.

E CONTROLADA POR EMPRESA RESIDENTE NO PAÍS. IMPOSSIBILIDADE DE DUPLA TRIBUTAÇÃO.

Os lucros apurados no Brasil, reconhecidos por equivalência patrimonial em sociedade localizada no exterior e controlada por empresa residente no país, não podem ser novamente tributados, quando demonstrado que o resultado decorre, exclusivamente, de valores já oferecidos à tributação na origem.”

Dentre os argumentos de defesa desenvolvidos pelo contribuinte, foi alegado que os autos de infração teriam adicionado ao lucro real da empresa autuada valores que, em verdade, correspondiam a lucros de empresa brasileira, e que já haviam sido tributados no Brasil, os quais foram refletidos no resultado da empresa estrangeira em decorrência da avaliação do investimento no Brasil pelo método da equivalência patrimonial.

O contribuinte argumentou que, ao assim proceder, a fiscalização teria contrariado a legislação aplicável à época, que determina a consolidação dos resultados na hipótese de participações indiretas **relativamente aos lucros auferidos no exterior**, não se aplicando aos resultados apurados por coligadas ou controladas domiciliadas no Brasil, eis que já submetidos à tributação no Brasil.

A Fazenda Nacional, por sua vez, se posicionou pela manutenção integral dos lançamentos, alegando que a opção do contribuinte pela constituição e utilização de uma controlada no exterior não justificaria que os lucros não fossem tributados conforme estabelecia o artigo 74 da MP 2.158-35.

A posição do CARF foi pelo provimento dos recursos voluntários, **à unanimidade de votos**. O voto proferido pelo relator destacou que não obstante peculiaridade da situação apreciada, **o que deve ser tributado é o resultado produzido no exterior**, que sequer seria tributável no Brasil se não fossem as regras de Tributação em Bases Universais.

Segundo o relator, o artigo 74 da MP 2.158 pressupunha que fossem trazidos para o Brasil **apenas os resultados produzidos extraterritorialmente**, posto que os resultados gerados no Brasil estariam sujeitos a sistemática própria de tributação.

Assim, com fundamento no princípio da igualdade, foi concluído que inexistia espaço para a tributação de lucros auferidos no Brasil, como se tivessem sido gerados no exterior.

1.1. O ARTIGO 85 DA LEI 12.973

Talvez por conta da controvérsia surgida no regime da MP 2.158, foi incluído na Lei 12.973 o artigo 85, que previu expressamente a possibilidade de exclusão, do resultado da controlada no exterior, do resultado decorrente da participação desta em controladas e coligadas domiciliadas no Brasil. Em textual:

“Art. 85. Para fins de apuração do imposto sobre a renda e da CSLL **devida pela controladora no Brasil**, poderá ser deduzida da parcela do lucro da pessoa jurídica controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior, a parcela do lucro oriunda de participações destas em pessoas jurídicas controladas ou coligadas domiciliadas no Brasil.” (Destaque nosso)

Nota-se que, em sua literalidade, este dispositivo não se aplica no caso de coligadas no exterior. De fato, o artigo 85 faz explícita referência à apuração do IRPJ e da CSLL da controladora brasileira, não havendo muita margem interpretativa para sustentar a sua aplicação a coligadas.

Nada obstante, parece-nos que o fato de o artigo 85 ser aplicável apenas a controladas não pode significar que os resultados de empresa brasileira, cujos lucros foram tributados no Brasil, possam ser novamente tributados no país por estarem incluídos no resultado de empresa estrangeira coligada.

Como vimos, a exclusão do resultado positivo de empresa brasileira é uma consequência natural da própria finalidade da legislação sobre Tributação em Bases Universais, que é tributar lucros auferidos **no exterior**. Portanto, mesmo não estando prevista neste artigo 85, a exclusão dos lucros de empresas brasileiras da consolidação dos resultados de subsidiárias de coligada tributada pelo regime de competência, é inerente às próprias regras da Lei 12.973.

A regra anterior não tinha previsão expressa para evitar tal efeito negativo. A Lei 12.973, contudo, trouxe mecanismo para se evitar essa tributação indireta de lucros brasileiros no seu artigo 85, segundo o qual “para fins de apuração do imposto sobre a renda e da CSLL devida pela controladora no Brasil, poderá ser deduzida da parcela do lucro da pessoa jurídica controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior, a parcela do lucro oriunda de participações destas em pessoas jurídicas controladas ou coligadas domiciliadas no Brasil”.²⁷³

É importante ressaltar que, a falta de previsão equivalente na legislação anterior não significa que durante a vigência do artigo 74 da MP 2.158 não houvesse argumentos para sustentar a exclusão do resultado de controladas e coligadas situadas no Brasil daqueles auferidos por empresa não residente, controlada ou coligada de empresa brasileira.

Com efeito, o que o mencionado artigo 74 previa era a tributação dos **lucros** auferidos pela empresa estrangeira, e não de lucros de empresa brasileira, refletidos no balanço da entidade não residente. Assim sendo, já era sustentável a exclusão de tais resultados – brasileiros – dos lucros auferidos pela empresa estrangeira.

2. AJUSTES ESPONTÂNEOS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA E SUBCAPITALIZAÇÃO

Crítica que guardava alguma relação com a mencionada no item anterior referia-se à ausência de mecanismo para excluir, do lucro da controlada ou coligada no exterior, eventuais ajustes de preços de transferência feitos no Brasil. Com efeito, se o ajuste de preços de transferência gerava uma adição na apuração do IRPJ e da CSLL, parcela do lucro auferido pela controlada ou coligada no exterior já havia sido tributada no Brasil, o que justificaria sua exclusão. Vejam-se, a este respeito, as seguintes palavras de Luís Eduardo Schoueri:

273 Ver: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 465; SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 179-183.

“Nesse passo, cabe mais uma vez ter em mente o raciocínio acima exposto: a legislação de preços de transferência apenas implica o reconhecimento, para efeitos tributários, de lucro efetivamente auferido pela empresa brasileira que não fora refletido no lucro contábil da referida empresa. Noutras palavras, a legislação pátria de preços de transferência determina que sejam efetuados ajustes nos preços praticados nas operações controladas, para corrigir as distorções do lucro contábil da pessoa jurídica, aproximando o resultado, assim, da efetiva renda da empresa.

Substituem-se, insista-se, os valores das transações concretas pelos preços de mercado, permitindo que se apure um lucro, diverso do contábil, que melhor refletirá a renda da pessoa jurídica, aferindo com maior exatidão a riqueza gerada *por ela, no País*.

Em outras palavras o princípio *arm's length* é aplicável para o intuito de tributar-se um lucro que, em verdade, é imputável à empresa sediada no Brasil.

Nesse cenário, parece correto afirmar que a efetuação de ajustes de preços de transferência realizada pelo contribuinte brasileiro implica a asserção de que os lucros que este apurou nas transações controladas, praticadas com a controlada no exterior, teriam sido auferidos no Brasil.

Ora, admitindo-se a conclusão de que tais lucros não teriam sido auferidos no exterior, e sim no País, parece correto afirmar que não haverá causa jurídica (i.e., fundamento jurídico) para a aplicação das regras CFC à situação sob análise.”²⁷⁴

A Lei 12.973 passou a prever regra expressa sobre o tema em seu artigo 86. De acordo com este dispositivo, as adições espontâneas feitas à base de cálculo do IRPJ e da CSLL em razão de ajustes de preços de transferência ou de subcapitalização, decorrentes de operações realizadas com controladas diretas ou indiretas no exterior, podem ser deduzidas da apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que

274 SCHOUERI, Luís Eduardo. Aplicação Concomitante da Legislação de Preços de Transferência e da Tributação em Bases Mundiais. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado: Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 246.

os lucros auferidos por tais controladas tenham sido incluídos no lucro real e na base de cálculo da CSLL e que os respectivos tributos tenham sido recolhidos. Eis a redação deste artigo:

“Art. 86. Poderão ser deduzidos do lucro real e da base de cálculo da CSLL os valores referentes às adições, espontaneamente efetuadas, decorrentes da aplicação das regras de preços de transferência, previstas nos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e das regras previstas nos arts. 24 a 26 da Lei no 12.249, de 11 de junho de 2010, **desde que os lucros auferidos no exterior tenham sido considerados na respectiva base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada**, nos termos do art. 83 e cujo imposto sobre a renda e contribuição social correspondentes, em qualquer das hipóteses, tenham sido recolhidos. (Destaque nosso)

§ 1º A dedução de que trata o *caput*:

I – deve referir-se a operações efetuadas com a respectiva controlada, direta ou indireta, da qual o lucro seja proveniente;

II – deve ser proporcional à participação na controlada no exterior;

III – deve estar limitada ao valor do lucro auferido pela controlada no exterior; e

IV – deve ser limitada ao imposto devido no Brasil em razão dos ajustes previstos no *caput*.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se à hipótese prevista no art. 82.²⁷⁵ (Destaque nosso)

No trecho em destaque acima nota-se, uma vez mais, a verdadeira intenção da lei, traindo a tentativa de modificação substantiva baseada em alteração redacional. O artigo 86, ao dispor sobre a exclusão referente ao ajuste de preços de transferência e subcapitalização, expressamente estabelece que tal exclusão somente será possível caso “os lucros auferidos no exterior tenham sido considerados na respectiva base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da CSLL da

275 Artigo 23 da IN 1.520.

pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada”. Ou seja, **a lei fala claramente em “lucros” e não na “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”**.

Vale observar que a Lei 12.973 menciona apenas os **ajustes espontâneos** de preços de transferência e subcapitalização feitos pelo contribuinte. Ou seja, no caso de uma adição forçada, como na hipótese de um auto de infração, não seria, em tese, possível a dedução prevista no artigo 86.

Neste particular, andou mal o legislador.

Com efeito, não há nenhuma distinção ontológica entre um **ajuste espontâneo** e um **ajuste decorrente de uma autuação fiscal**. O fundamento da exclusão é simplesmente o fato de que a desconsideração do ajuste de preços de transferência ou de subcapitalização geraria uma dupla tributação, uma vez que o mesmo resultado será adicionado duas vezes na apuração do IRPJ e da CSLL.

Portanto, esta regra deveria se aplicar a todo e qualquer ajuste de preços de transferência e de subcapitalização, independentemente de ter sido reconhecido espontaneamente.²⁷⁶

A questão que fica é: considerando a redação do artigo 86, haveria argumentos para sustentar o direito do contribuinte à exclusão, dos lucros auferidos pela controlada no exterior, dos ajustes não espontâneos de preços de transferência e de subcapitalização? Acreditamos que sim.

276 Como observa Ramon Tomazela Santos, “a rigor, a restrição inserida no artigo 86 da Lei nº 12.973/2014 é inadequada, pois tanto no caso de ‘ajuste espontâneo’, quanto no caso de ‘ajuste de ofício’, há uma dupla tributação da renda. De fato, quando a autoridade fiscal realiza o lançamento de ofício para corrigir distorções no lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil, em razão de operações realizadas com sociedades controladas no exterior, as regras de tributação em bases universais perdem o fundamento jurídico que justifica a sua aplicação, uma vez que a renda em questão já foi tributada no país. O mesmo fenômeno ocorre tanto no caso de um ajuste espontâneo realizado pelo próprio contribuinte, quanto no caso de um lançamento de ofício realizado pelo Fisco” (SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 184).

De fato, a exclusão, neste caso, decorre do simples fato de que o lucro da controlada inclui parcela que já foi tributada no Brasil. Logo, a bem da verdade sequer seria necessária regra prevendo o direito à exclusão neste caso.

Um dos pilares da sistemática brasileira de tributação em bases universais é o afastamento da dupla tributação da renda. A não bitributação é um princípio de Direito Internacional Tributário, o qual, como já apontamos, “trata-se de norma finalística que orienta os países a buscarem adotar medidas que evitem a ocorrência da bitributação da renda. Tal princípio serve igualmente como pauta hermenêutica para a interpretação das convenções internacionais tributárias, a partir da referência à não bitributação”.²⁷⁷

Esta preocupação com o afastamento da bitributação da renda estava presente já na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 627/2013, que foi posteriormente convertida na Lei nº 12.973/2014. Em textual:

“85. A Subseção V da Seção I do Capítulo VIII trata das deduções que o legislador expressamente prevê para a apuração do valor a ser oferecido à tributação. Com o intuito de evitar a bitributação da renda, os arts. 81 a 85 autorizam deduções específicas da base de cálculo do imposto sobre a renda e da CSLL, quando estas bases de cálculo forem afetadas pela tributação dos lucros auferidos no exterior, inclusive decorrentes das regras de preços de transferência e de subcapitalização.”

Tratando-se o afastamento da dupla tributação de um princípio geral do Direito Internacional Tributário, deve-se buscar concretizar o mesmo da forma mais ampla o possível, reconhecendo que ele não se resume ao direito ao aproveitamento de crédito referente a impostos pagos no exterior. Situações como a sobreposição entre as regras de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior e as regras de preços de transferência e subcapitalização também geram situações de bitributação que devem ser afastadas.

277 ROCHA, Sergio André. *Tributação Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 77.

Além desta questão, há outra que se aproxima dos comentários que fizemos na seção anterior. Também neste artigo a Lei 12.973 previu o direito à exclusão “desde que os lucros auferidos no exterior tenham sido considerados na respectiva base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da CSLL **da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada**”.

Uma vez mais percebemos que a lei deixou de fora as coligadas, mencionando de forma explícita apenas as controladoras e equiparadas a controladoras. Assim, o artigo 86 não prevê que a coligada brasileira possa excluir dos lucros da coligada no exterior adições no Brasil decorrentes de ajustes de preços de transferência de subcapitalização.

Acreditamos que não tem sentido o tratamento diferenciado das coligadas.

Como vimos no terceiro capítulo, não há diferença entre a materialidade tributável em ambos os casos – controladas e coligadas. Em ambos os casos se tributa o **lucro da entidade não residente**. Parece que o fato de que no caso das coligadas tributa-se o **lucro disponibilizado**, depois da incidência do Imposto de Renda local, fez com que o legislador lhe atribuisse um tratamento distinto, embora não haja lógica intrassistêmica nesta diferenciação.

Valem, aqui, os mesmos comentários anteriores. A exclusão dos ajustes de preços de transferência e de subcapitalização – espontâneos ou não – visa diretamente o afastamento da dupla tributação. Logo, sequer deveriam depender de previsão legal específica. Assim sendo, deve ser considerada legítima a exclusão de tais ajustes mesmo na ausência de dispositivo legal específico.

Os demais requisitos, previstos nos incisos do § 1º do artigo 86 são intuitivos, e determinam que a dedução dos ajustes de preços de transferência e subcapitalização:

- (a) Deve referir-se a operações efetuadas com a respectiva controlada, direta ou indireta, da qual o lucro seja proveniente. Em outras palavras, não será qualquer ajuste de preços de transferência que poderá ser excluído, mas apenas o ajuste

relacionado a transações entre a empresa brasileira e a controlada no exterior.

- (b) Deve ser proporcional à participação na controlada no exterior. Obviamente, a exclusão deverá ser proporcional à participação na controlada, de modo que seja equivalente ao montante dos lucros da controlada no exterior que será adicionado à apuração do IRPJ e da CSLL.
- (c) Deve ser limitada ao valor do lucro auferido pela controlada no exterior. Se o que se pretende é evitar a dupla tributação do mesmo lucro, a exclusão deve estar limitada ao lucro auferido pela controlada no exterior e que será adicionado à apuração do IRPJ e da CSLL no Brasil.
- (d) Deve ser limitada ao imposto devido no Brasil em razão dos ajustes previstos no *caput*. Esta regra pode levar a uma proporcionalização da exclusão equivalente ao ajuste de preços de transferência. De fato, independentemente do lucro auferido pela controlada no exterior, da participação da empresa brasileira em tal controlada ou do valor do ajuste de preços de transferência ou subcapitalização, a dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL não será maior do que o imposto devido no Brasil. Por exemplo, no caso de consolidação, a utilização do prejuízo apurado no exterior pode levar à perda, integral ou parcial, da dedução do ajuste de preços de transferência ou subcapitalização.

Segundo o § 2º do artigo 86, essas regras também se aplicam na hipótese prevista no artigo 82, que cuida da tributação de coligadas que não observem os requisitos previstos no artigo 81.

3. CRÉDITO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR

Um dos temas de tributação internacional mais carentes de regulamentação na legislação tributária brasileira é o relativo à apropriação de crédito referente a imposto pago no exterior. A legislação brasileira,

da mesma maneira que a legislação de outros países, reconhece o direito ao crédito do imposto pago no exterior como medida unilateral de afastamento da dupla tributação da renda.

3.1. REGRAS GERAIS SOBRE A COMPENSAÇÃO DE IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR

O artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 estabeleceu que “os lucros, rendimentos e ganhos de capital **auferidos no exterior** serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano”. (Destaque nosso)

Por sua vez, o artigo 26 estabelece ser possível a compensação do imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real.

Já o artigo 27 desta mesma Lei determina a obrigatoriedade de utilização do regime de tributação com base no Lucro Real para “as pessoas jurídicas que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior” (exigência posteriormente refletida no inciso III do artigo 14 da Lei nº 9.718/1998).

Com a entrada em vigor da Lei nº 9.430/1996, a prestação de serviços de forma direta a contratantes domiciliados no exterior foi expressamente incluída dentre as hipóteses em que possível a compensação do imposto pago no exterior:

“Art. 15. A pessoa jurídica domiciliada no Brasil que auferir, de fonte no exterior, **receita decorrente da prestação de serviços efetuada diretamente poderá compensar o imposto pago no país de domicílio da pessoa física ou jurídica contratante, observado o disposto no art. 26 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.**” (Destaque nosso)

A inserção do artigo 15 da Lei nº 9.430/1996 teve por objetivo principal assegurar tratamento isonômico entre os prestadores de serviços efetuados diretamente do Brasil e os prestadores que executam suas atividades por intermédio de sucursais e filiais.

Além disso, optou-se por restringir a aplicação das regras de compensação de imposto pago no exterior para as empresas prestadoras de serviços diretamente no exterior, optantes pelo regime de tributação com base no lucro real. Os prestadores de serviços diretamente no exterior optantes pelo regime de tributação com base no lucro presumido não estão autorizados a compensar o imposto pago no exterior.²⁷⁸

Portanto, um dos pilares da sistemática brasileira de tributação em bases universais é o afastamento da dupla tributação da renda. Como apontamos anteriormente, e repetimos, a não bitributação é um princípio de Direito Internacional Tributário que “trata-se de norma finalística que orienta os países a buscarem adotar medidas que evitem a ocorrência da bitributação da renda. Tal princípio serve igualmente como pauta hermenêutica para a interpretação das convenções internacionais tributárias, a partir da referência à não bitributação”.²⁷⁹

Desde a introdução das regras de tributação em bases universais no Brasil, a legislação pátria estabeleceu dispositivos sobre a possibilidade de aproveitamento de crédito referente ao imposto sobre a renda pago no exterior. Como visto, inicialmente, tais regras estavam previstas no artigo 26 da Lei 9.249, no artigo 16 da Lei 9.430 e na Instrução Normativa nº 213/2002. Atualmente a legislação prevê regras específicas para o caso da compensação de imposto pago no exterior no contexto da tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior.

3.2. O ARTIGO 26 DA LEI 9.249 E A IN 213

A primeira regra geral de aproveitamento de crédito referente a imposto pago no exterior está prevista no artigo 26 da Lei 9.249, cuja redação é a seguinte:

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

278 Essa conclusão está alinhada com a posição manifestada pela Receita Federal do Brasil (“RFB”) na Solução de Divergência COSIT nº 8/2014.

279 ROCHA, Sergio André. *Tributação Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 77.

imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.

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

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

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

Um aspecto que é relevante desde artigo 26, e que se repetirá em toda a legislação brasileira sobre a compensação do imposto pago no exterior, é que tal compensação só é possível **considerando o imposto incidente sobre os rendimentos auferidos no exterior que foram efetivamente computados na apuração do IRPJ e da CSLL no Brasil.**

Nas situações onde a empresa brasileira tem lucro em suas operações locais superior aos rendimentos do exterior, a verificação quanto ao atendimento a este requisito é simples. É só identificar o IRPJ devido no Brasil antes e depois da adição do lucro, rendimento ou ganho de capital auferidos no exterior. Este mecanismo está detalhado, para o Imposto de Renda, no artigo 14, §§ 9º a 11, da IN 213, cuja redação é a seguinte:

“§ 9º O valor do tributo pago no exterior, a ser compensado, não poderá exceder o montante do imposto de renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor dos lucros, rendimentos e ganhos de capital incluídos na apuração do lucro real.

§ 10. Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica, no Brasil, deverá calcular o valor:

I – do imposto pago no exterior, correspondente aos lucros de cada filial, sucursal, controlada ou coligada e aos rendimentos e ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real;

II – do imposto de renda e adicional devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

§ 11. Efetuados os cálculos na forma do § 10, o tributo pago no exterior, passível de compensação, não poderá exceder o valor determinado segundo o disposto em seu inciso I, nem à diferença positiva entre os valores calculados sobre o lucro real com e sem a inclusão dos referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital, referidos em seu inciso II.”

Os §§ 10 e 11 deste artigo 14 trazem os dois limites para a compensação de imposto pago no exterior, que são (a) o próprio montante pago fora do Brasil; e (b) a diferença entre o IRPJ calculado com a inclusão do rendimento do exterior, e sem a mesma.

Note-se que estes parágrafos devem ser interpretados conjuntamente com o disposto no artigo 15 da IN 213, que tem a seguinte redação:

“Art. 15. O saldo do tributo pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda e adicional devidos no Brasil, poderá ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição.”

Portanto, vemos que, embora a redação deste artigo 15 da IN 213 não seja idêntica àquela dos §§ 10 e 11, o seu efeito prático é o mesmo: havendo saldo de imposto pago no exterior após a compensação com o IRPJ, deve-se compensar aquele com a CSLL incidente sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

Veja-se como se dá a aplicação conjunta dos §§ 10 e 11 do artigo 14 e do artigo 15 da IN 213:

- Em **primeiro lugar**, apura-se o montante total de imposto pago no exterior.
- Depois, em **segundo lugar**, calcula-se o IRPJ com e sem a inclusão do rendimento auferido fora do Brasil na base de cálculo do imposto.
- Este será o limite para a compensação do crédito do imposto pago no exterior com o IRPJ.
- Havendo **saldo de crédito – repita-se, saldo de tributo pago no exterior, não saldo de limite compensável**, a operação deverá ser repetida com a CSLL.
- Então, em **terceiro lugar**, deve-se determinar o saldo de tributo pago no exterior, após a compensação com o IRPJ.
- Por fim, e este será o **quarto e último passo**, deverá ser estabelecido o montante de CSLL devida em razão da adição do rendimento do exterior. Como? Calculando-se a CSLL devida com e sem a inclusão do rendimento auferido no exterior.

Conforme prevê o § 20 do artigo 14 da IN 213, “em cada ano-calandário, a parcela do tributo que for compensada com o imposto de renda e adicional devidos no Brasil, ou com a CSLL, na hipótese do art. 15, deverá ser baixada da respectiva folha de controle no Lalur”.

Uma questão importante, que decorre dos comentários apresentados anteriormente, é que os cálculos acima devem ser feitos considerando o total de imposto pago no exterior e o IRPJ e a CSLL sobre o montante total dos rendimentos auferidos no exterior. Isso fica claro na redação do § 10 do artigo 14 da IN 213, que prevê a obrigação de cálculo do **imposto pago no exterior sobre os rendimentos que houverem sido computados na determinação do lucro real**; e do **imposto de renda e adicional sobre o lucro real antes e depois da inclusão dos rendimentos auferidos no exterior**. O artigo 15, que disciplina a compensação com a CSLL, não trouxe disciplina distinta.

Dessa maneira, nota-se que o § 10 considerou o cálculo do imposto pago no exterior e dos rendimentos adicionados na apuração do lucro real, **pelos seus valores totais, e não individuais.**

A despeito dos comentários anteriores, sabe-se que nem sempre a empresa brasileira é lucrativa. Não raro, ela possui prejuízos correntes. Nesses casos, quando o lucro do exterior é adicionado à apuração do IRPJ e da CSLL, duas situações podem ocorrer: ou o rendimento do exterior será integralmente absorvido pelos prejuízos correntes da entidade brasileira; ou ele será parcialmente absorvido por tais prejuízos, e a empresa apresentará lucro real após a adição dos rendimentos do exterior.

Ora, nessas situações, em que o prejuízo gerado pela atividade empresarial desenvolvida no Brasil consome o rendimento gerado no exterior, **há que se reconhecer que, de igual maneira, este rendimento estrangeiro integrou a apuração do IRPJ e da CSLL.**

Com efeito, não fosse a adição do rendimento do exterior, **os prejuízos gerados no Brasil seriam integralmente utilizáveis, em períodos seguintes, para compensar o IRPJ e a CSLL devidos.** Naturalmente, a parcela de prejuízos que é consumida pelos rendimentos estrangeiros deixará de ser utilizada para compensar débitos locais.

Consequência direta do princípio da não bitributação e da regra prevista no artigo 26 da Lei 9.249 é que os tributos sobre a renda recolhidos, no exterior, sobre esses rendimentos que são considerados na apuração do IRPJ e da CSLL no Brasil, devem, necessariamente, ser compensados com os débitos dos tributos locais. Do contrário, teríamos a situação esdrúxula em que os rendimentos auferidos no exterior seriam tributáveis no Brasil sem que se aproveitasse o crédito decorrente do imposto pago no exterior.

Não foi por outra razão que a IN 213 disciplinou, explicitamente, os procedimentos para a apropriação de créditos referentes a impostos pagos no exterior, nesses casos onde (a) a empresa brasileira tem prejuízo e segue com prejuízo após a adição dos rendimentos, lucros e ganhos de capital do exterior; ou (b) a entidade brasileira compensa todo o prejuízo com a adição dos lucros, rendimentos e ganhos de capital do

exterior, e acaba tendo resultado positivo. Vejam-se, a este respeito, os §§ 15 a 19 desta Instrução Normativa:

“§ 15. O tributo pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, **que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendário subsequentes.**

§ 16. Para efeito do disposto no § 15, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subsequentes e controlar o seu valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur).

§ 17. O cálculo referido no § 16 será efetuado **mediante a multiplicação dos lucros**, rendimentos ou ganhos de capital computados no lucro real, considerados individualizadamente por filial, sucursal, coligada ou controlada, **pela alíquota de quinze por cento, se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional, ou pela alíquota de vinte e cinco por cento, se exceder.**

§ 18. **Na hipótese de lucro real positivo, mas, em valor inferior ao total dos lucros**, rendimentos e ganhos de capital nele computados, o tributo passível de compensação será determinado de conformidade com o disposto no § 17, tendo por base a diferença entre aquele total e o lucro real correspondente.

§ 19. Caso o tributo pago no exterior seja inferior ao valor determinado na forma dos §§ 17 e 18, somente o valor pago poderá ser compensado.” (Destaques nossos)

Alguns comentários são necessários sobre estes dispositivos.

Em primeiro lugar, é importante ter claro que estes parágrafos do artigo 14 da IN 213 não criaram um direito de aproveitamento creditório não previsto em lei. **Eles apenas regulamentaram, nos limites do artigo 26 da Lei 9.249, como se determina o crédito do imposto pago no exterior nos casos onde a empresa brasileira tem prejuízo.** Não se dispensa o requisito de que os rendimentos do exterior tenham sido efetivamente adicionados na apuração do IRPJ e da CSLL.

Naturalmente, o regime de utilização do crédito pago no exterior, neste caso, deve ser diferente do que se passa quando a entidade brasileira é lucrativa – independentemente da adição do rendimento do exterior. Afinal, quando a empresa tem resultados negativos a receita do exterior é imediatamente consumido pelos prejuízos locais. Não houvesse um mecanismo para o aproveitamento dos impostos pagos pela empresa nessas situações a consequência seria, inevitavelmente, a bitributação da renda.

Os §§ 15 e 16 deste artigo 14 da IN 213, então, previram o mecanismo para que fosse atendido o comando do artigo 26 da Lei 9.249.

Em primeiro lugar, o § 15 deixa claro que o crédito que não puder ser utilizado no Brasil por a empresa brasileira não ter apurado lucro real **poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendário subsequentes**. O que isso significa? **Esta regra estabelece que o crédito será passível de compensação com o IRPJ em qualquer ano-calendário seguinte**.

Portanto, **a utilização do crédito apurado quando a empresa brasileira tem prejuízo se distingue do uso do crédito quando a entidade tem lucro real superior ao lucro do exterior**. Neste último caso, a compensação do crédito se dá com o IRPJ devido sobre o rendimento do exterior. No primeiro, como o prejuízo brasileiro – que seria utilizado para compensar o IRPJ sobre rendimentos gerados no país – acaba anulando o rendimento do exterior, o crédito passa a ser compensável **com o IRPJ apurado em exercícios posteriores**.

Tanto é assim, que o § 16 do artigo 14 da IN 213 estabelece explicitamente que “a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subsequentes e **controlar o seu valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur)**”. (Destaque nosso)

O LALUR está previsto no Decreto-Lei nº 1.598/1977, artigo 8º, o qual está atualmente replicado no artigo 277 do Regulamento do Imposto de Renda, cuja redação é a seguinte:

“Art. 277. No Lalur, o qual será entregue em meio digital, a pessoa jurídica deverá:

I – lançar os ajustes do lucro líquido, de adição, exclusão e compensação nos termos estabelecidos nos art. 248 e art. 249;

II – transcrever a demonstração do lucro real, de que trata o art. 287, e a apuração do imposto sobre a renda;

III – manter os registros de controle de prejuízos fiscais a compensar em períodos de apuração subsequentes, da depreciação acelerada incentivada, e dos demais valores que devam influenciar a determinação do lucro real de períodos de apuração futuros e não constem da escrituração comercial; e

IV – manter os registros de controle dos valores excedentes a serem utilizados no cálculo das deduções nos períodos de apuração subsequentes, dos dispêndios com programa de alimentação ao trabalhador e outros previstos neste Regulamento.” (Destaque nosso)

Não se pode perder de vistas que, com base no artigo 50 da Lei nº 12.973/2014, as regras do artigo 8º do Decreto-Lei nº 1.598/1977 são também aplicáveis à CSLL. Em textual:

“Art. 50. Aplicam-se à apuração da base de cálculo da CSLL as disposições contidas nos arts. 2º a 8º, 10 a 42 e 44 a 49.

§ 1º Aplicam-se à CSLL as disposições contidas no art. 8º do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, devendo ser informados no livro de apuração do lucro real:

I – os lançamentos de ajustes do lucro líquido do período, relativos a adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária;

II – a demonstração da base de cálculo e o valor da CSLL devida com a discriminação das deduções, quando aplicáveis; e

III – os registros de controle de base de cálculo negativa da CSLL a compensar em períodos subsequentes, e demais valores que devam influenciar a determinação da base de cálculo da CSLL de período futuro e não constem de escrituração comercial.”

Percebe-se que o lançamento do crédito na Parte B do LALUR, determinado pelo § 16 do artigo 14 da IN 213, é absolutamente coerente com o propósito deste livro fiscal, vez que os créditos do exterior,

neste caso, tratam-se de “valores que devam influenciar a determinação do lucro real de períodos de apuração futuros e não constem da escrituração comercial”.

Assim, desde a edição da IN 213, em 2002, há na legislação previsão explícita sobre a possibilidade de controle dos créditos de impostos sobre a renda pagos no exterior na Parte B do LALUR, para compensação com o IRPJ a ser apurado em períodos futuros, isso nos casos em que a empresa brasileira tem prejuízo no ano em que os lucros, rendimentos e ganhos de capital foram auferidos no exterior.

E como seriam calculados esses créditos? O § 17 do artigo 14 da IN 213 traz a resposta. Segundo este dispositivo, o crédito passível de utilização será calculado multiplicando-se o lucro da controlada no exterior por 25% – ou 15%, se este for inferior a R\$ 240.000,00 ao ano.

De outro lado, nos casos em que a entidade brasileira tem prejuízo, mas este se torna lucro com a adição dos resultados positivos auferidos no exterior, aplica-se o § 18 deste mesmo artigo 14. Assim, o crédito seria determinado multiplicando-se 25% pela diferença entre o rendimento estrangeiro e o lucro nacional.

Em ambos os casos, aplica-se o § 19 do artigo 14 da IN 213, que estabelece que “caso o tributo pago no exterior seja inferior ao valor determinado na forma dos §§ 17 e 18, somente o valor pago poderá ser compensado”.

A IN 213 só previu explicitamente a utilização de crédito referente ao IRPJ. Resta a questão: e a CSLL?

3.2.1. CÁLCULO DO CRÉDITO QUANDO A CONTROLADORA TEM PREJUÍZO E A CSLL

Ao revermos os §§ 15 a 19 do artigo 14 da IN 213, notamos nos mesmos uma omissão. O § 17 deste artigo, ao estabelecer o cálculo do crédito compensável neste caso, estabelece que este será determinado pela multiplicação do percentual de 25% – ou 15%, caso o limite de incidência do adicional não seja alcançado. Portanto, nota-se que não há uma referência explícita aos 9% da CSLL.

Não nos parece haver nenhuma razão para que não seja apropriado um crédito correspondente à incidência da CSLL, uma vez que, como estabelece o artigo 15 da IN 213, “o saldo do tributo pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda e adicional devidos no Brasil, poderá ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição”.

Ora, se o crédito do imposto pago no exterior é compensável contra a CSLL, e o rendimento do exterior for absorvido por prejuízos da entidade brasileira, o fundamento jurídico para que se possa calcular um crédito considerando a alíquota de 9% é o mesmo que vimos na seção anterior: o não aproveitamento deste crédito geraria uma situação de dupla tributação.

A possibilidade de aproveitamento deste crédito fica ainda mais clara diante de uma interpretação sistemática da legislação aplicável, como passamos a demonstrar.

3.2.1.1. POR QUE A IN 213 NÃO PREVIU EXPLICITAMENTE O CRÉDITO DE 9%?

Há uma razão formal para a IN 213 não ter previsto expressamente o crédito de 9% equivalente à CSLL. Vejamos.

Como já vimos, a tributação em bases universais pela CSLL só foi estabelecida em 1999, pela Medida Provisória nº 1.858. O artigo 19 deste diploma normativo trazia a seguinte regra:

“Art. 19. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sujeitam-se à incidência da CSLL, observadas as normas de tributação universal de que tratam os arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, os arts. 15 a 17 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e o art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997. Parágrafo único. O saldo do imposto de renda pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda devido no Brasil, poderá ser compensado com o CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros oriundos do exterior, até o limite acrescido em decorrência dessa adição.”

Nota-se que este dispositivo estabelecia que seriam aplicáveis à CSLL as regras previstas nos artigos 25 a 27 da Lei 9.249. Portanto, **a base legal para o aproveitamento de créditos no caso da CSLL é a mesma aplicável no caso do IRPJ.**

Quando analisamos o preâmbulo da IN 213, encontramos a seguinte redação:

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, e tendo em vista o disposto no art. 43 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), alterado pelo art. 1º da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001; **nos arts. 25, 26 e 27 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995**; nos arts. 16 e 17 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; no art. 1º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997; no art. 3º da Lei nº 9.959, de 27 de janeiro de 2000; e nos arts. 34 e 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, resolve: [...]” (Destaque nosso)

Verifica-se que a Receita Federal do Brasil, ao editar esta Instrução Normativa, deixou de mencionar a Medida Provisória que estabeleceu a incidência da CSLL em bases universais.²⁸⁰ Como o artigo 26 havia sido editado, originalmente, tendo em conta apenas o IRPJ – fazendo referência tão somente a lucro real –, a Instrução Normativa só se referiu explicitamente ao Imposto de Renda.

A ausência de uma menção expressa na IN 213 seria razão para que não se pudesse calcular o crédito de 9% sobre os lucros do exterior no caso em que a empresa brasileira tem prejuízo? É o que passaremos a analisar.

3.2.1.2. A APLICAÇÃO DO ARTIGO 26 DA LEI 9.249 À CSLL

Ficou claro nas considerações anteriores que a possibilidade de aproveitamento de crédito do imposto pago no exterior quando a em-

²⁸⁰ Como mencionamos, inicialmente a tributação em bases universais pela CSLL havia sido estabelecida pela Medida Provisória nº 1.858. O tema foi tratado pelas Medidas Provisórias nº 1.991, 2.037 e 2.113, até ser finalmente regulado pela Medida Provisória nº 2.158/2001.

presa brasileira tem prejuízos encontrava fundamento no artigo 26 da Lei 9.249. Para lembrarmos a redação do *caput* deste dispositivo, ele estabelece que “a pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital **computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital**”. (Destaque nosso)

Partindo da premissa de que a adição dos lucros e sua compensação com os prejuízos **equivale ao seu cômputo no lucro real**, e que, o Imposto de Renda incidente no Brasil, sobre os referidos lucros, é equivalente à multiplicação da alíquota pelo montante de lucros computados, nota-se que o mesmo procedimento deveria ser adotado em relação à CSLL.

De fato, uma vez que a Medida Provisória nº 2.158/2001 – última a estabelecer a incidência da CSLL em bases universais – determina que o artigo 26 se aplica à CSLL, este dispositivo deveria ser lido da seguinte maneira: **A pessoa jurídica poderá compensar a CSLL incidente, no exterior, sobre os lucros computados no lucro líquido, até o limite da CSLL incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros.**

Temos, portanto, que a compensação da CSLL nos casos que a empresa brasileira tem prejuízos deve seguir as mesmas regras previstas na IN 213 para o IRPJ. Como mencionamos anteriormente, a IN não criou o direito ao crédito, ele decorre diretamente da Lei 9.249.

Seguindo esse entendimento, este montante, que será controlado na Parte B do Livro de Apuração da Contribuição Social, poderá ser utilizado em exercícios posteriores para a compensação com o montante devido.

3.2.1.3. COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS DE IRPJ COM A CSLL QUANDO A EMPRESA BRASILEIRA TEM PREJUÍZO

Nossa análise dos §§ 15 a 19 do artigo 14 da IN 213 deixou claro que estamos diante, ali, do cálculo de um crédito de imposto pago no exterior, determinado com base na alíquota do IRPJ, e que será passível de compensação com este mesmo tributo nos períodos seguintes. Não há, portanto, previsão para a compensação, deste crédito específico, com a CSLL.

De fato, o próprio artigo 15 da IN 213 não prevê uma compensação de um crédito de IRPJ com a CSLL, mas sim a compensação **do saldo de imposto pago no exterior**, não compensado com o IRPJ, com a CSLL.

Dessa maneira, não nos parece que este crédito de 25% sobre os rendimentos auferidos no exterior, decorrentes de a empresa não ter lucro real positivo, ou ter lucro real positivo inferior aos rendimentos do exterior, não é passível de compensação com a CSLL. Só haverá compensação com a Contribuição nos casos em que a empresa adotar a interpretação, apresentada nas seções anteriores, no sentido de que também deveria ser garantido ao residente no Brasil um crédito de 9% sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior nesses casos.

3.2.2. QUAL A RELEVÂNCIA DO ARTIGO 26 DA LEI 9.249 E DA IN 213 NO CONTEXTO DA LEI 12.973

Uma questão interessante é se o artigo 26 da Lei 9.249 e, consequentemente, a IN 213, ainda são aplicáveis no contexto da tributação de lucros auferidos por controladas, coligadas, filiais e sucursais no exterior a partir da entrada em vigor da Lei 12.973.

Segundo vemos, tanto o artigo 25 como o artigo 26 da Lei 9.249 foram tacitamente revogados pela Lei 12.973.

Com efeito, a Lei 12.973 trouxe uma disciplina nova e total da tributação de lucros auferidos por controladas, coligadas, filiais e sucursais no exterior, de modo que nos parece, a uma primeira vista, que com a sua entrada em vigor o artigo 26 da Lei 9.249 e a IN 213 subsistiriam apenas no que se refere à disciplina da compensação de crédito de imposto pago no exterior vinculado a rendimentos e ganhos de capital do residente no Brasil.

Nada obstante, nada é tão simples. Em primeiro lugar, é no artigo 25, mais precisamente em seu § 6º, que encontramos a regra que prevê a não tributação dos resultados de equivalência patrimonial. Teria sido este dispositivo também revogado?

Ainda mais complexa é a questão referente ao § 7º desde mesmo artigo 25, segundo o qual “os lucros serão apurados segundo as normas da

legislação comercial do país de domicílio”. Este dispositivo foi incluído na Lei 9.249 pela própria Lei 12.973, de modo que não se poderia cogitar, neste caso, de revogação tácita da regra prevista no artigo 25 da Lei 9.249.

Se quisermos colocar uma dificuldade adicional, temos que considerar o Regulamento do Imposto de Renda de 2018.

De fato, o Regulamento do Imposto de Renda não considera revogações tácitas, apenas revogações expressas. Assim, no Regulamento em vigor encontramos os dispositivos da Lei 9.249 convivendo com os da Lei 12.973. É assim que, por exemplo, o § 8º da do artigo 446 do Regulamento do Imposto de Renda prevê expressamente que “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, § 4º e § 5º (Lei nº 9.249, de 1995, art. 25, § 6º)”.

E então, o que se pode extrair dos comentários acima?

O que realmente faria sentido neste caso teria sido a Lei 12.973 ter incorporado em seus artigos 76 a 92 a regra de desoneração dos resultados de equivalência patrimonial e de apuração dos lucros do exterior com base na contabilidade do país da controlada, coligada, filial ou sucursal.

Entretanto, tendo em conta que essa não foi a opção do legislador e considerando, ainda, a redação do Regulamento do Imposto de Renda em vigor, parece-nos inquestionável que pelo menos esses dois dispositivos seguem em vigor. Ademais, por mais que pareça fazer pouco sentido, considerando que os dispositivos da Lei 9.249 foram incorporados ao Regulamento do Imposto de Renda de 2018, parece-nos que todo e qualquer dispositivo daquela lei que não seja explicitamente contrário a dispositivos da Lei 12.973 deve ser considerado válido e eficaz.

3.3. REGRAS DE COMPENSAÇÃO DE IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR NA LEI 12.973 E SUA REGULAMENTAÇÃO

3.3.1. CRÉDITO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR POR CONTROLADAS

O artigo 87 da Lei 12.973 estabelece que “a pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o imposto sobre a renda pago

no exterior pela controlada direta ou indireta, incidente sobre as parcelas positivas computadas na determinação do lucro real da controladora no Brasil, até o limite dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas” (artigo 25 da IN 1.520).

Infere-se desse dispositivo que:

1. o imposto compensável é aquele pago pela controlada direta ou indireta sobre os lucros adicionados ao lucro real;
2. ele será proporcional à participação na controlada direta ou indireta; e
3. estará limitado pelo IRPJ incidente sobre o lucro adicionado.

O § 1º do artigo 87 esclarece que o relevante, para o direito ao crédito, é que o tributo pago no exterior **incida sobre o lucro**, “independentemente da denominação oficial adotada, do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem e de o pagamento ser exigido em dinheiro ou outros bens”.

Este mesmo dispositivo requer que o pagamento do imposto no exterior seja “comprovado por documento oficial emitido pela administração tributária estrangeira, inclusive quanto ao imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído para a controladora brasileira”.

Note-se que o texto menciona expressamente a compensação do imposto de renda na fonte sobre o lucro distribuído, o que não se encontrava expresso na legislação anterior (§ 1º do artigo 25 da IN 1.520). Ademais, faz-se referência à necessidade de comprovação do pagamento por intermédio de documento oficial emitido pela administração fiscal estrangeira. Esta regra é complementada pelo disposto no § 9º do mesmo artigo, segundo o qual “para fins de dedução, o documento relativo ao imposto sobre a renda pago no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto”.²⁸¹

281 Vale observar que o Decreto nº 8.660/2016 promulgou “a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 5 de outubro de 1961”. Há que se aguardar posição da Receita Federal a respeito dos efeitos deste tratado

3.3.1.1. CRÉDITO HAVENDO OU NÃO CONSOLIDAÇÃO

O artigo 87 trata, separadamente, da compensação de crédito pago no exterior nos casos em que há consolidação e quando a mesma não ocorre. Pelo § 2º, “no caso de consolidação, deverá ser considerado para efeito da dedução prevista no *caput* o imposto sobre a renda pago pelas pessoas jurídicas cujos resultados positivos tiverem sido consolidados”.²⁸²

Este parágrafo passou por importante alteração durante a tramitação da MP 627 no Congresso Nacional. Com efeito, a redação deste dispositivo, na aludida medida provisória, era a seguinte:

“§ 2º. No caso de consolidação, deverá ser considerado para efeito da dedução prevista no *caput* o imposto sobre a renda pago pelas pessoas jurídicas, cujos resultados positivos tiverem sido consolidados, **na proporção entre o resultado positivo da consolidação e o somatório das parcelas positivas consolidadas.**”
(Destaque nosso)

Vê-se, então, que a redação da MP 627 previa uma proporcionalização dos créditos referentes ao imposto pago no exterior, que não foi incluída na Lei 12.973. É razoável assumir, portanto, que no regime finalmente instituído pela lei não é necessária tal proporcionalização, sendo autorizada a compensação integral do imposto pago no exterior pelas pessoas jurídicas cujos resultados positivos tenham sido consolidados na controladora brasileira.

O § 3º do artigo 87 cuida das situações onde não há consolidação, estabelecendo que “no caso de não haver consolidação, a dedução de que trata o *caput* será efetuada de forma individualizada por controlada, direta ou indireta”.

3.3.1.2. LIMITE DO CRÉDITO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR

Segundo o § 4º do artigo 87 da Lei 12.973, “o valor do tributo pago no exterior a ser deduzido não poderá exceder o montante do imposto

sobre os requisitos de validade documental dos documentos comprobatórios do imposto pago no exterior.

282 Artigo 31 da IN 1.520.

sobre a renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados, incluído na apuração do lucro real”.

O cálculo do crédito passível de utilização está mais detalhado nos §§ 8º a 10 do artigo 30 da IN 1.520:

“§ 8º. O valor do tributo pago no exterior a ser deduzido não poderá exceder o montante do imposto sobre a renda, inclusive adicional, e CSLL, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados, incluído na apuração do lucro real.

§ 9º. Para efeito do disposto no § 8º, a pessoa jurídica, no Brasil, deverá calcular o valor:

I – do imposto pago no exterior, correspondente aos lucros de cada filial, sucursal, controlada, direta ou indireta, ou coligada que houverem sido computados na determinação do lucro real;

II – do imposto sobre a renda e CSLL devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros auferidos no exterior.

§ 10. Efetuados os cálculos na forma do § 9º, o tributo pago no exterior, passível de dedução, não poderá exceder o valor determinado segundo o disposto no inciso I do § 9º, nem à diferença positiva entre os valores calculados sobre o lucro real com e sem a inclusão dos referidos lucros, conforme inciso II do § 9º.”

O § 11 do artigo 30 da IN 1.520 trouxe regra importante, que esclarece que “para fins do disposto nos §§ 9º e 10, o cálculo do valor do tributo pago no exterior passível de dedução deve ser **efetuado antes da compensação de prejuízo fiscal acumulado no Brasil relativo a anos-calendário anteriores**”.

Não havia disposição semelhante na IN 213. Esta regra trouxe esclarecimento importante, ao determinar que o limite de crédito compensável é calculado antes da compensação de prejuízo fiscal no Brasil, evitando-se, assim, que a compensação do prejuízo leve à inexistência de lucro real e, conseqüentemente, à inexistência de IRPJ e CSLL devidos no Brasil.

Esta regra prevista no § 4º do artigo 87 da Lei 12.973 pode ter conseqüências importantes no caso de consolidação. Com efeito, como

a consolidação leva à compensação de eventuais prejuízos de controladas diretas e indiretas com lucros de outras controladas, diretas ou indiretas no exterior, o resultado será uma redução do lucro que será adicionado à apuração do IRPJ no Brasil. Ora, se o crédito não pode ser superior ao valor do lucro auferido no exterior efetivamente incluído no lucro real, no caso de uma redução da adição decorrente da compensação de prejuízos de outras entidades, poder-se-ia sustentar que haveria uma perda proporcional de crédito referente ao imposto pago no exterior.

Nada obstante, acreditamos que este § 4º deve ser lido conjuntamente com o § 2º do mesmo artigo 87, o qual, como vimos, não estabelece a obrigação de proporcionalização do crédito do imposto pago no exterior em função do valor efetivamente adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL nos casos de consolidação, prevendo apenas que, neste caso, poderá ser considerado o crédito do imposto pago pelas controladas cujos resultados positivos tenham sido considerados na consolidação.

3.3.1.3. CONVERSÃO EM REAIS

As regras sobre conversão do crédito em reais estão previstas nos §§ 5º e 6º do artigo 87 da Lei 12.973. De acordo com o primeiro, “o tributo pago no exterior a ser deduzido será convertido em reais, tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data do balanço apurado ou na data da disponibilização”. Ou seja, para fins de conversão do valor pago no exterior em reais não é relevante a data do pagamento, mas sim o momento da apuração ou disponibilização do lucro. Tendo em vista que este dispositivo não se aplica às coligadas do artigo 81, é estranha a referência à disponibilização, uma vez que, para controladas, a disponibilização não é relevante para fins da adição dos lucros auferidos no exterior na apuração do IRPJ e da CSLL.

É importante observar que a nova regra alterou o momento de conversão cambial prevista na Instrução Normativa nº 213/02, já que, de acordo com o § 2º de seu artigo 14, “o tributo pago no exterior, a ser compensado, será convertido em Reais tomando-se por base a taxa de câm-

bio da moeda do país de origem, fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data de seu efetivo pagamento”.

O § 6º mantém a previsão de que “caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em reais”.

3.3.1.4. TRIBUTAÇÃO NO EXTERIOR APÓS A ADIÇÃO DO LUCRO NO BRASIL

Um dos grandes problemas relacionados à compensação de crédito de imposto pago no exterior refere-se aos desencontros temporais entre a ocorrência do fato gerador e o pagamento do imposto respectivo em cada um dos países. No caso específico da tributação de lucros auferidos no exterior os desencontros normalmente decorrem do pagamento do imposto em momentos diferentes.

O § 7º do artigo 87 trouxe uma regra que não havia sob o regime da Instrução Normativa nº 213/02. De acordo com este parágrafo “na hipótese de os lucros da controlada, direta ou indireta, virem a ser tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela controladora domiciliada no Brasil, a dedução de que trata este artigo deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior, e deverá respeitar os limites previstos nos §§ 4º e 8º deste artigo”.²⁸³

Nota-se que este § 7º do artigo 87 da Lei 12.973 não faz referência expressa ao pagamento do tributo no exterior, mas sim à tributação do lucro auferido pela controlada no exterior. Assim sendo, é não só possível como também razoável compreender que este dispositivo não cuidou do descasamento entre o momento de adição no Brasil e o pagamento no exterior, mas sim do descasamento entre o momento de adição no Brasil e o período de adição do lucro no cálculo do Imposto de Renda estrangeiro. Uma comparação entre este parágrafo e outro dispositivo da legislação tributária ajudará a compreender melhor este tema.

283 Artigo 30, § 12, da IN 1.520.

A legislação do Imposto de Renda das Pessoas Físicas tem regras próprias de compensação do imposto pago no exterior, consolidadas no artigo 115 do Regulamento do Imposto de Renda. Em textual:

“Art. 115. As pessoas físicas que declararem rendimentos provenientes de fontes situadas no exterior poderão deduzir, do imposto apurado na forma estabelecida no art. 79 , o cobrado pela nação de origem daqueles rendimentos, desde que (Lei nº 4.862, de 1965, art. 5º ; Lei nº 5.172, de 1966 – Código Tributário Nacional, art. 98 ; e Lei nº 9.250, de 1995, art. 12, caput , inciso VI):

I – em conformidade com o previsto em acordo ou convenção internacional firmado com o país de origem dos rendimentos, quando não houver sido restituído ou compensado naquele país; ou
II – haja reciprocidade de tratamento em relação aos rendimentos produzidos no País.

§ 1º A dedução não poderá exceder a diferença entre o imposto sobre a renda calculado com a inclusão daqueles rendimentos e o imposto sobre a renda devido sem a inclusão dos mesmos rendimentos.

§ 2º O imposto pago no exterior será convertido em reais por meio da utilização do valor do dólar dos Estados Unidos da América estabelecido para compra pelo Banco Central do Brasil para o último dia útil da primeira quinzena do mês anterior ao do recebimento do rendimento (Lei nº 9.250, de 1995, art. 6º).”

A Instrução Normativa nº 208/2002 traz regras adicionais sobre a compensação do imposto pago no exterior por pessoas físicas. Entre elas, encontramos o dispositivo que disciplina as situações onde há um descasamento temporal entre a inclusão do rendimento ou ganho de capital na apuração do Imposto de Renda brasileiro e o pagamento do imposto no exterior. Veja-se, a este respeito, o § 7º do artigo 16 da IN 208:

“Art. 16. [...]”

§ 7º Se **o pagamento** do imposto de que trata o § 1º ocorrer em ano-calendário posterior ao do recebimento do rendimento, **a pessoa física pode compensá-lo com o imposto relativo ao carnê-leão do mês do seu efetivo pagamento** e com o apurado

na Declaração de Ajuste Anual do ano-calendário **do pagamento do imposto**, observado o limite de compensação de que trata o § 6º relativamente à Declaração de Ajuste Anual do ano-calendário do recebimento do rendimento.” (Destaques nossos)

Mesmo sendo repetitivo, acredito ser interessante a visão deste § 7º do artigo 16 da IN 208 ao lado do § 7º do artigo 87 da Lei 12.973:

Comparação Lei 12.973 / IN 208	
Lei 12.973	IN 208
<p>“§ 7º Na hipótese de os lucros da controlada, direta ou indireta, virem a ser <u>tributados no exterior</u> em momento posterior àquele em que tiverem sido <u>tributados pela controladora</u> domiciliada no Brasil, a dedução de que trata este artigo deverá ser efetuada no balanço correspondente ao <u>ano-calendário em que ocorrer a tributação</u>, ou em ano-calendário posterior, e deverá respeitar os limites previstos nos §§ 4º e 8º deste artigo.”</p>	<p>“§ 7º Se o pagamento do imposto de que trata o § 1º ocorrer em ano-calendário posterior ao do recebimento do rendimento, a pessoa física pode compensá-lo com o imposto relativo ao carnê-leão do mês do seu efetivo pagamento e com o apurado na Declaração de Ajuste Anual do ano-calendário do pagamento do imposto, observado o limite de compensação de que trata o § 6º relativamente à Declaração de Ajuste Anual do ano-calendário do recebimento do rendimento.”</p>

A leitura conjunta desses parágrafos 7º revela uma diferença relevante: a IN 208, ao cuidar do descasamento temporal, mencionou, explicitamente, situações onde o **pagamento** ocorre “em ano-calendário posterior ao do recebimento do rendimento”. A seu turno, a Lei 12.973 trata das situações nas quais a **tributação** ocorrer “em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela controladora domiciliada no Brasil”.

Ora, se a Lei 12.973 tivesse por finalidade disciplinar situações onde o **pagamento** acontece após a adição dos lucros na apuração do IRPJ e da CSLL no Brasil, teria se valido de redação equivalente àquela que encontramos na IN 208. Nada obstante, como vimos, não foi esta a opção do legislador, suportando a conclusão de que o § 7º do artigo 87 da Lei 12.973 sequer seria aplicável à presente situação, fundamentando-se a utilização do crédito diretamente no *caput* deste artigo.

Portanto, considerando a redação dos dispositivos citados acima, é possível concluir o seguinte:

- O requisito estabelecido pelo artigo 87, *caput*, da Lei 12.973 para compensação do crédito referente ao imposto estran-

geiro é que o Imposto de Renda tenha sido **efetivamente pago** no exterior.

- Portanto, pago o imposto no exterior ele pode ser compensado no Brasil, mesmo que o pagamento aconteça posteriormente à adição dos lucros na apuração do IRPJ e da CSLL.
- Ao contrário da IN 208, que disciplinou a compensação quando há descasamento entre o momento da **tributação** no Brasil e aquele do **pagamento** no exterior, a Lei 12.973 cuidou do descasamento entre a **tributação** no Brasil e a **tributação** no exterior.
- Dessa forma, o § 7º não seria sequer aplicável na situação sob exame, sendo a compensação **justificada por, e fundamentada no** próprio *caput* do artigo 87 da Lei 12.973.

Como a redação do § 7ª do artigo 87 não é clara, devemos considerar a seguinte questão: e se interpretarmos que este dispositivo se aplica a situações nas quais há um descasamento entre o momento da adição do lucro na apuração do IRPJ e da CSLL no Brasil e aquele em que se dá o pagamento no exterior?

Partindo dessa premissa, a dificuldade de interpretação deste dispositivo decorreria da utilização da palavra **tributação** com três sentidos distintos:

1. para indicar o momento de pagamento do imposto no exterior, em “tributados no exterior”;
2. para indicar o momento de adição dos lucros auferidos pela controlada na apuração do IRPJ e da CSLL, em “tributados pela controlada domiciliada no Brasil”; e
3. para indicar o momento a partir do qual o crédito será passível de utilização no Brasil, em “no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação”.

Os dois primeiros seriam usos independentes de “tributação” ou “tributados”. Tributação no exterior e tributação no Brasil. Já o terceiro

uso da palavra tributação é **relacional**. Tributação, neste caso, refere-se a tributados no Brasil ou a tributados no exterior. Mas qual?

Ora, o IRPJ e a CSLL são tributos pautados pelo princípio da competência. Como aponta Edmar Oliveira Andrade Filho, “o princípio geral que rege a imputação temporal das mutações patrimoniais para fins de determinação do resultado de cada período é o denominado ‘princípio da competência’. No ordenamento jurídico brasileiro as mutações patrimoniais sob a forma de receitas e ganhos em sentido amplo devem ser consideradas quando puderem ser consideradas ganhas segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso. No que tange às mutações patrimoniais diminutivas, o reconhecimento ocorre, em regra, quando os custos, despesas e perdas forem considerados incorridos e, portanto, independente do pagamento”.²⁸⁴

A interpretação do § 7º do artigo 87 da Lei 12.973 mais alinhada com o princípio da competência seria no sentido de que a palavra **tributação** mencionada em “3” acima referir-se-ia ao momento em que os lucros são tributados no Brasil, prestigiando a paridade entre a adição do lucro do exterior e a dedução da despesa.

Seguindo essa linha de interpretação, o legislador teria sido sensível à situação do contribuinte, que, em sendo esta a única opção, ver-se-ia obrigado a retificar todas as suas obrigações fiscais do ano de adição do lucro na apuração brasileira. Assim, estabeleceu que o crédito poderia ser utilizado também nos anos-calendário subsequentes.

3.3.1.4.1. A CONFUSA REDAÇÃO DA IN 1.520

A IN 1.520 adicionou complexidade ao tema sob debate, ao tratar da mesma matéria, em dois dispositivos diferentes, com redações distintas.

Com efeito, o artigo 25 da referida Instrução Normativa, disciplinou a compensação de imposto pago, no exterior, por controladas, diretas e indiretas, da empresa brasileira. Ao tratar do tema do descasamento temporal das tributações, o § 4º deste artigo previu o seguinte:

284 ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 80.

“Da Dedução do Imposto sobre a Renda Pago no Exterior

Art. 25. A pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o imposto sobre a renda pago no exterior pela controlada direta ou indireta, incidente sobre as parcelas positivas computadas na determinação do lucro real da controladora no Brasil, até o limite do IRPJ e da CSLL incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas.

[...]

§ 4º Na hipótese de os lucros da controlada, direta ou indireta, **virem a ser tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela controladora domiciliada no Brasil**, a dedução de que trata este artigo **deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação no exterior**, e deverá respeitar os limites previstos nos §§ 8º a 11 do art. 30. [...]” (Destaque nosso)

Vê-se este parágrafo se distancia da redação do § 7º do artigo 87 da Lei 12.973. Em primeiro lugar, estabelece que a compensação se dará a partir do momento da tributação no exterior, o que, como vimos, não está previsto explicitamente na Lei 12.973. Por outro lado, o § 4º do artigo 25 da IN 1.520 não previu a possibilidade de compensação em anos-calendário posteriores ao da tributação, ignorando um comando expresso da lei.

Talvez para restaurar a legalidade e o alinhamento do ato administrativo normativo com a lei, a própria IN 1.520, no § 12 de seu artigo 30, trouxe um texto alinhado àquele da Lei 12.973:

“Art. 30. **Devem ser observadas as regras contidas nesta Subseção para fins de dedução do imposto sobre a renda pago no exterior de que trata os arts. 25 e 29.**

[...]

§ 12. Na hipótese de os lucros da filial, sucursal, coligada e controlada, direta ou indireta, virem a ser tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela controladora domiciliada no Brasil, a dedução de que trata este artigo deverá ser efetuada no balanço correspondente ao

ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior, e deverá respeitar os limites previstos nos §§ 8º e 13 deste artigo. [...].”

O exame destes dispositivos revela orientações relevantes. Em primeiro lugar, o *caput* do artigo 30 estabelece que as regras ali estabelecidas **devem ser observadas**. Em outras palavras, estamos diante de uma obrigação: o contribuinte que pretender deduzir o crédito do imposto pago no exterior **deverá** observar o disposto neste artigo.

Sendo um parâmetro que deve ser observado para a compensação com base no artigo 25 da mesma IN 1.520, torna-se relevante destacar que este §12 do artigo 30 tem a mesma redação do § 7º do artigo 87 da Lei 12.973.

Ora, se a IN 1.520 tem dois dispositivos que tratam da mesma matéria, um que replica a redação da Lei 12.973 e outro que da mesma destoa, **não cremos ser possível haver dúvidas quando à prevalência do artigo 30, §12**. Nessa linha de ideias, a IN 1.520 deve ser interpretada da forma que reflita a Lei 12.973 e não de modo que a contradiga.

3.3.1.4.2. QUANTIFICAÇÃO DO CRÉDITO NESTE CASO

Não se pode perder de vista que, mesmo nesse caso, o crédito compensável está sujeito ao limite previsto no já examinado § 4º, assim como ao limite previsto no § 8º. Este último parágrafo prevê que “o saldo do tributo pago no exterior que exceder o valor passível de dedução do valor do imposto sobre a renda e adicional devidos no Brasil poderá ser deduzido do valor da CSLL, devida em virtude da adição à sua base de cálculo das parcelas positivas dos resultados oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição”.

Embora nem a Lei 12.973 ou a IN 1.520 prevejam isso de forma expressa, parece-nos evidente que tais limites deverão ser aplicados **no ano em que o lucro foi adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL**, e não no ano em que ocorrer o pagamento do imposto no exterior. Ademais, como esta compensação referir-se-á a crédito que deveria ter sido compensado em ano anterior, obviamente o mesmo será

compensável com os tributos devidos sobre o lucro brasileiro a partir do ano de pagamento. De certa forma, é como se a controladora brasileira houvesse pago IRPJ e CSLL a maior no ano de adição do lucro da empresa estrangeira.

Veja-se que, caso o crédito compensável seja superior ao montante de IRPJ devido, o saldo poderá ser utilizado para compensar a CSLL devida, até o limite do lucro adicionado à sua base de cálculo.

3.3.1.5. COMPENSAÇÃO QUANDO A CONTROLADORA BRASILEIRA TEM PREJUÍZO

Importantes, também, são as omissões do artigo 87. A principal, provavelmente, é a falta de dispositivos como os previstos nos §§ 15 a 19 da Instrução Normativa nº 213/02, já comentados anteriormente.

Diante da omissão da lei, coube uma vez mais à instrução normativa prever o tratamento aplicável nesses casos. Com efeito, a IN 1.520 trouxe, nos §§ 14 a 19 de seu artigo 30, regras sobre a compensação de crédito do imposto pago no exterior quando a empresa brasileira está com prejuízo. Vejam-se, a seguir, estes dispositivos:

“§ 14. O tributo pago sobre lucros auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendário subsequentes.

§ 15. Para efeito do disposto no § 14, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subsequentes e controlar o seu valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur).

§ 16. O cálculo referido no § 15 será efetuado mediante a multiplicação dos lucros computados no lucro real, considerados individualizadamente por filial, sucursal, coligada ou controlada, pela alíquota de 15% (quinze por cento), se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional, ou pela alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), se exceder.

§ 17. Na hipótese de lucro real positivo, mas, em valor inferior ao total dos lucros, rendimentos e ganhos de capital nele computados, o tributo passível de compensação será determinado de conformidade com o disposto no § 16, tendo por base a diferença entre aquele total e o lucro real correspondente.

§ 18. Caso o tributo pago no exterior seja inferior ao valor determinado na forma dos §§ 16 e 17, somente o valor pago poderá ser compensado.

§ 19. Em cada ano-calendário, a parcela do tributo que for compensada com o imposto sobre a renda e adicional devidos no Brasil, ou com a CSLL, na hipótese do § 13, deverá ser baixada da respectiva folha de controle no Lalur.”

É possível resumir as regras extraídas dos parágrafos acima nos seguintes termos:

Ao examinarmos o § 16 do artigo 30 da IN 1.520, notamos que, assim como ocorria na IN 213, esta Instrução Normativa, ao estabelecer o procedimento de cálculo do crédito do imposto pago no exterior, faz referência apenas aos 25% do IRPJ.

Nada obstante, como já observamos, o direito à apropriação do crédito equivalente ao imposto pago no exterior decorre da Lei, neste caso, do artigo 87 da Lei 12.973. Tal direito, naturalmente, não é uma criação da Instrução Normativa.

O *caput* do artigo 87 prevê a compensação do **imposto sobre a renda pago no exterior** com os tributos sobre a renda incidentes no Brasil, desde que os lucros do exterior tenham integrado o cálculo do lucro real e tendo como limite o imposto brasileiro sobre tal parcela. Contudo, este artigo não se aplica apenas ao IRPJ. Afinal, segundo o seu § 8º, “o saldo do tributo pago no exterior que exceder o valor passível de dedução do valor do imposto sobre a renda e adicional devidos no Brasil poderá ser deduzido do valor da CSLL, devida em virtude da adição à sua base de cálculo das parcelas positivas dos resultados oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição”.

Percebe-se, portanto, que o artigo 87 traz duas regras distintas:

- o imposto pago no exterior pode ser compensado com o IRPJ, considerando o lucro estrangeiro adicionado na apuração do lucro real e até o limite do IRPJ pago no Brasil sobre tal lucro; e
- o imposto pago no exterior pode ser compensado com a CSLL, considerando o lucro estrangeiro adicionado na apuração do resultado do exercício e até o limite da CSLL paga no Brasil sobre tal lucro.

Em ambos os casos, a compensação não poderá ultrapassar o valor do imposto efetivamente pago no exterior.

Ora, se (a) a CSLL incide sobre os lucros do exterior; (b) é um “imposto sobre a renda” conforme o § 1º do artigo 87 da Lei 12.973; (c) há uma regra prevendo o direito ao creditamento desta contribuição contra o imposto pago no exterior; e (d) quando a empresa brasileira tem prejuízo corrente, este prejuízo, que seria utilizado para compensar a CSLL devida no Brasil em exercícios futuros, acaba absorvendo o lucro do exterior; então, nota-se que não há como pretender que, neste último caso, a controladora brasileira não possa utilizar tais créditos.

3.3.1.5.1. POR QUE A IN 1.520 NÃO PREVIU EXPLICITAMENTE O CRÉDITO DE 9%?

Demonstramos acima que a redação do artigo 14, § 17, da IN 213 decorreu, provavelmente, de uma observância literal do texto do artigo 26 da Lei 9.249, que somente tratava da compensação do imposto pago no exterior com o IRPJ.

Embora este não devesse ser o caso na IN 1.520, já que os artigos 76 a 92 da Lei 12.973 se aplicam, indistintamente, ao IRPJ e à CSLL, o fato é que, ao que tudo indica, a IN 1.520 considerou o *caput* do artigo 87, sem levar em conta o seu § 8º. Além disso, nota-se que esta Instrução Normativa basicamente copiou o texto da IN 213.

Por exemplo, quando comparamos o § 18 do artigo 14 da IN 213, com o § 17 do artigo 30 da IN 1.520, verificamos que os mesmos têm a mesmíssima redação, conforme abaixo:

IN 213	IN 1.520
“§ 18. Na hipótese de lucro real positivo, mas, em valor inferior ao total dos lucros, rendimentos e ganhos de capital nele computados , o tributo passível de compensação será determinado de conformidade com o disposto no § 17, tendo por base a diferença entre aquele total e o lucro real correspondente.”	“§ 17. Na hipótese de lucro real positivo, mas, em valor inferior ao total dos lucros, rendimentos e ganhos de capital nele computados , o tributo passível de compensação será determinado de conformidade com o disposto no § 16, tendo por base a diferença entre aquele total e o lucro real correspondente.”

A identidade de redações não seria nada demais, não fosse a parte grifada acima.

Com efeito, a IN 1.520 aplica-se, exclusivamente, à tributação de lucros auferidos no exterior, não tendo nenhuma relação com a tributação de rendimentos e ganhos de capital.

Fica claro, portanto, que as autoridades fiscais basicamente copiaram a redação do texto da Instrução Normativa anterior, o que pode explicar a omissão de uma referência explícita à compensação da CSLL nos casos onde a empresa brasileira tem prejuízo, ou lucro tributável inferior aos lucros auferidos no exterior.

O direito de aproveitamento do crédito, neste caso, deriva diretamente do *caput* e do § 8º do artigo 87 da Lei 12.973. Dessa maneira, a ausência de regra explícita sobre o tema não pode ter qualquer impacto sobre o direito de utilização do crédito do imposto pago no exterior para fins de compensação da CSLL no Brasil.

Uma vez que a Lei estabelece o direito ao aproveitamento do crédito e a Instrução Normativa não trouxe um procedimento específico aplicável à CSLL, parece-nos que não há nenhuma restrição à aplicação, por analogia, dos §§ 15 a 18 do artigo 30 da IN 1.520 à contribuição em questão.

Com efeito, como já apontamos acima e repetimos, a única limitação, prevista no Código Tributário Nacional, para o uso da analogia, refere-se à criação de deveres tributários, conforme abaixo:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

- I – a analogia;
- II – os princípios gerais de direito tributário;
- III – os princípios gerais de direito público;
- IV – a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.” (Destaque nosso)

Examinando-se este dispositivo nota-se que ele autoriza, expressamente, o uso da analogia para a integração da legislação tributária, restringindo seu uso apenas quando do mesmo possa resultar a exigência de tributo não previsto em lei. Como observa Regina Helena Costa:

“[...]se é verdade que o emprego da analogia pode agredir os princípios mencionados em relação às normas que definem diretamente o conteúdo da obrigação tributária – vale dizer, as pertinentes ao fato impositivo e às isenções –, **não parece haver objeção na analogia empregada para estender normas de caráter procedimental, especialmente quando se o faz para defender princípios constitucionais e, em concreto, a própria segurança jurídica.**”²⁸⁵

Neste caso, usando-se como referência as regras existentes para o IRPJ, no que se refere à CSLL a controladora brasileira poderia apurar o crédito da contribuição em tela mediante a multiplicação da alíquota da CSLL pelo lucro total apurado no exterior (§ 17), controlando o crédito no LACS, e utilizando este crédito para a compensação do IRPJ e da CSLL devida em períodos seguintes (§ 19).

3.3.2. CRÉDITO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR POR COLIGADAS

Como vimos, a Lei 12.973 prevê três sistemas de tributação dos lucros de coligadas: (a) tributação de coligadas tributadas pelo regime de caixa (artigo 81); (b) tributação de coligadas sujeitas à tributação pelo regime de competência (artigo 82); e (c) tributação de coligadas equiparadas a controladas (artigo 83).

285 COSTA, Regina Helena. *CursodeDireitoTributário*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.186.

Para as coligadas em geral, a regra de aproveitamento de crédito é a prevista no artigo 88, segundo o qual “a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil poderá deduzir do imposto sobre a renda ou da CSLL devidos o imposto sobre a renda retido na fonte no exterior incidente sobre os dividendos que tenham sido computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que sua coligada no exterior se enquadre nas condições previstas no art. 81, observados os limites previstos nos §§ 4º e 8º do art. 87”.

A compensação do crédito nesse caso, portanto:

- refere-se apenas ao valor do imposto de renda na fonte incidente sobre os dividendos distribuídos para a coligada brasileira. Ou seja, o imposto pago pela coligada em seu país de residência sobre seus lucros não gerará crédito para a coligada no Brasil;
- o crédito somente será possível se os dividendos tiverem sido adicionados à base de cálculo do IRPJ e da CSLL; e
- como dito, a regra de creditamento deste artigo alcança apenas as coligadas sujeitas tributadas na forma do artigo 81 da Lei 12.973 e o limite de crédito será determinado pelos §§ 4º e 8º do artigo 87, antes analisados.

O parágrafo único do artigo 88 traz regra semelhante à prevista no § 7º do artigo 87, ao prever que “na hipótese de a retenção do imposto sobre a renda no exterior vir a ocorrer em momento posterior àquele em que tiverem sido considerados no resultado da coligada domiciliada no Brasil, a dedução de que trata este artigo somente poderá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a retenção, e deverá respeitar os limites previstos no *caput*”.

Um ponto importante é que, como vimos, os incisos II e III do § 1º do artigo 81 da Lei 12.973 também estabelecem como disponibilização dos lucros da coligada estrangeira para a coligada brasileira as seguintes situações: a hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros; e a hipótese de adiantamento de recursos efetuado pela coligada, por conta de venda

futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.

Ora, nesses casos, o pagamento do imposto no exterior, se devido, ocorrerá apenas no futuro. Embora não haja regra expressa sobre o tema na legislação, parece-nos que seria aplicável neste caso o parágrafo único do artigo 88, a permitir que seja utilizado o crédito do imposto no exterior a partir do ano-calendário do seu pagamento.

O crédito a ser utilizado pelas coligadas tributadas pelo regime de caixa foi regulamentado pelo artigo 29 da IN 1.520, a seguir transcrito:

“Art. 29. A pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil poderá deduzir do imposto sobre a renda ou da CSLL devidos o imposto sobre a renda retido na fonte no exterior incidente sobre os dividendos que tenham sido computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que sua coligada no exterior se enquadre nas condições previstas no art. 17.

§ 1º. Na hipótese de a retenção do imposto sobre a renda no exterior vier a ocorrer em momento posterior àquele em que tiverem sido considerados no resultado da coligada domiciliada no Brasil, a dedução de que trata este artigo somente poderá ser efetuada no balanço da coligada domiciliada no Brasil correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a retenção, e deverá respeitar os limites previstos no *caput*.

§ 2º. A pessoa jurídica no Brasil deverá comprovar o pagamento mediante apresentação do documento de arrecadação estrangeiro.”

Para as coligadas submetidas ao regime de competência, tributadas na forma do artigo 82, a Lei 12.973 não trouxe qualquer regra de compensação de imposto pago no exterior.

Não é justificável a opção da lei. Uma vez que a coligada tributada por competência sujeita-se ao mesmo regime de tributação das controladas, parece-nos que a não previsão do crédito nesses casos viola o princípio da isonomia. Com efeito, não é razoável o tratamento diferenciado entre as coligadas dos artigos 81 e 82, no que se refere ao provei-

tamento de crédito de imposto pago no exterior, que tem potencial para gerar bitributação da renda.

A despeito do silêncio da lei, a IN 1.520 trouxe a possibilidade da coligada tributada por competência compensar o imposto corporativo pago pela coligada no exterior. Veja-se, nesse sentido, o disposto no artigo 26 da Instrução Normativa:

“Art. 26. O imposto sobre a renda pago no país de domicílio da coligada de que trata o art. 19 poderá ser compensado com o que for devido no Brasil.

§ 1º. Para efeito de compensação, considera-se imposto sobre a renda pago no país de domicílio da coligada o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem.

§ 2º. A pessoa jurídica no Brasil deverá comprovar o pagamento mediante apresentação do documento de arrecadação estrangeiro.

§ 3º. O tributo pago no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros que houverem sido computados na determinação do lucro real.

§ 4º. Para efeito de compensação, o tributo será considerado pelo valor efetivamente pago, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributo decorrente de qualquer benefício fiscal.”

Este dispositivo chama a atenção pela falta de congruência com o restante das regras sobre compensação de crédito do imposto pago no exterior, no que se refere à comprovação do crédito.

De fato, de acordo com o § 5º, do artigo 25, da IN 1.520, aplicável às controladas, “para fins de dedução, o documento relativo ao imposto sobre a renda pago no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto”.

A seu turno, segundo o § 2º do artigo 26 da mesma instrução normativa, “a pessoa jurídica no Brasil deverá comprovar o pagamento mediante apresentação do documento de arrecadação estrangeiro”.

Ora, em um caso o documento deve ser reconhecido pelo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que pago o imposto. Por outro lado, no outro caso – que sequer tem previsão legal – basta a apresentação do documento de arrecadação estrangeiro.

No caso das controladas equiparadas a controladoras aplicam-se as regras de crédito previstas no artigo 87 da Lei 12.973. De fato, este artigo determina expressamente que “**para os fins dos dispostos nesta Lei**, equipara-se à condição de controladora”. Assim, a equiparação se dá para todos os fins da lei, de modo que não há razão para se imaginar que as regras sobre crédito estariam excluídas da equiparação.

Ainda assim, teria sido aconselhável que o legislador tivesse incluído previsão expressa no artigo 87 prevendo sua aplicação às coligadas equiparadas a controladas, já que o fez, por exemplo, no artigo 80, para reforçar a incidência dos artigos 77 a 79 da Lei 12.973.

3.3.3. CRÉDITO DO IMPOSTO PAGO SOBRE RECEITAS AUFERIDAS POR FILIAL, SUCURSAL OU CONTROLADA NO EXTERIOR

O artigo 89 da Lei 12.973 cuida de situação distinta. Ele se refere ao imposto de renda retido na fonte incidente, **no exterior**, sobre pagamentos feitos a filial ou sucursal de empresa brasileira, ou a controlada de controladora residente no Brasil. Estabelece o artigo 89 que:

“Art. 89. A matriz e a pessoa jurídica controladora ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, domiciliadas no Brasil poderão considerar como imposto pago, para fins da dedução de que trata o art. 87, o imposto sobre a renda retido na fonte no Brasil e no exterior, na proporção de sua participação, decorrente de rendimentos recebidos pela filial, sucursal ou controlada, domiciliadas no exterior.

§ 1º. O disposto no *caput* somente será permitido se for reconhecida a receita total auferida pela filial, sucursal ou controlada, com a inclusão do imposto retido.

§ 2º. Para o imposto sobre a renda retido na fonte no exterior, o valor do imposto a ser considerado está limitado ao valor que o país de domicílio do beneficiário do rendimento permite que seja

aproveitado na apuração do imposto devido pela filial, sucursal ou controlada no exterior.”

Algumas observações. Em primeiro lugar, demonstrando a inconsistência da Lei 12.973, neste artigo 89 fez-se referência expressa à aplicação da regra à coligada equiparada a controladora. Como afirmamos anteriormente, pela redação do artigo 83 tais referências expressas não são necessárias para a aplicação das regras relativas à tributação de controladoras às coligadas equiparadas. Contudo, entendeu-se por bem fazer tais referências em algumas partes da lei; o legislador deveria ter feito as remissões em todas as partes relevantes.

A regra do § 1º é interessante. Basicamente, ela estabelece que se a filial, sucursal ou controlada no exterior reconhecer como resultado o valor líquido, sem computar o montante de imposto pago no exterior, o crédito não poderá ser utilizado no Brasil.

O § 2º do artigo 89 estabelece um segundo limite para o aproveitamento do crédito, que seria o “valor que o país de domicílio do beneficiário do rendimento permite que seja aproveitado na apuração do imposto devido pela filial, sucursal ou controlada no exterior”.

3.4. CRÉDITO PRESUMIDO

Um dos princípios gerais de tributação mais desconsiderados pelo Poder Público é o princípio da generalidade que, vinculado ao princípio da isonomia, vai estabelecer como fim que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, que realizem o mesmo fato econômico, sujeitam-se à mesma incidência tributária. As exceções ao princípio da generalidade só são legítimas quando tenham fundamentos em outros princípios e regras constitucionais.

Feita essa introdução, passamos a cuidar do crédito presumido previsto no § 10 do artigo 87 da Lei 12.973, o qual, além de não se alinhar ao princípio da generalidade da tributação,²⁸⁶ também não observou o já mencionado artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

286 Ver: SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 214.

Prevê o § 10 do artigo 87 da Lei 12.973, com a redação dada pela Lei nº 13.043/2014, que “até o ano-calendário de 2022, a controladora no Brasil poderá deduzir até 9% (nove por cento), a título de crédito presumido sobre a renda incidente sobre a parcela positiva computada no lucro real, observados o disposto no § 2º deste artigo e as condições previstas nos incisos I e IV do art. 91 desta Lei, relativo a investimento em pessoas jurídicas no exterior que realizem as atividades de fabricação de bebidas, de fabricação de produtos alimentícios e de construção de edifícios e de obras de infraestrutura, além das demais indústrias em geral”.

Vê-se, portanto, que a regra basicamente concede um crédito presumido para compensar a CSLL incidente sobre os lucros auferidos no exterior por controladas que atuem nas seguintes atividades:

- Fabricação de bebidas.
- Fabricação de produtos alimentícios.
- Construção de edifícios e obras de infraestrutura.
- Demais indústrias em geral.

A redação deste dispositivo, ao fazer referência a “demais indústrias em geral” carece de concretude. O que seriam, para fins desta regra, “indústrias em geral”? Seria a regra aplicável a indústrias, no sentido de empresas cuja atividade fim seja a industrialização, conforme definido, por exemplo, no artigo 4º do Regulamento do IPI?²⁸⁷ Ou a expres-

287 “Art. 4º. Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único): I – a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação); II – a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento); III – a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem); IV – a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou recondicionamento); ou V – a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento). Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o

são “indústrias em geral” teria sido utilizada como sinônima de setores econômicos?

Uma interpretação literal levaria à primeira opção. Contudo, a redação deste dispositivo pode levar a controvérsias.

Além das atividades previstas no § 10 do artigo 87 da Lei 12.973, a Portaria MF nº 427/2014 incluiu outras atividades no escopo do crédito presumido de CSLL, a saber:

- Indústria de transformação.
- Extração de minérios.
- De exportação, sob concessão, de bem público localizado no país de domicílio da controlada.

Em princípio, a regra de crédito presumido de foi consolidada no artigo 28 da IN 1.520, abaixo transcrito:

“28. Até o ano-calendário de 2022, a controladora domiciliada no Brasil poderá deduzir crédito presumido de imposto no valor de até 9% (nove por cento) incidente sobre a parcela positiva computada no lucro real relativo a investimento em pessoas jurídicas no exterior que realizem as atividades previstas no § 1º.

§ 1º Poderão se beneficiar do crédito previsto no *caput* as seguintes atividades:

- I – fabricação de bebidas;
- II – fabricação de produtos alimentícios;
- III – construção de edifícios e de obras de infraestrutura;
- IV – indústria de transformação;
- V – extração de minérios; e
- VI – exploração, sob concessão, de bem público localizado no país de domicílio da controlada. [...].”

Interessante notar que, mesmo tendo a IN 1.520 sido editada após a publicação da Lei nº 13.043/2014, a Instrução Normativa deixou de elencar, entre os casos de possibilidade de aproveitamento de lucro pre-

processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.”

sumido o caso de controlada que se caracteriza como “demais indústrias em geral”.

Considerando os comentários anteriores, é possível concordar com Ramon Tomazela Santos, para quem “a expressão ‘indústrias em geral’ deve ser interpretada de forma ampla, para alcançar qualquer atividade produtiva realizada no exterior que apresente os requisitos necessários à sua caracterização como industrial, sob pena de violação injustificada ao princípio da generalidade”.²⁸⁸

Sendo a regra que prevê a utilização do crédito presumido autoaplicável, a ausência de previsão na instrução normativa não deve ser empecilho para a fruição do benefício.

Um ponto interessante de observação aqui é que, ao contrário do que se fez no § 3º do artigo 77, onde se atentou para o disposto no § 1º do art. 91 da Lei nº 12.708/12, para estabelecer o prazo de cinco anos para a desoneração lá prevista, no caso do crédito presumido, foi silente a Lei 12.973.

O § 11 do artigo 87 determina que “o Poder Executivo poderá, desde que não resulte em prejuízo aos investimentos no País, ampliar o rol de atividades com investimento em pessoas jurídicas no exterior de que trata o § 10”. Foi com base nesta delegação legislativa que a mencionada Portaria MF nº 427/2014 foi editada.

A previsão da possibilidade de concessão de benefícios fiscais de forma quase subjetiva é inconstitucional e antidemocrática. A concessão do crédito presumido pode ser uma maneira de minorar os efeitos negativos da sistemática brasileira de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior. Contudo, sendo esse o caso, deveria ser aplicável a todos os contribuintes de forma indistinta.

Vale notar que o crédito presumido somente será aplicável quando a controlada:

1. não se sujeitar a regime de subtributação;

²⁸⁸ SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 213.

2. não for localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não for beneficiária de regime fiscal privilegiado;
3. não for controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não for beneficiária de regime fiscal privilegiado; e
4. que não tenha renda ativa própria igual ou superior a 80% (oitenta por cento) da sua renda total.

3.4.1. LIMITE TEMPORAL PARA UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO

Como vimos, os requisitos para a apropriação do crédito presumido são encontrados no § 10 do artigo 87 da Lei 12.973 e são os seguintes:

- Que os lucros auferidos pela controlada no exterior, individualizadamente ou de forma consolidada, tenham integrado a parcela positiva computada no lucro real.
- Que não se verifiquem as situações previstas nos incisos I a IV do artigo 91 da Lei 12.973.
- Que a controlada no exterior atue em uma das áreas listadas – de forma taxativa – no § 10 do artigo 87 da Lei 12.973.

Como vimos, esta matéria foi regulamentada pelo artigo 28 da IN 1.520, cujo § 3º estabelece que “para fins de apuração dos limites previstos nos §§ 8º a 11 do art. 30, o valor do imposto sobre a renda e adicional e da CSLL devido no Brasil será considerado após a dedução do crédito previsto no *caput*”.

Ao se analisar este artigo 28, verifica-se que a única regra que não se encontra prevista no § 10 do artigo 87 da Lei 12.973 é aquela incluída neste § 3º do artigo 28 da IN 1.520.

Este § 3º vincula-se aos §§ 8º a 11 do artigo 30 da mesma IN 1.520, que transcrevemos novamente para clareza dos comentários a seguir:

“§ 8º O valor do tributo pago no exterior a ser deduzido não poderá exceder o montante do imposto sobre a renda, inclusive adicional, e CSLL, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados, incluído na apuração do lucro real.

§ 9º Para efeito do disposto no §8º, a pessoa jurídica, no Brasil, deverá calcular o valor:

I – do imposto pago no exterior, correspondente aos lucros de cada filial, sucursal, controlada, direta ou indireta, ou coligada que houverem sido computados na determinação do lucro real;

II – do imposto sobre a renda e CSLL devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros auferidos no exterior.

§ 10. Efetuados os cálculos na forma do § 9º, o tributo pago no exterior, passível de dedução, não poderá exceder o valor determinado segundo o disposto no inciso I do § 9º, nem à diferença positiva entre os valores calculados sobre o lucro real com e sem a inclusão dos referidos lucros, conforme inciso II do § 9º.

§ 11. Para fins do disposto nos §§ 9º e 10, o cálculo do valor do tributo pago no exterior passível de dedução deve ser efetuado antes da compensação de prejuízo fiscal acumulado no Brasil relativo a anos-calendário anteriores.”

Esses parágrafos estabelecem os limites para a compensação do crédito de imposto pago no exterior. Para os fins desta análise, a regra mais relevante é a prevista no inciso II do § 9º acima, que serve para determinar o montante de tributo pago sobre os lucros auferidos do exterior. Considerando o § 3º do artigo 28 da IN 1.520, vemos que este basicamente estabelece que o valor do tributo devido no Brasil, limite para a compensação do imposto pago no exterior, deve ser determinado após a compensação do crédito presumido de 9%.

O § 3º do artigo 28, como vimos, não tem base legal explícita. De fato, o §4º do artigo 87 da Lei 12.973 estabelece que “o valor do tributo pago no exterior a ser deduzido não poderá exceder o montante do imposto sobre a renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados, incluído na apuração do lucro real”. Contudo, o artigo 87 não trouxe nenhuma regra sobre a interação entre o crédito presumido de 9% e este limite do § 4º, a qual apareceu veiculada na IN 1.520, sem previsão em lei.

Independentemente da falta de base legal clara do § 3º do artigo 28 da IN 1.520, em uma situação em que o lucro real da controladora brasileira é superior ao lucro auferido pela controlada – ou controladas – no exterior, à primeira vista não há prejuízo em seguir a ordem estipulada pela IN 1.520.

De outra parte, não se pode perder de vista que o regime de aproveitamento de crédito de imposto pago no exterior nos casos em que a controladora teve prejuízo, ou apurou lucro real inferior ao lucro do exterior, é distinto, como já analisamos acima.

Tendo essa observação em mente, e considerando o disposto tanto na Lei 12.973 e na IN 1.520, é possível sustentar o seguinte:

- Os requisitos para a apropriação do crédito presumido de 9% são aqueles incluídos no § 10 do artigo 87 da Lei 12.973. Esses requisitos foram basicamente replicados no artigo 28 da IN 1.52.
- Atendidas essas condições, a controladora brasileira tem direito de se apropriar do crédito presumido de 9%.
- Não há nenhuma regra, seja na Lei 12.973, seja na IN 1.520, estabelecendo que no caso de o crédito presumido não poder ser utilizado no ano em que apurado ele não poderá ser aproveitado em anos posteriores.
- O § 3º do artigo 28 da IN 1.520 traz regra não prevista na Lei 12.973, criando uma precedência temporal entre a compensação do crédito presumido de 9% e a determinação do limite compensável com o imposto pago no exterior. Contudo, este dispositivo não deveria ser aplicado aos casos onde a controladora teve prejuízo, ou lucro real inferior ao lucro do exterior.

Capítulo VI

OUTRAS DISPOSIÇÕES RELEVANTES

1. Postergação do Pagamento. 2. Obrigações Acessórias. 3. Efeitos da Lei 12.973. 4. Padrões Contábeis. 5. Revogação do Prazo Decadencial do § 4º do Artigo 1º da Lei nº 9.532/97. 6. Fiscalizações sobre Atos Praticados pela Controlada no Exterior. 7. Lucros no Exterior e Decadência. 8. Lucros no Exterior e Prescrição. 8.1. Prescrição da Pretensão da Fazenda. 8.2. Prescrição da Pretensão do Contribuinte.

1. POSTERGAÇÃO DO PAGAMENTO

O artigo 90 da Lei 12.973²⁸⁹ trouxe uma regra específica de postergação do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos por controladoras e coligadas desenquadradas (artigo 82). Embora não seja feita referência às coligadas equiparadas a controladoras, mais uma vez demonstrando a inconsistência da redação da lei, a postergação deve ser também aplicada a esses casos. Eis a redação do *caput* desse dispositivo:

“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.”

O artigo 90 deixa claro que o mesmo traz uma **postergação do pagamento** e não da adição dos lucros auferidos no exterior pela controlada ou coligada desenquadrada. Este fato fica mais claro na redação do § 2º do artigo 90, segundo o qual “a opção, na forma prevista neste artigo, aplica-se, exclusivamente, ao valor informado pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil em declaração que represente confissão de dívida e constituição do crédito tributário, relativa ao período de apuração dos resultados no exterior, na forma estabelecida pela Receita Federal do Brasil – RFB”.

Embora a matéria da constituição do crédito tributário pelo contribuinte seja controvertida, está pacificado nos Tribunais Superiores que, de fato, a declaração feita pelo contribuinte tem tal efeito²⁹⁰. Portanto, para que se possa falar em postergação do pagamento é requisito que o crédito tributário esteja constituído via declaração.

289 Artigo 32 da IN 1.520.

290 Ver: ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal: Controle Administrativo do Lançamento Tributário*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 305-322.

Sendo uma mera postergação do pagamento, previu a lei que **o mesmo é opcional**, estabelecendo, ainda, a correção dos valores diferidos no § 4º do artigo 90, que estabelece que “o valor do pagamento, a partir do 2º (segundo) ano subsequente, será acrescido de juros calculados com base na taxa *London Interbank Offered Rate – Libor*, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de 12 (doze) meses, referente ao último dia útil do mês civil imediatamente anterior ao vencimento, acrescida da variação cambial dessa moeda, definida pelo Banco Central do Brasil, *pro rata tempore*, acumulados anualmente, calculados na forma definida em ato do Poder Executivo, sendo os juros dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL”.

O artigo 90 prevê que o IRPJ e a CSLL diferidos serão tributados na distribuição dos resultados para a empresa brasileira, presumindo uma distribuição de 12,50% no primeiro ano. O restante terá que ser tributado em até 8 anos do período de apuração dos lucros. Durante esses oito anos, havendo a efetiva distribuição dos lucros para a controladora ou coligada (artigo 82) no Brasil esta deverá pagar o IRPJ e a CSLL proporcionais ao montante distribuído. Já no caso de “fusão, cisão, incorporação, encerramento de atividade ou liquidação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, o pagamento do tributo deverá ser feito até a data do evento ou da extinção da pessoa jurídica, conforme o caso” (§ 3º).

Vale observar que esta é a única passagem onde a Lei 12.973 atribui qualquer relevância à distribuição de dividendos no que se refere à tributação dos lucros de controladas no exterior. Portanto, é razoável afirmar que, na nova sistemática, não há que se falar, em nenhum momento, que a distribuição de lucros ou dividendos seria passível de tributação no Brasil. A tributação pelo IRPJ e a CSLL incide sempre sobre os **lucros** (ou 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). O pagamento de dividendos só é relevante para antecipar o pagamento dos tributos diferidos na forma do artigo 90.

A postergação do pagamento só pode ser feita com observância do artigo 91 abaixo:

“Art. 91. A opção pelo pagamento do imposto sobre a renda e da CSLL, na forma do art. 90, poderá ser realizada somente em relação à parcela dos lucros decorrentes dos resultados considerados na apuração da pessoa jurídica domiciliada no Brasil de controlada, direta ou indireta, no exterior:

I – não sujeita a regime de subtributação;

II – não localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não beneficiária de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

III – não controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida ao tratamento tributário previsto no inciso II do *caput*; e

IV – que tenha renda ativa própria igual ou superior a 80% (oitenta por cento) da sua renda total, conforme definido no art. 84.”

Pela leitura desse dispositivo, caso a controlada ou a coligada (artigo 82) se enquadre em algum desses casos o IRPJ e a CSLL incidentes sobre o seu resultado não poderão ser diferidos.²⁹¹ O § 1º do artigo 90 dispõe sobre a infração a este dispositivo, que ocorreria caso a pessoa jurídica brasileira diferisse o pagamento dos mencionados tributos mesmo que presente uma das situações acima. Nesse caso, a Lei 12.973 previu a aplicação de uma multa isolada de 75% sobre o valor do tributo declarado pelo contribuinte.

2. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Uma das características marcantes do regime de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior previsto na Lei 12.973 é o aumento significativo do *compliance* ao qual encontram-se submetidas as empresas brasileiras. De fato, o artigo 35 da IN 1.520 trouxe a

291 Para Alberto Xavier a previsão desses requisitos para o diferimento seria incompatível com o princípio da isonomia, já que não haveria relação entre os requisitos e a restrição imposta. Ver: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 496-499.

previsão de nada menos do que sete novos demonstrativos que devem ser enviados à Receita Federal pelos contribuintes. Em textual:

“Art. 35. A pessoa jurídica no Brasil deverá informar na Escrituração Contábil Fiscal (ECF) de que trata a Instrução Normativa RFB nº 1.422, de 19 de dezembro de 2013, os seguintes demonstrativos:

- I – Demonstrativo de Resultados no Exterior;
- II – Demonstrativo de Consolidação;
- III – Demonstrativo de Prejuízos Acumulados no Exterior;
- IV – Demonstrativo de Rendas Ativas e Passivas;
- V – Demonstrativo de Imposto Pago no Exterior;
- VI – Demonstrativo de Estrutura Societária no Exterior; e
- VII – Demonstrativo de Resultados no Exterior auferidos por intermédio de Coligada em Regime de Caixa.”

Os artigos 36 a 42 da IN 1.520 disciplinam cada um desses demonstrativos, os quais serão apresentados pelas empresas na ECF.

3. EFEITOS DA LEI 12.973

Segundo o artigo 119 da Lei 12.973 as suas regras sobre Tributação em Bases Universais entrarão em vigor em 01 de janeiro de 2015. Entretanto, o artigo 96 da referida lei permite à pessoa jurídica “icação das disposições contidas nos arts. 76 a 92 desta Lei para o ano-calendário de 2014”. Pelo § 1º deste mesmo artigo 96, “a opção de que trata o *caput* será irretratável e acarretará a observância de todas as alterações trazidas pelos arts. 76 a 92 a partir de 1º de janeiro de 2014”.

A opção prevista neste artigo foi regulamentada pela Instrução Normativa RFB nº 1.469, de 28 de maio de 2014. O prazo para a opção ali prevista foi inicialmente prorrogado pela Instrução Normativa RFB nº 1.478, de 7 de julho de 2014. Posteriormente a Instrução Normativa RFB nº 1.484/2014 alterou a Instrução Normativa RFB nº 1.469/2014 para prever que a opção seria formalizada na DCTF referente aos fatos geradores ocorridos no mês de agosto. A Instrução Normativa RFB

nº 1.499/2014 prorrogou para novembro o prazo de apresentação da DCTF de agosto, ao mesmo tempo que autorizou a realização da opção na DCTF do mês de dezembro.

4. PADRÕES CONTÁBEIS

O artigo 95 da Lei 12.973 incluiu um § 7º no artigo 25 da Lei nº 9.249/95, que estabeleceu que “os lucros serão apurados segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio” (§ 1º do artigo 8º da IN 1.520).

Este dispositivo merece algumas críticas. A primeira delas é ter-se optado por alterar a Lei nº 9.249/95, enquanto que o mais adequado teria sido incluir esta disposição nos artigos 76 e 77 da própria Lei 12.973. De outro lado, optou-se por fazer referência à “legislação comercial do país de domicílio”.

Ramon Tomazela Santos nos aponta que a inclusão deste dispositivo no artigo 25 da Lei 9.249 deveu-se à existência de controvérsias sobre a interpretação do inciso I do § 2º de seu artigo 25, segundo o qual “as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, **segundo as normas da legislação brasileira**”.²⁹²

Considerando que o artigo 6º da IN 213 já estabelecia em 2002 que “as demonstrações financeiras das filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, **serão elaboradas segundo as normas da legislação comercial do país de seu domicílio**”, é de se estranhar a existência desta controvérsia, que foi criticada pelo citado autor.

De toda maneira, considerando que a Lei 12.973 trouxe um novo regime integral de tributação de lucros auferidos controladas e coligadas no exterior, realmente não faz sentido que se tenha feito qualquer alteração na Lei 9.249.

O § 2º do artigo 8º da IN 1.520 repetiu a regra que antes estava presente no inciso I do artigo 6º da Instrução Normativa nº 213/02, ao

292 SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 75.

estabelecer que “nos casos de inexistência de normas expressas que regulem a elaboração de demonstrações financeiras no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, estas deverão ser elaboradas com observância dos princípios contábeis geralmente aceitos, segundo as normas da legislação brasileira”.

5. REVOGAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL DO § 4º DO ARTIGO 1º DA LEI Nº 9.532/97

O artigo 99 da Lei 12.973 estabelece que “o prazo de que trata o § 4º do art. 1º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não se aplica a partir da entrada em vigor do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001”.

Segundo o § 4º da Lei nº 9.532/97, “os créditos de imposto de renda de que trata o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, relativos a lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, somente serão compensados com o imposto de renda devido no Brasil se referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital forem computados na base de cálculo do imposto, no Brasil, até o final do segundo ano-calendário subsequente ao de sua apuração”.

A finalidade deste dispositivo era induzir o pagamento ou crédito do lucro auferido pela controlada ou coligada no exterior já que, se tal lucro não fosse adicionado ao lucro real no prazo de dois anos, o direito ao crédito do imposto pago no exterior decairia. Ou seja, em um sistema em que a tributação dependia do pagamento ou crédito dos lucros, este dispositivo induzia tal pagamento ou crédito.

Como regra geral, este dispositivo perdeu o sentido logo que o artigo 74 da MP 2.158 entrou em vigor. Com efeito, se os lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior passaram a ser tributados automaticamente a cada 31 de dezembro, não era mais necessária a indução para o seu pagamento ou crédito.

O artigo 99 da Lei 12.973 veio reconhecer a situação descrita acima, ao estabelecer que, desde a entrada em vigor da MP 2.158 não se aplica o § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.532/97.

O disposto no *caput* desse artigo foi complementado pelo seu § 1º, segundo o qual “na hipótese de existência de lançamento de ofício sem a observância do disposto no *caput*, fica assegurado o direito ao aproveitamento do imposto pago no exterior, limitado ao imposto correspondente ao lucro objeto do lançamento”.

O § 2º, por sua vez, esclarece que o disposto no *caput* do artigo 99 também é aplicável “aos débitos ainda não constituídos que vierem a ser incluídos no parcelamento de que trata o art. 40 da Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013”.

6. FISCALIZAÇÕES SOBRE ATOS PRATICADOS PELA CONTROLADA NO EXTERIOR

Um aspecto importante a ser analisado refere-se à competência das autoridades da Receita Federal do Brasil para solicitar documentos referentes às operações das controladas diretas ou indiretas de empresas brasileiras, junto à controladora residente no Brasil.

O tema dos limites à fiscalização tributária é um dos mais carentes de tratamento legislativo, praticamente não havendo regras sobre a matéria. De toda maneira, somos da opinião de que as autoridades brasileiras carecem de competência para solicitar informações e documentos de empresas estrangeiras, notificando suas controladoras brasileiras.

Com efeito, não tendo as autoridades fiscais brasileiras competência para fiscalizar as empresas não residentes, não pode forçar a empresa residente no Brasil a lhe fornecer informações e documentos sobre tais empresas estrangeiras.

Existe um canal institucional para que autoridades brasileiras obtenham informações sobre empresa estrangeira e tal canal é a troca de informações, baseada em tratado internacional.

Tanto assim que a existência da troca de informações foi prevista pelo artigo 78 da Lei 12.973 como um requisito para a consolidação. Somente na ausência de tratado de troca de informações e, ainda assim, apenas se o contribuinte quiser consolidar os resultados da investida no

exterior, exige-se a apresentação de documentação suporte das operações da controlada.

Desta forma, não restam dúvidas quanto à incompetência das autoridades fiscais brasileiras para “fiscalizar” empresas estrangeiras por intermédio da empresa brasileira.²⁹³

Os comentários acima devem ser examinados à luz do artigo 94 da Lei 12.973, segundo o qual “para fins do disposto nesta Lei, as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil deverão manter disponível à autoridade fiscal documentação hábil e idônea que comprove os requisitos nela previstos, enquanto não ocorridos os prazos decadencial e prescricional”.

Este dispositivo não se refere, especificamente, às regras de tributação de lucros auferidos no exterior. Com efeito, ele é aplicável a todos os dispositivos da Lei 12.973 – incluindo a primeira parte, que cuida do fim do Regime Tributário de Transição.

Considerando a aplicação deste artigo 94 ao regime brasileiro de tributação em bases universais, entendemos que a obrigação de manter a documentação hábil e idônea disponível para as autoridades fiscais apenas será aplicável no que se refere à documentação da própria controladora ou coligada brasileira, não alcançando controladas, diretas ou indiretas, ou coligadas no exterior.

7. LUCROS NO EXTERIOR E DECADÊNCIA

Vistas, em sua integralidade, as disposições da Lei 12.973 a respeito da tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, analisaremos neste item a aplicação das regras de decadência nos casos em que o contribuinte não as observa.

293 Ramon Tomazela Santos chega a uma conclusão intermediária, afirmando que “é razoável entender que a pertinência das solicitações das autoridades fiscais deve ser avaliada em cada caso concreto, a depender das circunstâncias envolvidas e da espécie de vínculo entre as sociedades” (SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 83).

A decadência do direito da Fazenda de constituir o crédito tributário encontra-se prevista nos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional, abaixo transcritos:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º. O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º. Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º. Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Regra geral, a decadência nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação segue o previsto no artigo 150, § 4º do Código, enquanto que no caso dos tributos lançados de ofício e por declaração o artigo 173 do CTN. Sendo assim, tratando-se o IRPJ e a CSLL de tributos lançados por homologação o Fisco teria cinco anos, contados do momento da ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário.

Nada obstante, esta é apenas a regra geral. Há duas situações em que o prazo decadencial aplicável a tributos sujeitos ao lançamento por homologação, desloca-se do 150, § 4º para o artigo 173, a primeira prevista no próprio § 4º e a segunda criada pela jurisprudência.²⁹⁴

A parte final do 150, § 4º, do CTN esclarece que o ali disposto não se aplica quando “comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Nesses casos, o prazo de decadência passará a ser contado pelo artigo 173 do Código.

Além desta hipótese, prevista no CTN, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça desenvolveu uma segunda, ao pacificar-se no sentido de que para a aplicação 150, § 4º, do CTN, impõe-se que tenha havido algum pagamento por parte do contribuinte. Assim, caso nada tenha sido antecipado, não havendo o que se homologar, o prazo decadencial passaria a ser contado de acordo com o artigo 173 do Código.

Veja-se, nesse sentido, a tese firmada no julgamento do Recurso Especial nº 973.733/SC, julgado pela sistemática dos recursos repetitivos (tema 163): “O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito”.

Partindo desta orientação, o prazo decadencial aplicável ao IRPJ e à CSLL seria determinado com base no artigo 150, § 4º, do CTN, nos

294 Ver GOMES, Marcus Lívio. *Extinção do Crédito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 130-131.

casos onde ausente qualquer dolo, fraude ou simulação, ou, ainda, nos casos em que o contribuinte tenha feito um pagamento antecipado passível de homologação.

Esta posição parecia consolidada no âmbito do STJ, quando, em 2015, foi publicada a Súmula nº 555 deste Tribunal, segundo a qual **“quando não houver declaração do débito**, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”. (Destaque nosso)

O enunciado desta súmula parecia indicar que, em todo caso em que não houvesse declaração do tributo pelo contribuinte, a contagem do prazo decadencial seria determinada pelo artigo 173 do CTN, tendo havido antecipação do pagamento ou não.

Contudo, a análise de decisões mais recentes do STJ confirma que o Tribunal segue sustentando a posição no sentido de que o artigo 173 do CTN somente será aplicável a tributos sujeitos ao lançamento por homologação nos casos em que não houver pagamento antecipado por parte do contribuinte, como inferimos das decisões abaixo transcritas:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO REFERENTE À COMPETÊNCIA DE DEZEMBRO. ART. 173, I, DO CTN.

1. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

2. Segundo entendimento jurisprudencial desta Corte, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o vencimento da obrigação relativa à competência de dezembro somente ocorre em janeiro do próximo ano, razão pela qual é em janeiro do ano

subsequente que se inicia a contagem do prazo previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional. Precedentes. [...]” (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.667.717. Primeira Turma. Publicação em 21 de outubro de 2021.)²⁹⁵

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECADÊNCIA. PAGAMENTO A MENOR, EM DECORRÊNCIA DE DIMENSIONAMENTO INCORRETO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO E DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. ART. 150, § 4º, DO CTN. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, PARA CONHECER, EM PARTE, DO RECURSO ESPECIAL, E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PROVIMENTO.

I. Agravo em Recurso Especial interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se Embargos à Execução Fiscal, objetivando, no que remanesce no presente Recurso Especial, o reconhecimento da decadência do crédito tributário, no período anterior a novembro de 2005, quanto aos fatos geradores de janeiro a outubro de 2005, considerando a notificação fiscal ocorrida em novembro de 2010. O Juízo singular julgou improcedentes os pedidos, consignando, em relação à decadência, que, em se tratando de “imposto não pago”, aplicar-se-ia o disposto no art. 173 do CTN, de modo que “o termo inicial da contagem dos cinco anos iniciou-se em 01.01.2006”, sendo a notificação fiscal de 05/11/2010. O Tribunal a quo, mantendo a sentença, negou provimento à Apelação.

III. O termo inicial do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação – como é o caso, em regra, do ICMS –, depende da circunstância de ter o contribuinte antecipado, ou não, o pagamento da exação. Com efeito, nos termos da Súmula 555 do STJ, “quando não houver declaração do débito,

295 Ver, também, os seguintes julgamentos da Primeira Turma: Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.127.056, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.288.853 e Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.586.490.

o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” (PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 15/12/2015). Ou seja, não antecipado o pagamento, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento. Por outro lado, antecipado o pagamento do tributo, o prazo decadencial observa o art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, desde a ocorrência do fato gerador inicia-se o prazo decadencial para o lançamento suplementar, sob pena de homologação tácita do lançamento. Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.817.191/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/04/2020; AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/10/2018.

IV. Na espécie, o Tribunal de origem, acolhendo, na íntegra, os fundamentos da sentença, ao consignar que “a hipótese dos autos versa sobre imposto não informado, isto é, imposto não pago”, assentou que o prazo decadencial observaria o disposto no art. 173, I, do CTN. Não obstante, em seguida, a Corte a quo asseverou que houve “diferença apurada pelo Fisco no procedimento fiscal que culminou com o Auto de Lançamento número 18732690”, concluindo que “a CDA em execução fiscal refere-se a imposto não informado, porque objetiva o pagamento da diferença entre o que foi então declarado e pago e o que não foi nem declarado e nem pago”. Como se nota, o “imposto não pago” a que se refere o acórdão recorrido é, na verdade, a diferença a menor entre o que foi pago pelo contribuinte e o que foi apurado, posteriormente, no lançamento complementar, pelo Fisco, em decorrência do creditamento integral, realizado pelo contribuinte, e do diferencial de alíquotas.

V. Em casos tais, o prazo decadencial rege-se pelo art. 150, § 4º, do CTN, tendo início na data da ocorrência do fato gerador. “Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão

jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despiciendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN” (STJ, AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 07/11/2011). Em idêntico sentido: STJ, AgInt no REsp 1.774.844/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/09/2019; AgInt no AREsp 794.369/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/05/2019; AgInt no AREsp 1.425.553/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/05/2019; AgInt no REsp 1.842.061/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 18/12/2019. [...]” (Agravo em Recurso Especial nº 1.471.958. Segunda Turma. Publicação em 24 de maio de 2021.)²⁹⁶

Todas essas considerações devem levar em conta que, tendo em conta a já consolidada jurisprudência do STJ, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nos casos em que o contribuinte declara o montante devido, sem fazer o correspondente pagamento, o crédito tributário já terá sido constituído pelo contribuinte, não havendo mais que se falar em prazo decadencial, mas sim, em prazo prescricional para a exigência do crédito tributário já constituído.

Em outras palavras, caso o contribuinte tenha declarado o montante de tributo devido, sem fazer o respectivo pagamento, o crédito tribu-

296 Ver, também, os seguintes julgamentos da Segunda Turma: Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.871.277 e Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.817.191.

tário correspondente àquele montante já declarado terá sido constituído pelo sujeito passivo, não sendo mais aplicáveis as regras de decadência previstas no Código Tributário Nacional.

Em resumo, nos casos em que o contribuinte tiver declarado o IRPJ e a CSLL devidos sobre os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior, sem realizar o pagamento respectivo, não há que se falar em decadência.

De outro lado, não havendo declaração, tendo sido feitos pagamentos de IRPJ e CSLL a menor, em razão da não adição dos lucros do exterior, considerando a jurisprudência do STJ entendemos que deveria ser aplicado o prazo decadencial de cinco anos previsto no § 4º do artigo 150 do CTN, assumindo que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, caso em que o prazo passaria a ser contado conforme o artigo 173 do CTN.

Feitos esses comentários, resta analisarmos qual o termo inicial da contagem dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173 do Código Tributário Nacional. O primeiro dispositivo estabelece como termo inicial a ocorrência do fato gerador, enquanto o segundo parte do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A primeira questão é quando ocorre o fato gerador do IRPJ e da CSLL, estando hoje pacificado que o mesmo se materializa em 31 de dezembro de cada ano – assumindo uma apuração anual.

Considerando as regras de tributação de lucros auferidos no exterior, será exatamente o momento da ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL que marcará o início do prazo de decadência relacionado à constituição de créditos tributários decorrentes de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Dessa forma, é a adição do lucro em 31 de dezembro que importa, e não o momento em que o lucro foi auferido no exterior.

Esta orientação foi seguida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão nº 9101-002.223 (publicado em 04 de março de 2016):

“Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ Ano-calendário: 2002 Ementa: DECADÊNCIA – ASPECTO TEMPORAL DO FATO GERADOR – LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADA OU COLIGADA EM 1996 E 1997. A IN SRF nº 38/96, ao considerar que os lucros no exterior auferidos em 1996 e 1997 deveriam ser reconhecidos pela controladora ou coligada no Brasil somente quando disponibilizados, adotou a única interpretação possível para a tributação de lucros no exterior. A fixação do termo inicial da contagem do prazo decadencial, na hipótese de lançamento sobre lucros disponibilizados no exterior, deve levar em consideração a data em que se considera ocorrida a disponibilização, e não a data do auferimento dos lucros pela empresa sediada no exterior (Súmula CARF nº 78). Recurso Especial do Contribuinte Negado.”

8. LUCROS NO EXTERIOR E PRESCRIÇÃO

Durante décadas firmou-se no Direito brasileiro o entendimento de que a prescrição atingiria o direito de ação em virtude do decurso do tempo, enquanto a decadência extinguiria o próprio direito (potestativo) por conta da passagem do tempo.

Focando nossos comentários no instituto da prescrição, que nos interessa neste tópico, a interpretação no sentido de que esta atinge o direito de ação do sujeito ativo tem longa raiz no Direito brasileiro. Clóvis Beviláqua definia a prescrição como “a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”.²⁹⁷

Câmara Leal, em seu clássico estudo acerca da prescrição e da decadência, definia a prescrição como sendo a “extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”.²⁹⁸ Esta mesma posição

297 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975. p. 286-287.

298 LEAL, Antonio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 26.

é sustentada por outros respeitáveis autores, como Orlando Gomes,²⁹⁹ Sílvio Rodrigues³⁰⁰ e Maria Helena Diniz.³⁰¹

Esta interpretação, contudo, mostra-se incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, partindo da prevalência da teoria do direito abstrato de agir, a ação deve ser considerada como um direito público, subjetivo, abstrato, genérico e indeterminado.³⁰² Como assevera Alexandre Freitas Câmara, a ação seria “simplesmente, o direito de provocar a atuação do Estado juiz. Em outros termos, para esta teoria a ação é um direito de se obter um provimento jurisdicional, qualquer que seja o seu teor. Para esta concepção da ação, este seria um direito inerente à personalidade, sendo certo que todos seriam titulares do mesmo, o que significa dizer que todos teriam o direito de provocar o Estado-Juiz, a fim de que se exerça a função jurisdicional”.³⁰³

A Constituição Federal, ao trazer o **princípio da inafastabilidade da jurisdição**,³⁰⁴ garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, de modo que não se pode afastar o direito à prestação jurisdicional do Estado, mesmo diante da fluência do tempo.

Ora, se a prescrição não vulnera o direito de ação, o que seria então por ela extinto?

A resposta a esta questão é encontrada na análise da distinção entre **direito subjetivo e pretensão**. A questão foi bem analisada por Ovídio Baptista da Silva, para quem:

“Se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há o *status* que corresponde a

299 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 509.

300 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I. p. 324-325.

301 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 337.

302 Ver: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I. p. 285-286.

303 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. v. I. p. 99. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 12.

304 Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

tal categoria do direito das obrigações, porém ainda não disponho da faculdade de exigir que o devedor cumpra o dever correlato, satisfazendo o meu direito de crédito. No momento que ocorrer o vencimento, nasce-me uma nova faculdade, de que meu direito subjetivo passará a dispor, qual seja a de *poder exigir* que o devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Neste momento, diz-se que o direito subjetivo – que já existia, embora se mantivesse em estado de latência – adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de pretensão.”³⁰⁵

Em perfeita síntese, afirmava Pontes de Miranda que “pretensão é a posição subjetiva *de poder exigir de outrem* alguma prestação positiva ou negativa”.³⁰⁶ (Destaque nosso)

É nesta distinção entre **direito subjetivo** e **pretensão** que encontramos o alvo da prescrição. Ela não atinge o direito de ação – enquanto direito a uma prestação jurisdicional do Estado. Igualmente, ela não atinge o próprio direito subjetivo. A prescrição extingue a pretensão do sujeito ativo, ou seja, **ela alcança a exigibilidade do seu direito**.

Exatamente por alcançar a *exigibilidade* de um direito é que **só se pode falar em prescrição no contexto de direitos subjetivos** – ou seja, de direitos aos quais corresponde uma contraprestação e que, portanto, podem ser objeto de lesão.³⁰⁷

Esta orientação foi incorporada ao Código Civil Brasileiro de 2002 que, em seu artigo 189, estabelece que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

Considerando esses comentários introdutórios, podemos fixar a premissa de que **a prescrição alcança a exigibilidade de uma pretensão**, em virtude do seu não exercício no prazo estabelecido em lei.

305 SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 78.

306 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. t.V. p. 503.

307 Ver: DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Rio, 1979. p. 399.

8.1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DA FAZENDA

A prescrição da pretensão da fazenda referente a créditos tributários decorrentes da adição, no lucro real e na base de cálculo da CSLL, de lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior, é contada com base no artigo 174 do CTN, sendo de cinco anos, contatos da constituição definitiva do crédito tributário.

Tal constituição definitiva do crédito tributário pode se dar em razão da declaração do crédito pelo próprio sujeito passivo, ou decorrer de lançamento de ofício formalizado pelas autoridades fiscais.

8.2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DO CONTRIBUINTE

A prescrição da pretensão do contribuinte à recuperação de tributos indevidamente recolhidos, ou recolhidos em valor superior ao devido, conta-se com base no artigo 168 do Código Tributário Nacional, segundo o qual:

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II – na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

O inciso I do artigo 168 deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, que estabelece que “para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”.

Dessa maneira, o prazo para a repetição do indébito, nesses casos, terá seu termo inicial no momento do pagamento antecipado feito pelo contribuinte.

Há uma segunda regra, prevista no artigo 169 do CTN, que prevê o prazo de dois anos para o exercício de pretensão de anulação de decisão que denegar restituição de tributo. Em textual:

“Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.”

Este dispositivo somente será aplicado caso o contribuinte tenha postulado a repetição de indébito decorrente da tributação de lucros de controladas ou coligadas no exterior, sendo a devolução – em moeda ou via compensação – negada pela Fazenda Pública.

Capítulo VII

REGIME BRASILEIRO DE TBU

E AS RECOMENDAÇÕES DO

PROJETO BEPS

1. São as Regras Brasileiras Regras CFC? Análise a Partir do Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS. 1.1. Regras CFC como Tipo Jurídico. 1.2. Núcleo do Tipo Regras CFC. 2. Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS: “*Strengthen Controlled Foreign Company(CFC) Rules*”. 2.1. Regras para Definir uma CFC. 2.2. Exceções e Limites para a Aplicação de Regras CFC. 2.3. Definição do Lucro de uma CFC. 2.4. Regras para Calcular o Lucro de uma CFC. 2.5. Regras para Atribuir Lucro a uma CFC. 2.6. Regras para Evitar a Dupla Tributação do Lucro. 3. Qual a Relevância de Definir se as Regras Brasileiras são ou não Regras CFC?

1. SÃO AS REGRAS BRASILEIRAS REGRAS CFC? ANÁLISE A PARTIR DO RELATÓRIO DA AÇÃO 3 DO PROJETO BEPS

Como vimos ao longo deste estudo, uma das questões mais controvertidas a respeito da tributação brasileira de lucros auferidos no exterior reside na possibilidade de qualificação das mesmas como regras CFC.³⁰⁸

Respeitável doutrina nega às regras brasileiras de Tributação em Bases Universais a caracterização como regras CFC, como já vimos na passagem antes transcrita da obra de Alberto Xavier (nota 115).

Neste capítulo, analisaremos o enquadramento da sistemática brasileira como “regra CFC”, tendo como ponto de referência o Relatório da OCDE na Ação 3 do Projeto BEPS.³⁰⁹

Como se sabe, em 2013 a OCDE lançou o Projeto BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*. Sua justificativa residia no reconhecimento de

308 Sobre o tema, ver: FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC Legislation: From an International Perspective to the Brazilian Reality*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2019. p. 325-331.

309 Sobre a ação 3 do Projeto BEPS, ver: RENAULT, Felipe Kertesz. *Competência Tributária Internacional e Economia Digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020; ABREU, Paula Santos de. O Plano de Ação 3 do BEPS e as Regras CFC Brasileiras. In: GOMES, Edgar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; GOMES, Marcus Lívio (Orgs.). *Temas de Tributação Internacional: Base Erosion and Profit Shifting*. Rio de Janeiro: Gramma, 2018. P. 67-95; FERRARI, Bruna Camargo. *BEPS no Brasil: Negócios Híbridos, Normas CFC e Competitividade Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 133-144; MACHADO, Bruna Furtado Vieira; PEDROSA JÚNIOR, Márcio. A Ação do Projeto BEPS, as Recomendações da OCDE e as Regras Brasileiras de Tributação de Lucros no Exterior. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (Coord.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 259-308; QUEIROZ, Luís Souza de; SAUNDERS, Ana Paula; PINHEIRO, Renata Cunha Santos Pinheiro. O Projeto BEPS da OCDE e o Plano de Ação 3: Fortalecimento das Regras de CFC. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 175-196; GOMES, Marcus Lívio; KINGSTON, Renata Ribeiro; PINHEIRO, Renata Cunha Santos. O Regime de Transparência Fiscal Instituído pela Lei nº 12.973/2014 e o Action Plan n. 3 do Projeto BEPS da OCDE. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 197-224; FIGUEIREDO, Diogo de Andrade. A Transparência Fiscal Brasileira e o Plano de Ação n. 3: Considerações sobre a Adequação do Modelo Adotado no Brasil como Mecanismo de Combate ao BEPS e de Fomento à Competitividade das Empresas Brasileira no Exterior. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 241-266.

que “há uma crescente percepção de que governos perdem uma parcela substancial de receitas tributárias em razão de planejamentos que visam a transferência de lucros de maneiras que erodem a base tributária, para locais onde eles estarão sujeitos a um tratamento fiscal mais vantajoso”.³¹⁰

O Projeto dividiu-se em 15 Ações, sendo a Ação 3 dedicada às chamadas regras CFC. Em outubro de 2015 foram divulgados os relatórios finais das 15 Ações, inclusive o relatório final da Ação 3, que servirá de base para as considerações apresentadas neste capítulo.

Antes, porém, de analisarmos o referido Relatório – e suas implicações sobre o exame das regras brasileiras de transparência fiscal internacional – é importante esclarecermos que a categoria regras CFC não é um conceito, mas um tipo jurídico, o que passamos a fazer no item a seguir.

1.1. REGRAS CFC COMO TIPO JURÍDICO

A questão da tipicidade foi por nós examinada em outro trabalho, ao qual fazemos aqui referência.³¹¹ A teoria da tipicidade e dos tipos jurídicos foi desenvolvida no Direito Tributário Brasileiro a partir da ideia de que o **tipo** seria uma descrição abstrata e fechada de uma dada hipótese, a qual, vertida em linguagem normativa, determina uma consequência jurídica, enquanto a **tipicidade** seria uma característica do fato concreto em que se verificam todos os elementos descritos na norma legal.

Surgem daí as noções de tipo fechado, o qual daria a todos que estão sujeitos à regra legal uma segurança jurídica absoluta pela possibilidade de previsão de sua incidência concreta; e de tipicidade, pela necessidade de continência absoluta do fato ocorrido na descrição legal abstrata.

Portanto, da forma como corriqueiramente exposta pela doutrina pátria, a tipicidade estaria presente tanto no momento da criação da norma jurídica (equivalendo aqui à determinação) quanto no instante de sua interpretação/aplicação (adequação do fato concreto à descrição abstrata).

310 OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013. p. 13.

311 ROCHA, Sergio André. Existe um Princípio da Tipicidade no Direito Tributário? *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 136, jan. 2007, p. 68-79.

Não concordamos com esse entendimento. Com efeito, na medida em que se buscou um fechamento e uma determinação do tipo jurídico acabou-se por transformá-lo em um conceito determinado, transfigurando sua natureza jurídica.

De fato, conforme bem destaca Ricardo Lobo Torres, “tipo é a ordenação de dados concretos existentes na realidade segundo critérios de semelhança. Nele há abstração e concretude, pois é encontrado assim na vida social como na norma jurídica. Eis alguns exemplos de tipo: empresa, empresário, trabalhador, indústria, poluidor. O que caracteriza o tipo ‘empresa’ é que nele se contêm todas as possibilidades de descrição de suas características, independentemente de tempo, lugar ou espécie de empresa. *O tipo representa a média ou a normalidade de uma determinada situação concreta, com as suas conexões de sentido. Segue-se, daí, que a noção de tipo admite as dessemelhanças e as especificidades desde que não se transformem em desigualdade ou anormalidade*”.³¹²

Misabel de Abreu Machado Derzi, autora do trabalho mais completo acerca do tipo jurídico, aduz que “tipificar tem o sentido amplo de abstrair as particularidades individuais, para colher o que é comum ou repetitivo. Tipo será, então, o que resultar desse processo de abstração generalizante, vale dizer, a forma média ou frequente, ou aquela especialmente representativa, ou ainda, o padrão normativo ideal”.³¹³

Daí a observação de Karl Larenz de que “o tipo não se define, descreve-se. Não se pode subsumir à descrição do tipo; mas pode-se, com sua ajuda, ajuizar se um fenômeno pode ou não integrar-se no tipo”.³¹⁴

Um tipo, portanto, é formado pela conjunção de características retiradas da realidade, podendo integrar o antecedente e o consequente das normas jurídicas.

312 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. II. p. 469-470.

313 DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 47.

314 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 307.

Nas palavras de Arthur Kaufmann, “o tipo constitui a altura média entre o geral e o particular, é comparativamente um concreto, um *universale in re*. Assim, o tipo se distingue, por parte, do conceito abstrato-geral, que se define através de um número limitado de características isoladas e que, portanto – de acordo com Kant –, são contrárias à intuição. O tipo com sua grande proximidade à realidade, com sua clareza gráfica e com sua objetividade, pelo contrário, não se pode definir, mas tão-somente ‘explicitar’, tem, com efeito, um núcleo fixo, mas não possui fronteiras fixas, assim que dos ‘traços’ característicos de um tipo podem faltar um ou outro sem que seja necessário questionar a tipicidade de determinado suposto fático”.³¹⁵

Partindo das considerações anteriores, é possível destacar como características do tipo jurídico a concretude e a abstração, as quais são a conjugação, no plano abstrato, de dados empíricos.

Outra característica importante dos tipos é a abertura. A expressão “tipo fechado”, como significativa de “tipo determinado”, segundo a qual caberia ao intérprete/aplicador apenas subsumir os fatos ocorridos, é uma contradição de termos.³¹⁶

Segundo Humberto Ávila, “a abertura do tipo está, então, caracterizada pelos seguintes elementos: a *prescindibilidade* de alguns elementos distintivos, por serem prescindíveis alguns elementos distintivos no tipo; o *sopesamento*, que mostra que os elementos distintivos individuais não podem ser definidos nas suas relações entre si, e que a coordenação deve ser efetuada sob um ponto de vista valorativo”.³¹⁷

Os tipos não são fechados nem determinados. A adequação típica se dá no campo hermenêutico, cabendo ao intérprete/aplicador verificar se um determinado dado empírico se reveste das características do tipo legal.

315 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999. p. 250.

316 Cf. RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 32-33; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 244.

317 ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 194.

É consequência desta característica que o tipo ostente um traço evolutivo que se altera conforme o ambiente social se modifica. É por isso que fatos típicos, em um primeiro momento, podem eventualmente deixar de sê-lo, da mesma forma que fatos podem passar a ser típicos com o decurso do tempo, com a atualização dos traços que o tornam típico.

Em razão de sua abertura, há autores que negam a possibilidade de tipos na elaboração das regras tributárias,³¹⁸ além de outros que equiparam o tipo aos conceitos determinados, negando-lhes sua característica de abertura.³¹⁹

Ao examinarmos tudo quanto foi dito acima, não só percebemos, como sustentam Ricardo Lobo Torres e Marco Aurélio Greco, que os tipos estão presentes na realidade da legislação tributária brasileira, como notamos também que a categoria regras CFC é um tipo jurídico.

É a partir desses comentários que devemos analisar a caracterização dos regimes CFC. Considerando que este é um tipo que se descreve a partir de certas características, mas que não se define, torna-se relevante perquirir o núcleo do tipo regras CFC, ou seja, as características mínimas que determinada legislação deve ter para ser caracterizada como CFC.

1.2. NÚCLEO DO TIPO REGRAS CFC

Analisando-se a passagem de Alberto Xavier antes transcrita (nota 115), é possível inferir que, em sua opinião, o núcleo do tipo regras CFC reuniria as seguintes características essenciais:

- tributação automática dos lucros da investida no país de localização da investidora;
- controle societário da investidora sobre a investida;
- finalidade antielusiva da norma, que buscaria inibir planejamentos fiscais agressivos praticados pelos contribuintes.³²⁰

318 Ver: DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 286-287.

319 Ver: XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 72-73; XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielusiva*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 17-20.

320 Muitos autores apontam a natureza antielusiva como característica essencial das regras CFC. Nesse sentido, ver: MOREIRA, Clara Gomes. *Regra de Constitucional de*

Partindo dessas características, que, segundo esta abalizada doutrina, seriam essenciais para a qualificação de um conjunto de regras como CFC, a sistemática brasileira de Tributação em Bases Universais não poderia ser caracterizada como regras CFC.

Essa posição é amplamente aceita na literatura jurídica nacional. Nada obstante, ousamos divergir dessa interpretação.

Com efeito, a posição de Xavier parece fundamentar-se nos sistemas de transparência fiscal que prevalecem nos países membros da OCDE, especialmente os europeus, para determinar o núcleo do tipo regras CFC. Como nesses países as regras CFC normalmente têm essas características, passou-se a apontar que as regras brasileiras não seriam regras CFC, por tributarem lucros auferidos por controladas no exterior de forma indiscriminada, mesmo quando decorrentes de atividades substantivas desenvolvidas em países de alta tributação.

Contudo, a utilização dos modelos europeus como paradigma para a definição do núcleo do tipo regras CFC tem um vício de partida. De fato, como já vimos, os sistemas europeus de transparência fiscal são limitados pelos direitos fundamentais comunitários.³²¹ Assim, apenas e tão somente nos casos em que presente o abuso, materializado na artificialidade da estrutura implementada pelo contribuinte, será legítima uma regra CFC de um país membro da União Europeia.

Dessa maneira, talvez o caráter antielusivo das regras CFC não seja um traço essencial-geral, mas acidental, de modo que seria perfeitamente possível a existência de regras CFC nas quais o dito caráter antielusivo não esteja presente.

Parece-nos, portanto, que o núcleo do tipo jurídico regras CFC encerra apenas as seguintes características:

- tributação automática dos lucros da investida no país de localização da investidora; e

Competência e Tributação de Transações Transfronteiriças entre Partes Vinculadas. São Paulo: IBDT, 2021.p. 215.

321 Sobre o tema, ver: SAUNDERS, Ana Paula. Tributação na Europa e a Aplicação das Liberdades Fundamentais. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 643-675.

- controle societário da investidora sobre a investida.

Nessa linha de ideias, *as regras brasileiras de Tributação em Bases Universais seriam regras CFC*, não se lhes podendo negar tal caracterização.

Essa interpretação parece ser corroborada pelo Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE, que passamos a analisar.

2. RELATÓRIO DA AÇÃO 3 DO PROJETO BEPS: “STRENGTHEN CONTROLLED FOREIGN COMPANY (CFC) RULES”

De acordo com o Relatório final da Ação 3, o Projeto BEPS, tem seis pilares (*building blocks*):

- regras para definir uma CFC (incluindo a definição de controle);
- exceções e limites para a aplicação de regras CFC;
- definição do lucro de uma CFC;
- regras para calcular o lucro de uma CFC;
- regras para atribuir lucro a uma CFC;
- regras para evitar a dupla tributação do lucro.³²²

Nos itens a seguir, examinaremos as regras brasileiras à luz do Relatório da OCDE.

2.1. REGRAS PARA DEFINIR UMA CFC

Um dos principais focos do Relatório da Ação 3 nesta área foi a caracterização de entidades transparentes, *trusts* e estabelecimentos permanentes como CFC.³²³ Nesse particular, os resultados da Ação 3 foram relativamente indiferentes para o Brasil, tendo em vista que nossa legislação não prevê esses tipos de entidades.

322 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 11.

323 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 21.

O Relatório definiu *controle* para fins de aplicação das regras CFC, fazendo referência aos seguintes tipos de controle:

- controle legal;
- controle econômico;
- controle de fato;
- controle baseado na consolidação.³²⁴

O Brasil adota um critério formal de controle, baseado na preponderância da empresa brasileira nas deliberações da investida no exterior; ou no vínculo entre a empresa brasileira e a empresa controladora da investida no exterior – caso das coligadas equiparadas a controladas.

Após definir *controle*, o Relatório preocupou-se com a determinação do nível de controle necessário para a aplicação de uma “regra CFC”.³²⁵

O Relatório da OCDE na Ação 3 foca claramente na possibilidade de a empresa investidora exercer influência sobre a CFC. Prevê formas de controle em conjunto – próximas das regras de equiparação à controladora previstas no artigo 83 da Lei 12.973 – e regras de tributação de controladas indiretas, como as previstas no artigo 77 da Lei 12.973.³²⁶

Em vista desses breves comentários, parece-nos que as regras brasileiras não se distanciam do padrão recomendado pela OCDE neste primeiro pilar.

2.2. EXCEÇÕES E LIMITES PARA A APLICAÇÃO DE REGRAS CFC

Este é um dos pilares do Relatório que mais contraria a política fiscal brasileira relacionada à aplicação de regras CFC. A razão para

324 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 24.

325 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 25.

326 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 25-28. Sobre o tema, ver: TONANI, Fernando; MARRARA, Bruna. Tributação dos Lucros de Controladas no Exterior – Abordagem da OCDE no âmbito do BEPS e as Regras Brasileiras de Tributação em Bases Universais – Uma Análise Crítica à Lei nº 12.973/2014. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 184-187.

tal contradição é o fato de este pilar ressaltar a preocupação da OCDE com a utilização de regras CFC apenas para evitar a erosão da base tributária e a transferência de lucros, e não como regra geral de tributação, como faz o Brasil.

A recomendação da OCDE neste segundo pilar – focada basicamente na previsão de exceções e limites à aplicação de regras CFC – discrepa ainda mais da política fiscal brasileira uma vez que ela vocaliza a preocupação da OCDE com o balanceamento entre a efetividade das regras CFC e o custo administrativo de sua aplicação, para as empresas.³²⁷

O Relatório da OCDE propõe, por exemplo, a não aplicação das regras CFC quando o resultado da controlada no exterior for inferior a um determinado montante. Também sugere o Relatório que as regras não sejam aplicadas quando a CFC estiver sujeita à tributação em um nível adequado no país onde se encontra localizada.³²⁸ A legislação brasileira não traz nenhuma previsão neste sentido e, em verdade, essas recomendações se afastam da política brasileira.

2.3. DEFINIÇÃO DO LUCRO DE UMA CFC

O propósito deste terceiro pilar do Relatório é averiguar se o tipo de renda auferido pela CFC é daqueles que geram preocupação com a erosão de base tributária e transferência de lucros, e se estes deveriam ser atribuídos a seus sócios ou controladores.³²⁹

Como vimos, a característica mais marcante do regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior é o fato de ser aplicável a todo e qualquer lucro auferido, independentemente de qualquer análise da sua natureza ou do tipo de atividade exercida.

Paradoxalmente, tal característica é exatamente o principal argumento para que se negue às regras brasileiras a caracterização como regras CFC.

327 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 33.

328 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 33-41.

329 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 43.

Neste particular, o Relatório da Ação 3 parece confirmar nosso comentário anterior de que as regras brasileiras são, sim, regras CFC.

Com efeito, em relação a este tema o Relatório indica claramente que os países têm uma margem de discricionariedade para decidir o alcance da definição de “lucros CFC”. Em suas palavras, “jurisdições podem também aplicar um sistema de inclusão plena, o qual alcançaria rendas que geram preocupações de BEPS incluindo todas as rendas auferidas por uma CFC no conceito de “lucro CFC”, independentemente de sua natureza. Sistemas de inclusão plena também buscam evitar o diferimento da tributação no longo prazo, o que é uma preocupação relevante no contexto de sistemas de tributação em bases mundiais”.³³⁰

O sistema brasileiro é exatamente o que o relatório chama de sistema de inclusão plena (*full inclusion system*). Uma vez que o Relatório da OCDE tem como propósito evitar a erosão de base tributável e a transferência de lucro, não surpreende que um regime como o brasileiro não seja incompatível com ele.

A única preocupação levantada pela OCDE com os sistemas de inclusão plena é que estes podem colocar o país que os use, assim como suas empresas multinacionais, em uma posição desfavorável no mercado internacional.³³¹ Contudo, esta seria uma preocupação a ser tratada domesticamente pelos países, não havendo uma contrariedade entre tais sistemas de inclusão total e o Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS.

Dessa maneira, parece-nos que o Relatório em comento realmente corrobora a interpretação de que o regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior é, de fato, caracterizável como uma espécie de “regra CFC”.

2.4. REGRAS PARA CALCULAR O LUCRO DE UMA CFC

Após determinar o que é o lucro de uma CFC, o Relatório apresenta as regras relacionadas a seu cálculo. Os principais aspectos des-

330 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 44.

331 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 16.

te pilar seriam: (i) determinar as regras que deveriam ser aplicadas para calcular o lucro da CFC – de qual país; e (ii) verificar se são necessárias regras específicas para o cálculo do lucro de uma CFC.³³²

Sobre as regras que deveriam ser aplicadas para o cálculo do lucro de uma CFC, o Relatório apresenta quatro modelos:

- aplicação das regras do país da controladora, que é a recomendação do relatório;
- aplicação das regras do país da controlada, que é o modelo adotado pelo Brasil;
- permissão de escolha ao contribuinte;
- uso de um padrão internacional comum, como seria o caso da adoção dos *International Financial Reporting Standards* – IFRS.

Outro aspecto relacionado ao cálculo do lucro é a utilização de prejuízos fiscais. A recomendação da OCDE é a que “jurisdições devem ter uma regra específica limitando a compensação de prejuízos de uma CFC de modo que eles somente possam ser usados contra lucros da mesma CFC ou contra lucros de outras CFCs na mesma jurisdição”.³³³

Mais uma vez as regras brasileiras estão, de modo geral, em linha com as recomendações da OCDE. Na verdade, elas são mais rígidas do que aquelas propostas pela OCDE, uma vez que permitem a utilização de prejuízos apenas para compensar lucros da própria controlada que os gerou.

2.5. REGRAS PARA ATRIBUIR LUCRO A UMA CFC

De acordo com o Relatório da Ação 3, “a atribuição de lucros pode ser quebrada em cinco passos: (i) a determinação de quais contribuintes devem ter lucros atribuídos a eles; (ii) a determinação de quanto lucro deve ser atribuído; (iii) a determinação de quando o lucro deve ser

332 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 57.

333 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 57.

incluído na declaração do contribuinte; (iv) a determinação de como o lucro deve ser tratado; e (v) a determinação da alíquota que deve ser aplicada ao lucro”.³³⁴

Os aspectos tratados neste pilar são mais procedimentais do que substantivos. Qual contribuinte deve ter o lucro a si atribuído? Obviamente o contribuinte que, de acordo com a legislação, é considerado o controlador da empresa no exterior. Quanto lucro lhe deve ser atribuído? Mais uma vez a resposta parece óbvia. O montante de lucro a ser atribuído ao contribuinte deve ser proporcional à sua participação societária. Quando o lucro deve ser incluído na apuração do imposto, que natureza lhe deve ser atribuída – dividendos fictos, lucros da própria CFC, etc., – e que alíquota deve ser aplicável são decisões a serem tomadas por cada país.

Uma vez mais, não identificamos nenhuma contradição relevante entre as recomendações da OCDE e as regras brasileiras.

2.6. REGRAS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO DO LUCRO

Neste pilar, o Relatório foca em regras que previnem ou eliminam a dupla tributação do lucro auferido por uma CFC. Ele considera três casos diferentes:

- “Situações em que o lucro atribuído a uma CFC também está sujeito à tributação no exterior.
- Situações em que regras CFC de mais de um país são aplicáveis ao mesmo lucro CFC.
- Situações em que uma CFC distribui dividendos a partir do lucro que já foi atribuído ao sócio sob as regras CFC, ou onde o sócio aliena a participação na CFC.”³³⁵

O Relatório recomenda que as duas primeiras situações de dupla tributação sejam afastadas por meio da concessão de crédito do impos-

334 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 61.

335 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 65.

to pago no exterior. Por outro lado, no terceiro caso, a bitributação seria evitada pela previsão de uma isenção que afastaria a dupla incidência sobre dividendos ou ganhos de capital.³³⁶

De modo geral, as regras brasileiras estão alinhadas com as recomendações da OCDE, uma vez que, como vimos, prevê a possibilidade de utilização de crédito do imposto pago no exterior, da mesma maneira que não tributa os dividendos efetivamente distribuídos pela controlada no exterior.³³⁷

3. QUAL A RELEVÂNCIA DE DEFINIR SE AS REGRAS BRASILEIRAS SÃO OU NÃO REGRAS CFC?

A esta altura, vistas as recomendações da OCDE, vale a pena questionar a importância da discussão sobre a caracterização das regras brasileiras como regras CFC ou não.

Conforme já mencionamos, a relevância da qualificação das regras brasileiras de Tributação em Bases Universais como regras CFC repousa na definição da aplicação ou não dos Comentários da OCDE e da ONU às suas Convenções Modelo, no sentido de que tais Convenções não afastariam a tributação automática do lucro de uma CFC.

Recordando as considerações anteriores, a doutrina pátria afirma que tais Comentários não são aplicáveis às regras brasileiras, pois elas não seriam regras CFC.

Como afirmamos no início deste capítulo, entendemos que as regras brasileiras são verdadeiras regras CFC, de modo que a afirmação em sentido contrário não é acolhida neste trabalho.

336 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 65.

337 Em sentido contrário, sustentando que haveria uma incompatibilidade entre a regra brasileira e o “padrão OCDE”: MOREIRA, André Mendes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. A Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior sob a Perspectiva Brasileira. Uma Análise Crítica da Doutrina e da Jurisprudência. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 97.

Nada obstante, isso não significa negarmos a conclusão de que os Comentários da OCDE e da ONU às suas Convenções Modelo não são aplicáveis ao regime brasileiro.

Com efeito, independentemente de serem qualificadas como CFC, ou não, as regras brasileiras certamente não foram consideradas como típicas regras CFC pelos referidos Comentários.

De fato, como já ressaltamos, a maioria dos países membros da OCDE não pode incluir em sua legislação regras com o alcance da regra brasileira, uma vez que elas seriam contrárias às liberdades fundamentais da União Europeia.

Está claro que os Comentários da OCDE e da ONU não tinham como paradigma modelos como o brasileiro. Esse fato é ressaltado no Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS, que demonstrou grande preocupação com os limites para a adoção de regimes CFC pelos países da União Europeia.³³⁸

Assim sendo, nossa conclusão neste capítulo é que, de um lado, as regras brasileiras de Tributação em Bases Universais são regras CFC. Porém, de outro lado, tal caracterização não afasta, de forma alguma, a interpretação de que os Comentários da OCDE e da ONU às suas Convenções Modelo não consideraram sistemas como o brasileiro em sua formulação.

338 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 17-18.

Bibliografia

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- ADONNINO, Pietro. La Planificación Fiscal Internacional. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Tradução Cristian J. Billardi; Juan O. Zanotti Aichino. Bogotá: Temis, 2003. v. I.
- ALKMIM, Alexandre Teixeira. *Compliance e Informação Fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ANDRADE, André Martins de. Os (des)caminhos da tributação da renda no Brasil após a ADI nº 2.588. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 53, set.-out. 2011.
- ANDRADE, André Martins de. Por uma Interpretação da Tributação em Bases Universais Conforme a Constituição. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 Anos da ABDF*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ANDRADE, André Martins de. *A Tributação Universal da Renda Empresarial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.
- ANDRADE, André Martins de; LOPES, Livia Pinheiro. Os Tratados para Evitar a Dupla Tributação e a Sistemática de Bases Universais da Lei N. 12.973/14. In: PRETO, Raquel Elita Alves (Coord.). *Tributação Brasileira em Evolução: Estudos em Homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Editora IASP, 2015.
- ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto sobre a Renda das Empresas*. 14ª ed. São Paulo: MP Editora, 2021.
- ANDRADE, Fábio Martins de. Dúvida, empate no julgamento e interpretação mais favorável ao contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 215, ago. 2013.
- ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: O Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ÁVILA, Humberto. Indisponibilidade jurídica da renda por poder de decisão ou por reflexo patrimonial. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 53, set.-out. 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ÁVILA, Humberto. O Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro e os Lucros Auferidos no Exterior. In: ROCHA Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 7º Volume*. São Paulo: Dialética, 2003.
- BARBOSA, Hermano A. C. Notaroberto. *Les échanges internationaux de renseignements fiscaux*. Paris: L'Harmattan, 2021.
- BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior, em face da Lei n. 12.973/2014. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões atuais de Direito Tributário: 18 Volume*. São Paulo: Dialética, 2014.

- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BASTOS, Frederico Silva. *O Intercâmbio Internacional de Informações Tributárias no Brasil*. Porto Alegre: Buqui, 2015.
- BEHRNDT, Marco Antônio; LOBO, Diana Piatti de Barros. Regra de Transparência Fiscal Verde e Amarela e sua In(compatibilidade) com os Tratados Internacionais para Evitar a Bitributação. In: PANZARINI FILHO, Clóvis et al. (Coords.). *Estudos Avançados de Direito Tributário: Tributação Internacional – Normas Antielisivas e Operações Internacionais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BIANCO, João Francisco. Tributação dos Lucros Auferidos por Empresas Controladas no Exterior: Análise Crítica do Recurso Extraordinário N. 541.090. In: PRETO, Raquel Elita Alves (Coord.). *Tributação Brasileira em Evolução: Estudos em Homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Editora IASP, 2015.
- BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.
- BIANCO, João Francisco. Natureza Jurídica do Resultado de Avaliação do Investimento Relevante por Equivalência Patrimonial. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 20, 2006.
- BIFANO, Elidie Palma. *O Mercado Financeiro e o Imposto de Renda*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOLAN, Rocado Ferreira; PAES, Gustavo Duarte; COUTO, Ana Cláudia. Caso Normus. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Tributação Internacional: Análise de Casos Volume 3*. São Paulo: MP Editora, 2015.
- BRIGAGÃO, Gustavo; CAVALCANTI, Flávia. Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras do Setor de O&G – Controvérsias Acerca do Alcance do Novo Regime Instituído pela Lei n. 12.973/2014. In: RODRIGUES, Daniele Souto; MARTINS, Natanael (Coords.). *Tributação Atual da Renda*. São Paulo: Noeses, 2015.
- CARVALHO, André de Souza; OLIVEIRA, André Gomes de. Planejamento Tributário Internacional. In: GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (Coords.). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. v. III.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário Internacional: Conceito de Beneficiário Efetivo nos Acordos Contra a Bitributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. SILVEIRA, Rodrigo Maito. Caso Camargo Corrêa. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Tributação Internacional: Análise de Casos Volume 2*. São Paulo: MP Editora, 2015.
- CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; SANTOS, Carlos Araujo Santos. Caso Gerdau CFC. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Tributação Internacional: Análise de Casos Volume 3*. São Paulo: MP Editora, 2015.

- COSTA, Alcides Jorge. Rendimentos Auferidos no Exterior por Pessoa Jurídica. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1996.
- COSTA, Hugo Marcondes Rosestolato da. Lei nº 12.973/14: a Nova Sistemática de Tributação dos Lucros de Sociedades Estrangeiras Controladas por Empresas Domiciliadas no Brasil. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Direito Tributário Internacional: Volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam: IBFD, 2008.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- DONIAK JÚNIOR, Jimir. Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015.
- DUQUE ESTRADA, Roberto. A Importância da Doutrina de Alberto Xavier em Matéria de Tributação Internacional na Recente Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- DUTRA, Micaela Dominguez. *Deduções Fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
- EMERY, Renata. Os Vícios do Regime de Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior Previsto na Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- ESTANISLAU, César Vale. O Combate ao Abuso de Convenções para Evitar a Bitributação: Considerações sobre as Principais Propostas no Âmbito da Ação 6 do Plano BEPS. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (Coord.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FAJERSZTAJN, Bruno. Dedução de Prejuízos e Perdas Apurados no Exterior. Diferentes Perspectivas, uma Conclusão: Invalidez do Art. 25, Parágrafo 5º, da Lei N. 9.249. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- FAJERSZTAJN, Bruno; COVIELLO FILHO, Paulo. Prejuízos Apurados por Controladas e Coligadas no Exterior e a sua Conversão para Reais. In: CORDEIRO, Daniel Vieira de Biasi et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional: Volume 3*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

- FARO, Maurício Pereira; MEIRA, Thais de Barros. As Novas Regras de Tributação de Lucros no Exterior e o Artigo 7º dos Tratados Internacionais para Evitar a Btributação Celebrados pelo Brasil. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- FERNANDES, Edison Carlos. *Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido – CSLL*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERNANDES, Edison Carlos. Considerações sobre Planejamento Tributário Internacional. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coords.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Editora, 2007.
- FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC Legislation: From an International Perspective to the Brazilian Reality*. Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2019.
- FERRARI, Bruna Camargo. *BEPS no Brasil: Negócios Híbridos, Normas CFC e Competitividade Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- FIGUEIREDO, Diogo de Andrade. A Transparência Fiscal Brasileira e o Plano de Ação n. 3: Considerações sobre a Adequação do Modelo Adotado no Brasil como Mecanismo de Combate ao BEPS e de Fomento à Competitividade das Empresas Brasileira no Exterior. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- GALHARDO, Luciana Rosanova; ASSEIS, Pedro Augusto Amaral Abujamra. Lucros no Exterior: um Novo Capítulo. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 219, Jan. 2014.
- GAMA, Tácio Lacerda. Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015.
- GOMES, Marcus Lívio. *The Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- GOMES, Marcus Lívio. A tributação das controladas e coligadas no exterior: o que realmente restaria ao Supremo Tribunal Federal julgar? In: GOMES, Marcus Lívio; VELOSO, Andrei Pitten (orgs.). *Sistema Constitucional Tributário: Dos Fundamentos Teóricos aos Hard Cases Tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- GOMES, Marcus Lívio. *Extinção do Crédito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- GOMES, Marcos Lívio. *A Interpretação da Legislação Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha S. As (Muitas) Controvérsias Advindas com a Lei nº 12.973/2014 no Regime de Tributação de Controladas Diretas e Indiretas. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

- GOMES, Marcus Lívio; KINGSTON, Renata Ribeiro; PINHEIRO, Renata Cunha Santos. O Regime de Transparência Fiscal Instituído pela Lei nº 12.973/2014 e o Action Plan n. 3 do Projeto BEPS da OCDE. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.
- GRECO, Marco Aurélio. [Artigo 150, I, da Constituição Federal]. In: CANOTILHO, J. J. GOMES et al. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.
- GRECO, Marco Aurélio. Troca Internacional de Informações Fiscais. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). *Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- GRECO, Marco Aurélio. Crise do Formalismo no Direito Tributário Brasileiro. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo et al. (Orgs.). *Nas Fronteiras do Formalismo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HABER NETO, Michel. *Transparência Fiscal & Sigilo Tributário*. Curitiba: Juruá, 2018.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e Elisão: Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- IUDÍCIBUS, Sérgio et al. *Manual de Contabilidade Societária*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- IUDÍCIBUS, Sérgio et al. *Manual de Contabilidade Societária*. São Paulo: Atlas, 2010.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Derecho*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LINS, Robson Maia. Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015.
- LONGO, José Henrique. O Lucro de Subsidiária no Exterior e o Tratado Internacional. In: *IV Congresso Nacional de Estudos Tributários*. São Paulo: Noeses, 2007.
- LOPES, Roberto Salles. *Conceito de Renda para Fins Tributários e IFRS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LUCAS DURÁN, Manuel. Las rentas pasivas en la fiscalidad internacional (dividendos, intereses y cánones). In: SERRANO ANTÓN, Fernando (Coord.). *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Ediciones Estudios Financieros, [199-].
- MACHADO, Bruna Furtado Vieira; PEDROSA JÚNIOR, Márcio. A Ação do Projeto BEPS, as Recomendações da OCDE e as Regras Brasileiras de Tributação de Lucros no Exterior. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (Coord.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos Lucros das Coligadas e Controladas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MARCELINO JÚNIOR, Ataíde. Caso Eagle 1. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010.
- MONGUILOD, Ana Carolina; TORO, Carlos Eduardo M. A. Caso REFRATEC: In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). *Tributação Internacional: Análise de Casos Volume 2*. São Paulo: MP Editora, 2015.
- MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; FREIRE, Felipe Thé. A Tributação do Lucro das Controladas e Coligadas no Exterior e o Artigo 7º dos Acordos de Bitributação Assinados pelo Brasil: uma Análise Evolutiva da Jurisprudência Internacional e Doméstica à Luz da Lei 12.973/14. In: SAUDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MOREIRA, André Mendes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. A Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior sob a Perspectiva Brasileira. Uma Análise Crítica da Doutrina e da Jurisprudência. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- MOREIRA, Clara Gomes. *Regra de Constitucional de Competência e Tributação de Transações Transfronteiriças entre Partes Vinculadas*. São Paulo: IBDT, 2021.
- MOREIRA JÚNIOR, Gilberto de Castro. Elisão Fiscal Objetiva no âmbito Internacional. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ANDRADE, José Maria Arruda de (Coords.). *Planejamento Tributário*. São Paulo: MP Editora, 2007.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Manual da Tributação Direta da Renda*. São Paulo: IBDT, 2020.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza: O Imposto e o Conceito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.
- MUSA, Simone Dias; RAVELLI, Reinaldo. Os Efeitos da Equivalência Patrimonial sobre a Tributação de Lucros Auferidos por Controladas no Exterior. In: *Temas Atuais em Tributação Internacional*. São Paulo: Trench, Rossi e Watanabe Advogados, 2020.
- NEDER, Marcos Vinicius; PIMENTEL, Larissa. As Inovações na Tributação Presumida dos Lucros Auferidos por Subsidiárias de Empresas Brasileiras no Exterior pela 12.973/14. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- NETO, Luís Flávio. A Tributação Brasileira dos Lucros de Empresas Controladas Residentes em Países com Acordos de Bitributação. In: SCHOUERI, Luís Eduardo et al (Coords.). *Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

- NUNES, Renato. Tributação de Lucros Auferidos por meio de Coligadas e Controladas no Exterior: Regime de Disponibilização (MP nº 2.158-35/01) e Resultados de Equivalência Patrimonial. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Paris: OECD, 2015.
- OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 2017.
- OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015.
- OECD. *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*. Paris: OECD, 2015.
- OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Paris: OECD, 2015.
- OECD. *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013.
- OECD. *Brazil: Peer Review Reports, Phase 2, Implementation of the Standard in Practice*. Paris: OECD, 2013.
- OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD, 2010.
- OECD. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Paris: OECD, 1998.
- OLIVEIRA, Fabio Luiz Gomes Gaspar de. Reflexões em Tributação Internacional: Apontamentos sobre o BEPS e o Estado da Obra no Brasil e na Europa. In: CORDEIRO, Daniel Vieira de Biasi et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional: Volume 3*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- OLIVEIRA, Matheus Bueno de. Caso Cadbury Schweppes: Oposição das Regras CFC e da Liberdade de Estabelecimento na Comunidade Europeia. In: Leonardo Freitas de Moraes e Castro (Org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. I.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Aspectos Inconstitucionais da Lei nº 12.973 em Matéria de Tributação de Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior (Segundo Alberto Xavier). In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Os importantes conceitos de pagamento, crédito, remessa, entrega e emprego da renda (a propósito do Imposto de Renda na fonte e de lucros de controladas e coligadas no exterior). *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 22, jul.-ago. 2006.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Lucros de Coligadas e Controladas no Exterior e Aspectos de Elisão e Evasão Fiscal no Direito Brasileiro e Internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 102, mar. 2004.

- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior. In: ROCHA Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 7º Volume*. São Paulo: Dialética, 2003.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. O Conceito de Renda – Inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar nº 104 (a Questão da Disponibilidade sobre Lucros de Coligadas e Controladas no Exterior). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 73, out. 2001.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de; Fajersztajn, Bruno; SILVA, Fabiana Carsoni Alves F. da; SANTOS, Ramon Tomazela. Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Porto Alegre: Lex Magister, 2015.
- OLIVEIRA, Vivian de Freitas e Rodrigues de. *Preço de Transferência como Norma de Ajuste do Imposto sobre a Renda*. São Paulo: Noeses, 2015.
- PANZARINI FILHO, Clóvis; RUSSO, Raffaele. A Compatibilidade entre as Regras de CFC e os Tratados Internacionais. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 3, jun. 2006.
- PEREIRA, Marco Antônio Chazaine. *A Tributação de Lucros Auferidos no Exterior*. São Paulo: Ltr, 2010.
- PEREIRA, Moisés de Souza Carvalho; RISCADO JUNIOR, Paulo Roberto. Jurisprudência Comentada: O Artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e o Planejamento Tributário com Base na Utilização de Tratados. O Caso Eagle II (Acórdão nº 101-97.070). *Revista da PGFN*, Brasília, n. 2, jul.-dez. 2011.
- PERGORARO, Andressa. *A Cláusula de Principal Propósito (PPT) nos Acordos para Evitar a Dupla Tributação*. São Paulo: IBDT, 2021.
- PEREIRA, Roberto Cordoniz Leite. *Cooperação Fiscal Internacional e Troca de Informações*. São Paulo: IBDT, 2020.
- POLIZELLI, Victor Borges. *O Princípio da Realização da Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. *Imposto Sobre a Renda*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018.
- QUEIROZ, Luís César Souza de. *Imposto sobre a Renda: Requisitos para uma Tributação Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- RAMALHO, Rômulo Pinto. Aspectos Constitucionais da Tributação em Bases Universais do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. In: VALADÃO, Marcos Aurélio et al. (Coords.). *Direito Tributário Constitucional*. São Paulo: Almedina, 2015.
- RAUSCH, Aluizio Porcaro. *Sobre a Tributação da Renda em Bases Universais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Tributos: Teoria Geral e Espécies*. Niterói: Impetus, 2013.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Temas de Direito Constitucional Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sergio André. *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ROCHA, Sergio André. “Crédito” e “Emprego” Na Hipótese de Incidência do IRRF de Não Residentes. In: ZILVETI, Fernando Aurélio et al. (Coords.). *Direito Tributário Princípio da Realização no Imposto Sobre a Renda*. São Paulo: IBDT, 2019.
- ROCHA, Sergio André. Isenção de Resultados Distribuídos e Cálculo de Juros Sobre o Capital Próprio por Empresas que Utilizam Moeda Funcional Distinta do Real. In: ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume V*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A Volume V*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- ROCHA, Sergio André. *Política Fiscal Internacional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- ROCHA, Sergio André. Brasil. In: ILADT. *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributário*. ILADT: México, 2015.
- ROCHA, Sergio André. *Troca Internacional de Informações para Fins Fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ROCHA, Sergio André. Questões Fundamentais do Imposto de Renda Após a Lei nº 12.973/14. ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A Volume IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- ROCHA, Sergio André. *Estudos de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- ROCHA, Sergio André. Caso Copesul: Tributação pelo IRRF da Prestação de Serviços sem Transferência de Tecnologia Prestados por Não Residentes. In: *Tributação Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- ROCHA, Sergio André. Modulação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade e consequencialismo: instrumentos de desconstitucionalização do Direito Tributário. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.). *Segurança Jurídica: Irretroatividade das Decisões Judiciais Prejudiciais aos Contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ROCHA, Sergio André. Imperialismo Fiscal Internacional e o “Princípio” do Estabelecimento Permanente. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 211, abr. 2013.
- ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

- ROCHA, Sergio André. O Protagonismo do STF na Interpretação da Constituição pode Afetar a Segurança Jurídica em Matéria Tributária? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 15º Volume*. São Paulo: Dialética, 2011.
- ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A: Volume II*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ROCHA, Sergio André Rocha. Paraísos Fiscais e Regimes Fiscais Privilegiados: Análise de Algumas Questões Controvertidas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 14º Volume*. São Paulo: Dialética, 2010.
- ROCHA, Sergio André. *Processo Administrativo Fiscal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ROCHA, Sergio André. A Deslegalização no Direito Tributário Contemporâneo: Segurança Jurídica, Legalidade, Conceitos Indeterminados, Tipicidade e Liberdade de Conformação da Administração Pública. In: RIBEIRO, Ricardo Lodi; ROCHA, Sergio André (Coords.). *Legalidade e Tipicidade no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ROCHA, Sergio André (Coord.). *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ROCHA, Sergio André. *Treaty Override no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ROCHA, Sergio André. Existe um Princípio da Tipicidade no Direito Tributário? *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 136, jan. 2007.
- ROCHA, Sergio André. Transparência Fiscal Internacional no Direito Tributário Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 99, dez. 2003.
- ROLIM, João Dácio; MOREIRA, Gilberto Ayres. Tributação de Lucros Auferidos no Exterior e Limites Relativos de Normas Antielisivas. *Revista de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, n. 3, jun. 2006.
- ROSEMBUJ, Tulio. *Derecho Fiscal Internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001.
- ROSEMBUJ, Tulio. *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- SANTOS, Ramon Tomazela. *A Dupla Tributação Econômica da Renda e os Acordos de Bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021.
- SANTOS, Ramon Tomazela. *O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SANTOS, João Victor Guedes. *Teoria da Tributação e Tributação da Renda nos Mercados Financeiros e de Capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- SAUNDERS, Ana Paula. O Uso Abusivo dos Tratados e a Necessidade de Combate ao Treaty Shopping. In: CORDEIRO, Daniel Vieira de Biasi et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional: Volume 3*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SAUNDERS, Ana Paula. Tributação na Europa e a Aplicação das Liberdades Fundamentais. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- SAUNDERS, Ana Paula; RESENDE, Mariane de Sousa Assis. A Decisão do Supremo Tribunal Federal: Tributação da Renda das Empresas Controladas e Coligadas Situadas no Exterior. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (Orgs.). *Estudos de Tributação Internacional: Edição Especial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SAUNDERS, Ana Paula; PINHEIRO, Renata Cunha Santos Pinheiro. O Projeto BEPS da OCDE e o Plano de Ação 3: Fortalecimento das Regras de CFC. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coords.). *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Manual da Tributação Direta da Renda*. São Paulo: IBDT, 2020.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no Exterior e Acordos de Bitributação: Reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 219, Dez. 2013.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Aplicação Concomitante da Legislação de Preços de Transferência e da Tributação em Bases Mundiais. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado: Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior. In: ROCHA Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário: 7º Volume*. São Paulo: Dialética, 2003.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário Internacional. Acordos de Bitributação. Imposto de Renda: Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior. Disponibilidade. Efeitos do Artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 – Parecer. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 16, 2001.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação dos Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior: um Novo Capítulo no Direito Tributário Internacional do Brasil? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda: Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1996.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento Fiscal Através dos Acordos de Bitributação: Treaty Shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; HILU NETO, Miguel. Sobre a Tributação dos “Lucros Disponibilizados” do Exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda – Alterações Fundamentais: 2º Volume*. São Paulo: Dialética, 1998.

- SILVA FILHO, Paulo Antônio Machado da. *Normas Antielisivas versus Tratados Internacionais Tributários*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- SILVEIRA, Rodrigo Maito da. Caso Eagle 2. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Org.). *Tributação Internacional: Análise de Casos*. São Paulo: MP Editora, 2010.
- SILVEIRA, Rodrigo Maito da; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. A Regra CFC Brasileira e o Posicionamento do CARF e do STF. In: BRITTO, Demes; CASEIRO, Marcos Paulo (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- TIPKE, Klaus. *Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- TONANI, Fernando; MARRARA, Bruna. Tributação dos Lucros de Controladas no Exterior – Abordagem da OCDE no âmbito do BEPS e as Regras Brasileiras de Tributação em Bases Universais – Uma Análise Crítica à Lei nº 12.973/2014. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (Coords.). *Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- TÔRRES, Heleno Taveira. Tributação de Controladas e Coligadas no Exterior e seus Desafios Concretos. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado: VI Volume*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- TÔRRES, Heleno Taveira. Lucros auferidos por meio de controladas e coligadas no exterior. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado: Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- TÔRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário*. Rio de Janeiro: Campos, 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. II.
- UCKMAR, Victor. Introducción. In: UCKMAR, Victor (Coord.). *Curso de Derecho Tributario Internacional*. Tradução Cristian J. Billardi; Juan O. Zanotti Aichino. Bogotá: Temis, 2003. v. I.
- UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et al. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.
- UNITED NATIONS. *Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*. New York: United Nations, 2017.
- UNITED NATIONS. *Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*. New York: United Nations, 2011.
- UTUMI, Ana Cláudia Akie. Países com Tributação Favorecida no Direito Brasileiro. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- VITTORIA, Aline Della. *Cooperação Administrativa para a Cobrança de Tributos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- XAVIER, Alberto. A Lei n. 12.973, de 13 de Maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões atuais de Direito Tributário: 18 Volume*. São Paulo: Dialética, 2014.
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2010.
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.
- XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- ZILVETI, Fernando Aurelio. O Princípio da Realização da Renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *Direito Tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. I.

Este livro foi composto em fonte A Caslon Pro regular
12/16 e impresso em papel pólen 90 g/m² nas oficinas da
Gráfica Assahí