

# O Novo Regime de Tributação em Bases Universais das Pessoas Jurídicas Previsto na Lei nº 12.973/2014: as Velhas Questões foram Resolvidas?

## *The New Brazilian CFC Rules: were the Old Issues Overcome?*

Roberto Codorniz Leite Pereira

*Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP.*

*Mestre em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da FGV. Advogado em São Paulo.*

E-mail: [roberto.codorniz@laczmartins.com.br](mailto:roberto.codorniz@laczmartins.com.br).

### *Resumo*

O presente artigo divide o regime brasileiro de tributação em bases universais das pessoas jurídicas em dois momentos: antes e depois da Lei nº 12.973/2014. Busca-se, através desta divisão, identificar se os questionamentos suscitados no antigo regime ainda persistem no novo regime.

No artigo, foram detalhadas as principais discussões presentes no antigo regime sob o ponto de vista tanto do direito interno quanto do direito internacional. Foi dada ênfase ao julgamento pelo STF da constitucionalidade do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 e à Solução de Consulta Interna Cosit nº 18/2013.

Quanto ao novo regime, a sua análise foi dividida entre as hipóteses de controle societário e de mera coligação societária. Em relação ao regime aplicável às hipóteses de controle, demonstrou-se que o *caput* do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 sugere a leitura de que o objeto da tributação seria, neste novo regime, o acréscimo patrimonial sofrido pela sociedade investidora, tal como previsto na Solução de Consulta Interna Cosit nº 18/2013, e não os lucros auferidos no exterior propriamente. O artigo apresente críticas a esta leitura apontando que ela não se sustenta quando confrontada com o restante da legislação tributária vigente. No tocante ao regime aplicável às hipóteses de coligação societária, demonstrou-se que o legislador, influenciado pelo resultado do julgamento da ADI nº 2.588, previu um legítimo regime de diferimento da tributação incidente sobre lucros auferidos no exterior.

*Palavras-chave:* tributação em bases universais, lucros no exterior, tratados, Lei nº 12.973/2014.

### *Abstract*

This article divides the Brazilian corporate income worldwide taxation regime in two milestones: before and after the Federal Law nº 12.973/2014. In this sense, this article aims to identify if the main legal concerns that were present in the first moment will remain present in the second.

The ancient tax regime had many legal concerns related both to internal and international law. In this sense, this article highlighted to the judgment by Brazilian Federal Supreme Court (STF) of the constitutionality of article 74 of the Provisional Measure n. 2.158-35/2001 and also to Brazilian Federal Revenue Office Internal Legal Opinion n. 18/2013.

Regarding to the new tax regime, its analysis began by the regime applicable to corporate shareholding control and then the other corporate shareholding situations were analyzed. The regime applicable to the first situation (corporate shareholding control) suggests, in a first approach, that the object of taxation is the equity increase of the shareholder and not the profits earned abroad. This interpretation is however fragile since it reflects the isolated reading of article 77, caput of Federal Law n. 12.973/2014. On the other hand, the regime applicable to non shareholding situations in Federal Law n. 12.973/2014 has clearly the profits as the object of taxation and also allows deferral but only because it is the reflect of STF's decision.

*Keywords:* Worldwide Taxation, Profits earned abroad, Tax Treaties, Federal Law n. 12.973/2014.

## 1. Introdução

Poucos temas no Direito Tributário ensejaram tantas controvérsias jurídicas quanto o regime brasileiro de tributação em bases universais das pessoas jurídicas ou “regime de tributação de lucros auferidos no exterior”, conforme se convencionou chamar.

Desde a sua previsão inicial, nos artigos 25 e 26 da Lei nº 9.249/1995, a evolução do regime passou por momentos em que ora permitiu-se o diferimento da tributação sobre os lucros auferidos no exterior por controladas, coligadas, filiais e sucursais e ora determinou-se a sua tributação de forma imediata e automática no mesmo período-base em que auferidos. Observa-se, no entanto, que, em todos esses momentos, uma característica do regime jamais se alterou: o seu caráter geral e irrestrito segundo o qual se conferiu sempre o mesmo tratamento jurídico a hipóteses de investimento no exterior absolutamente distintas.

É dizer: o regime brasileiro - ao menos até a publicação da Lei nº 12.973/2014 - nunca diferenciou situações de investimento legítimo no exterior daquelas consideradas ilegítimas, sobretudo, quando se tem em mente a permissão ao diferimento dos tributos devidos no Brasil incidentes sobre os lucros auferidos no exterior. O regime nunca fez a distinção tradicional realizada pelas *Controlled Foreign Companies rules (CFC rules)* adotadas no direito comparado entre rendimentos ativos e passivos (*transactional approach*) auferidos por controladas e coligadas em países de tributação regular e paraísos fiscais (*jurisdictional approach*).

Ao optar pelo desenho normativo ora descrito, o legislador inevitavelmente se afastou das normas internacionais que inspiraram a sua criação. Com efeito, o Brasil era o único país que tributava em bases universais coibindo o diferimento da tributação dos resultados auferidos no exterior de forma geral e irrestrita. A

criatividade do legislador brasileiro também ensejava o seguinte questionamento: teriam as normas brasileiras de tributação em bases universais contornos antielísivos?

Na ausência de qualquer ponderação quanto a situações de investimento legítimo ou ilegítimo no exterior, a resposta a esta pergunta é inevitavelmente negativa.

Foram intensos os debates e as pressões, inclusive das cortes judiciais, por mudanças no plano normativo. A resposta a estas pressões veio com a publicação da Lei nº 12.973/2014 que previu um novo regime de tributação de lucros auferidos no exterior. A partir da vigência do novo marco legislativo, o regime tornou-se mais complexo, mas, ao mesmo tempo, mais sensível a distintas situações de investimento realizadas no exterior.

O presente artigo tem por finalidade investigar se as grandes questões que caracterizaram o antigo regime deverão permanecer após a introdução do novo regime ou se, diversamente, foram superadas. As questões que orientarão este breve estudo, tal como o próprio título do presente estudo sugere, serão: as grandes discussões que caracterizaram o regime antigo deverão permanecer após o novo marco normativo? O regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas, previsto pela Lei nº 12.973/2004, tem natureza antielísiva? O Brasil teria, neste sentido, finalmente adotado um regime semelhante às *CFC rules*?

Este artigo divide-se em duas partes: a primeira destina-se a expor a evolução do regime até a publicação da Lei nº 12.973/2014, bem como os principais debates que caracterizaram este período, ao passo em que, na segunda parte, o foco passará ser o novo regime ocasião em que, após devidamente compreendida a evolução do regime até a publicação da Lei nº 12.973/2014 bem como as questões jurídicas suscitadas até então, as questões acima expostas poderão ser respondidas.

## **2. O Antigo Regime de Tributação em Bases Universais das Pessoas Jurídicas (Anterior à Lei nº 12.973/2014)**

### *2.1. A evolução do regime*

Antes que se adentre o novo regime de tributação em bases universais, tal como ele se coloca na legislação atual (Lei nº 12.973/2014), é de extrema importância que se tenha uma boa compreensão das características por ele assumidas em cada um dos momentos da sua evolução normativa. Entender a trajetória normativa percorrida pelo legislador até a publicação da Lei nº 12.973/2014 auxiliará na compreensão das principais questões jurídicas suscitadas no antigo regime bem se elas permanecerão sob a égide do novo regime.

Conforme adiantou-se anteriormente, o regime passou por diversas fases cada qual com as suas características específicas. A tabela, abaixo, sintetiza cada um dos “momentos” pelos quais passou o regime ora tratado com destaque para o diploma normativo que o inaugurou, os critérios normativos que orientaram a regra matriz que prevê a hipótese de incidência tributária bem como as consequências advindas da sua aplicação. Veja-se:

<i>Momento</i>	<i>Diploma Normativo</i>	<i>CrITÉrio Normativo</i>	<i>Consequência</i>
1º	<i>Territorialidade (sem diploma específico)</i>	Não há critérios normativos que possibilitem a tributação da renda da pessoa jurídica em bases universais	Tributação em bases territoriais
2º	<i>Lei nº 9.249/1995</i>	<i>CM:</i> auferir lucro, rendimento e ganho de capital por coligada ou controlada no exterior <i>CP:</i> sociedade controladora/coligada residente no Brasil <i>CT:</i> em 31 de dezembro de cada ano <i>CE:</i> exterior	Tributação em bases universais com disponibilização automática (regra de antidiferimento total)
3º	<i>IN SRF nº 38/1996</i>	<i>CM:</i> auferir lucro, rendimento e ganho de capital por coligada ou controlada no exterior <i>CP:</i> sociedade controladora/coligada residente no Brasil <i>CT:</i> em 31 de dezembro do ano em que houver a disponibilização econômica ou jurídica dos lucros, rendimentos e ganhos de capital <i>CE:</i> exterior	Tributação em bases universais condicionada à disponibilização econômica ou jurídica (regra de diferimento total)
4º	<i>Lei nº 9.532/1997</i>	<i>CM:</i> auferir lucro, rendimento e ganho de capital por coligada ou controlada no exterior <i>CP:</i> sociedade controladora/coligada residente no Brasil <i>CT:</i> em 31 de dezembro do ano em que houver a disponibilização econômica ou jurídica dos lucros, rendimentos e ganhos de capital <i>CE:</i> exterior	Tributação em bases universais condicionada à disponibilização econômica ou jurídica (regra de diferimento total)
5º	<i>LC nº 104/2001</i>	<i>CM:</i> auferir lucro, rendimento e ganho de capital por coligada ou controlada no exterior <i>CP:</i> sociedade controladora/coligada residente no Brasil <i>CT:</i> momento em que a lei dispuser que se dará a	Introdução do parágrafo 2º ao artigo 43 do CTN → intenção de atribuir validade

5º	<i>LC nº 104/2001</i>	disponibilidade daquela renda <i>CE:</i> Exterior	jurídica ao critério normativo vigente no 2º momento
6º	<i>MP nº 2.158-35/2001</i>	<i>CM:</i> auferir lucro, rendimento e ganho de capital por coligada ou controlada no exterior nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 <i>CP:</i> sociedade controladora/coligada residente no Brasil <i>CT</i> <sup>1</sup> : data do balanço na qual os lucros, rendimentos e ganhos de capital tiverem sido apurados, na forma do regulamento <i>CT</i> <sup>2</sup> : para os lucros apurados até 31 de dezembro de 2001, os lucros serão considerados disponibilizados até 31 de dezembro de 2002, salvo se houver qualquer hipótese de disponibilização anteriormente. <i>CE:</i> exterior	Tributação em bases universais com disponibilização automática (regra de antidiferimento total)
7º	<i>IN SRF nº 213/2002</i>	<i>CM:</i> auferir lucro, rendimento e ganho de capital por coligada ou controlada no exterior <i>CP:</i> sociedade controladora/coligada residente no Brasil <i>CT</i> <sup>1</sup> : data do balanço na qual os lucros, rendimentos e ganhos de capital tiverem sido apurados <i>CT</i> <sup>2</sup> : para os lucros apurados até 31 de dezembro de 2001, os lucros serão considerados disponibilizados até 31 de dezembro de 2002, salvo se houver qualquer hipótese de disponibilização anteriormente. <i>CE:</i> Exterior	Tributação em bases universais com disponibilização automática (regra de antidiferimento total)
<i>Legenda:</i> CT é o critério temporal, CM é critério material, CP é o critério pessoal e CE é o critério espacial.			

Fica muito claro que o legislador rompeu com o critério da territorialidade da tributação da renda das pessoas jurídicas mediante a publicação da Lei nº 9.249/1995 que, em seus artigos 25 e 26, previu a tributação em bases universais da renda das pessoas jurídicas sob o amparo do *critério da universalidade* previsto no inciso I do parágrafo 2º do artigo 153 da Constituição Federal. Esta inovação jurídica caracterizou a passagem do primeiro momento para o segundo.

Quanto a este segundo momento, é importante, ainda, esclarecer que, diante da ausência de comando normativo que determinasse o momento em que a renda auferida no exterior seria submetida à tributação brasileira, havia um elevado risco de que as autoridades fazendárias viessem a entender que tal momento se daria ao final de cada ano-calendário, momento em que se apura o Lucro Real da pessoa jurídica bem como a base de cálculo da CSL.

Tal entendimento, no entanto, implicaria inevitável afronta aos conceitos de disponibilidade jurídica e econômica previstos no artigo 43 do CTN. Ciente desta potencial afronta à legislação complementar, a Secretaria da Receita Federal do Brasil houve por bem “contornar” o referido problema por meio da edição da IN SRF nº 38/1996 que passou a condicionar a tributação de lucros auferidos no exterior à sua efetiva disponibilização jurídica ou econômica.

Ainda que a referida instrução normativa fosse benéfica aos contribuintes, não se pode deixar de notar que a inovação por ela veiculada foi absolutamente ilegal já que um mero ato normativo cuja função é regulamentar jamais poderia inovar em relação ao disposto em lei. Paradoxalmente, a referida instrução normativa previu diversas *hipóteses de disponibilização* aplicáveis a situações especiais que, por recorrerem novamente a presunções jurídicas de disponibilização, incorriam igualmente em afronta ao CTN e à Constituição Federal. Este foi o terceiro momento da evolução do regime.

A constatação de que a limitação instituída pela IN SRF nº 38/1996 à Lei nº 9.249/1995 era ilegal, não obstante ter sido benéfica, não passou despercebida aos olhos do legislador que, pouco tempo depois, publicou a Lei nº 9.532/1997 que, logo em seu artigo 1º, “legalizou” os critérios anteriormente previstos apenas em instrução normativa caracterizando, assim, o quarto momento de evolução do regime.

Houve, portanto, no terceiro e no quarto momentos um regime de tributação em bases universais da pessoa jurídica pautado pela regra do diferimento da tributação, que se condicionava à prática de atos societários que ensejassem a sua disponibilização jurídica ou econômica para a pessoa jurídica investidora (controladora ou coligada) residente no Brasil.

Poucos anos após a publicação da Lei nº 9.532/1997, foi publicada a Lei Complementar nº 104/2001 por meio da qual o legislador promoveu diversas alterações no CTN, entre as quais a inclusão do parágrafo 2º ao artigo 43 do referido código vigente até os dias atuais com o seguinte teor: “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”. Com isso, o legislador complementar pretendeu atribuir validade jurídica ao critério normativo vigente no segundo momento, conforme

será demonstrado a seguir. Este foi, neste sentido, o quinto momento normativo de evolução do regime.

Na sequência da publicação da Lei Complementar nº 104/2001, ainda no mesmo ano, foi publicada a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 por meio da qual se pôde atingir a finalidade almejada desde a publicação da Lei nº 9.249/1995 (segundo momento): coibir, sem qualquer exame de ponderação e proporcionalidade, o diferimento da tributação incidente no Brasil sobre a renda auferida no exterior, o que se pode denominar de “regime geral de antidiferimento”. Este diploma inaugurou o que ora se denomina de sexto momento normativo.

É interessante observar que a publicação da MP nº 2.158-35/2001, na sequência da alteração prevista pela Lei Complementar nº 104/2001 no artigo 43 do CTN, demonstra inequivocamente que, aos olhos dos Poderes Executivo e Legislativo Federal, as condições jurídicas necessárias à introdução do regime que já se pretendia adotar desde o princípio (regime geral de antidiferimento) haviam sido plenamente atendidas após a introdução no ordenamento jurídico da regra prevista no parágrafo 2º do artigo 43 do CTN. É dizer: vislumbrou-se, na introdução do parágrafo 2º ao artigo 43 do CTN, a permissão para que o legislador ordinário estabelecesse livremente o momento em que se daria a disponibilização de lucros auferidos no exterior, ainda que mediante a figura de uma ficção jurídica (a chamada “disponibilização ficta”). Neste sentido, o parágrafo 2º do artigo 43 do CTN foi visto, pelas autoridades fazendárias, como exceção lícita à regra prevista em seu *caput*.

O sétimo momento foi caracterizado pela publicação da IN SRF nº 213/2002 cujo intuito era regulamentar a regra prevista no artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001. No entanto, é curioso observar que, não obstante a referida instrução normativa não tenha se afastado desta medida provisória em sua essência (regime geral de antidiferimento), houve inovação quanto ao seu conteúdo em alguns aspectos que serão tratados adiante.

O sexto e o sétimo momentos foram os mais longos na medida em que perduraram até a alteração legislativa prevista pela Lei nº 12.973/2014 da qual se tratará na segunda parte do presente artigo.

A evolução do regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas ensejou consideráveis questionamentos de direito interno e internacional que serão detalhados a seguir.

## 2.2. *Questões controvertidas no Direito Tributário interno*

Diversas foram as questões jurídicas relacionadas à adequação do regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas - tal como previsto após a publicação da MP nº 2.158-35/2001 e regulamentado pela IN SRF nº 213/2002 (sexto e sétimo momentos) - ao direito interno, dentre as quais as principais serão objetivamente tratadas na sequência.

### 2.2.1. *A validade jurídica do regime: Constituição Federal e CTN*

Logo que foi publicada a MP nº 2.158-35/2001, cujo artigo 74 determinava a tributação dos lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas ao final do ano-calendário em que auferidos independentemente da prática de qualquer ato

que levasse à sua efetiva disponibilização jurídica ou econômica, vários autores apontaram que a inovação legislativa teria afrontado diretamente o quanto previsto no *caput* do artigo 43 do CTN.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior pondera que o parágrafo 2º do artigo 43 do CTN atribuiu competência à lei ordinária apenas para viabilizar a incidência do imposto de renda sobre rendas auferidas no exterior sem, no entanto, lhe permitir que o momento e as condições da passagem da situação de “não ter” para a situação de “ter” - passagem operada através da aquisição de disponibilidade - fossem fixadas livremente pela lei ordinária, pois a sua definição é elemento inerente ao tipo tributário o qual, por sua vez, é competência exclusiva da lei complementar regular<sup>1</sup>. Assim, a delegação de competência à lei ordinária não poderia ter se afastado do disposto no *caput* do artigo 43.

Ademais, ao ponderar qual seria a verdadeira natureza do critério de disponibilização automática previsto no artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, o autor conclui que ela seria uma *ficção jurídica* e não a uma mera *equiparação jurídica* na medida em que “a equiparação afirma uma igualdade, desprezando desigualdades secundárias, enquanto a ficção afirma uma desigualdade essencial, procedendo, não obstante, a uma igualação”<sup>2</sup>.

O autor transmite a exata noção de como o debate, que se instaurou acerca da afronta do artigo 74 ao disposto no *caput* do artigo 43 do CTN, se interseccionou com o próprio debate quanto à constitucionalidade do regime. Na medida em que a Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, alínea *a*, delegou competência à lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária especialmente sobre a definição de tributos e suas espécies, fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, qualquer tentativa de disciplinar tais matérias por meio de lei ordinária em desrespeito à lei complementar representaria uma afronta direta à repartição constitucional de competências.

Desse modo, o parágrafo 2º do artigo 43 não poderia ter delegado ao legislador ordinário competência somente a ela atribuída de modo que a sua interpretação deveria ser feita *conforme* esta diretriz constitucional. Daí ser correto dizer que o legislador ordinário deveria, ao regular a forma e o momento de tributação de lucros auferidos no exterior, ater-se ao comando previsto no *caput* respeitando-se o efetivo momento em que ocorresse a disponibilização jurídica ou econômica dos referidos rendimentos.

Ricardo Mariz de Oliveira defende que a inclusão do parágrafo 2º ao artigo 43 do CTN teria excluído qualquer dúvida quanto à validade da tributação da pessoa jurídica em bases mundiais, mas questiona, até que ponto este dispositivo legal teria sido o fundamento de validade para o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001. Ao analisar a questão, o referido autor conclui que o parágrafo 2º do artigo 43 do CTN não permite que a disponibilização dos lucros auferidos no exterior ocorra através de uma ficção jurídica; o dispositivo requer que haja a sua

<sup>1</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Disponibilidade: CTN art. 43”. *Revista de Direito Tributário* nº 91. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 22-23.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 25.



efetiva disponibilização econômica ou jurídica<sup>3</sup>. Isso porque o parágrafo 2º não é uma exceção ao *caput* do artigo 43, devendo aquele dispositivo ser interpretado de forma harmoniosa com o comando normativo deste último, de modo que “não há uma disponibilidade no parágrafo 2º que seja distinta das disponibilidades previstas no *caput*”<sup>4</sup>.

Luís Eduardo Schoueri, em artigo específico publicado sobre o tema, defendeu a inconstitucionalidade do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 por ser desproporcional em relação à finalidade antielisiva visada pela norma, haja vista que a mesma finalidade almejada poderia ser alcançada mediante a adoção de uma norma que coibisse o diferimento da tributação de forma seletiva<sup>5</sup>.

Diversos outros autores seguiram, de modo geral, as linhas de entendimentos acima expostas<sup>6</sup>. Outros autores mantiveram-se firmes na defesa da constitucionalidade do regime bem como a sua adequação ao artigo 43 do CTN<sup>7</sup>.

### 2.2.2. A ilegalidade contida na IN SRF nº 213/2002 ao utilizar o MEP como técnica de tributação

Muito embora a IN SRF nº 213/2002 tenha sido fiel ao disposto no artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, ao regulamentar a forma como se daria a tributação de lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior, a Secretaria da Receita Federal do Brasil extravasou os limites da sua função regulamentar ao inovar na ordem jurídica.

A principal e mais notável inovação contida na instrução normativa diz respeito à utilização do Método de Equivalência Patrimonial (MEP) - previsto no artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 como mera técnica de espelhamento contábil do valor patrimonial de participações societárias em investimentos considerados relevantes - como técnica de tributação. O artigo 7º, parágrafo 1º da IN SRF nº 213/2002 rompeu a neutralidade fiscal das contrapartidas em conta de resultado

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 334.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 338.

<sup>5</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. “Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 132. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 39-50.

<sup>6</sup> Entre eles: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 402; BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 80-83; GODOI, Marciano Seabra. “O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 6. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 277-289; e SILVA, Sergio André Rocha Gomes da. “Transparência fiscal no Direito Tributário brasileiro”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 99. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 118-121; e CARDOSO, Daniel Gatschnigg. “A ‘CFC legislation’ brasileira e os impactos na competitividade internacional”. *Repertório de jurisprudência IOB* nº 3, v. I, 2006, p. 122.

<sup>7</sup> Entre eles: ANCELES, Eliana Karsten. “Transparência fiscal internacional (Controlled Foreign Corporations - CFC): uma visão analítica à luz da sistemática jurídico-tributária brasileira”. *Revista Fórum de Direito Tributário* nº 8. Belo Horizonte: Fórum, 2004; SOUZA JÚNIOR, Alberto Pinto. “A disponibilidade de lucros oriundos do exterior”. *Revista Fórum de Direito Tributário* nº 2, ano 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003, pp. 56-67; e UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; e ROCHA, Sergio André *et al.* *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012 (opinião exclusiva de Marco Aurélio Greco).

dos ajustes positivos decorrentes da utilização do MEP ao prever que “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”.

A primeira ilegalidade cometida diz respeito justamente à atribuição de efeitos fiscais ao MEP haja vista que, ao proceder desta forma, a Secretaria da Receita Federal do Brasil contrariou o disposto no parágrafo 6º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 o qual previa que “os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente”. É dizer: a IN rompeu com a neutralidade do MEP ao passo em que a Lei a resguardava.

A segunda ilegalidade cometida refere-se ao universo de acréscimos patrimoniais submetidos à tributação por força da utilização do MEP enquanto técnica de tributação. O MEP, enquanto técnica de avaliação do valor de participações societárias, registra variações positivas e negativas do valor do patrimônio líquido do investimento avaliado.

Sendo assim, qualquer mutação patrimonial que implique o aumento ou a redução do valor do patrimônio líquido da sociedade investida será necessariamente refletido, mediante o recurso à referida técnica contábil, no balanço patrimonial e na demonstração de resultado da investidora. Contabilmente, os ajustes positivos e negativos decorrentes da avaliação pela equivalência patrimonial traduzem-se em um lançamento em conta patrimonial do ativo (conta “investimentos”) e o correlativo lançamento em conta de resultado o que, por óbvio, impacta na apuração do lucro líquido do período e, nos termos da IN, também do resultado fiscal (Lucro Real e base de cálculo da CSLL).

Note-se que o “lucro” é apenas uma das mutações patrimoniais positivas que o MEP espelha no universo de “ajustes positivos”. Há, com efeito, diversas outras mutações patrimoniais positivas que são igualmente espelhadas pelo MEP e que também impactam na apuração dos resultados contábil e fiscal do período. Ocorre que, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 e do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, é apenas o “lucro” auferido por controladas e coligadas no exterior que pode ser objeto de tributação. Houve intensas discussões, por exemplo, quanto à tributação das variações cambiais ativas que representavam, muitas vezes, uma mutação patrimonial apenas momentânea compensada, posteriormente, pelas variações cambiais negativas. O problema era que a Lei nº 9.249/1995 não admite a compensação dos prejuízos incorridos no exterior com os lucros auferidos no Brasil gerando, desse modo, uma situação extremamente anti-isonômica. Eis, aqui, a segunda inovação cometida<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> No mesmo sentido: CEZAROTI, Guilherme. “Lucros auferidos no exterior: a tributação do resultado da equivalência patrimonial pela IN SRF nº 213/02”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 97. São Paulo: Dialética, 2003; GONÇALVES, José Artur Lima. “Equivalência patrimonial e imposto sobre a renda”. *Revista de Direito Tributário* nº 100. São Paulo: Malheiros, 2008; GONÇALVES, José Artur Lima. “Imposto de renda sobre o lucro das coligadas e controladas estabelecidas no exterior”. *Revista de Direito Tributário* nº 87. São Paulo: Malheiros, 2001.

### 2.2.3. O regime de tributação de lucros auferidos no exterior e as regras de preços de transferência

O regime tributário de preços de transferência é regido, no Direito brasileiro, pelos artigos 18 a 24-B da Lei nº 9.430/1996 e tem como propósito fundamental coibir que, nas relações de mercado realizadas por partes vinculadas - seja o vínculo de natureza societária (*e.g.* participação no capital social, sociedades sujeitas a controle comum, sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário, entre outras hipóteses), seja o vínculo de natureza econômica normalmente decorrente de algum negócio celebrado pelas partes (*e.g.* contrato de agência e distribuição) -, sejam estipulados preços artificiais - ou seja, preços que não teriam sido fixados em transações normais de mercado entre partes independentes - com o propósito preponderante ou exclusivo de reduzir a base de cálculo do imposto devido no Brasil e transferir, indiretamente, lucros para o exterior. Em outras palavras, o objetivo do regime de preços de transferência é assegurar que as transações entre partes vinculadas sigam o padrão, defendido pela OCDE, *at arm's length* para fins fiscais<sup>9</sup>. Este regime está compreendido no conjunto de medidas adotadas pelos países para lidar com estratégias abusivas de elisão fiscal internacional.

As regras que estabelecem preços-parâmetro de transferência entre partes vinculadas, sendo uma delas residente no Brasil e outra no exterior, se aplicam em relação à compra e venda de mercadorias, prestação de serviços, tanto nas operações de importação quanto nas de exportação, bem como na fixação da taxa de juros em contratos internacionais de mútuo. Vale lembrar que, em diversas legislações, inclusive na brasileira, as regras dispensam o requisito de “vinculação” quando uma das partes é residente em países de tributação favorecida ou é beneficiária de regime fiscal privilegiado.

Ocorre que, da aplicação conjunta dos regimes de preços de transferência e de tributação dos lucros auferidos no exterior pela pessoa jurídica, pode resultar em uma grave anomalia do sistema. Explicar-se-á esta afirmação através de um exemplo prático.

Imagine-se que a empresa A é residente no Brasil e detenha 80% da participação societária da empresa B, residente na Holanda. Imagine-se também que a empresa A promova a importação de mercadorias da empresa B tendo pago a esta última o valor de R\$ 500.000,00. Considerando que após a aplicação dos métodos para a correta estimativa do valor do preço-parâmetro de importação, previstos no artigo 18 da Lei nº 9.430/1996, o método que alcançou o maior valor - o mais favorável ao contribuinte, portanto - determinou que o preço da operação, para fins de dedução na forma de custo, tenha sido R\$ 300.000,00, tornando, conseqüentemente, indedutível o valor de R\$ 200.000,00 na apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

<sup>9</sup> São vários os relatórios da OCDE em que consta o seu posicionamento em relação ao objetivo das normas de preços de transferência em assegurar que transações entre partes vinculadas obedeam ao padrão *at arm's length* para fins fiscais como medida de proteção da arrecadação tributária dos países contra estratégias que visem, pura ou preponderantemente, a elisão fiscal. Entre os diversos relatórios em que a OCDE trata da questão das regras de preços de transferência, veja-se: OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Paris, 2010.

Imagine-se, ainda, que a empresa A também esteja sujeita ao pagamento de IRPJ e CSLL sobre a sua renda universal, ou seja, sobre os resultados positivos apurados por controladas, coligadas, filiais e sucursais residentes no exterior, seguindo-se, para tanto, a sistemática do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001. Assim, da aplicação da sistemática resultaria que a empresa A deveria arcar com a tributação de IRPJ e CSLL sobre R\$ 400.000,00 (80% do valor do resultado positivo apurado pela controlada).

A anomalia está justamente no fato de que cada uma das operações toma, como base, valores diferentes para determinação de consequências tributárias; enquanto o regime de preços de transferência limita o valor da transação para efeitos de dedutibilidade na forma de custo na apuração da base de cálculo dos tributos incidentes, o regime de tributação de lucros auferidos no exterior determina que a fração de participação societária da integralidade do valor da transação efetuada seja tida como base de cálculo dos tributos brasileiros, antes ainda, diga-se de passagem, da disponibilização dos lucros aos sócios brasileiros.

A consequência disso é que o sócio brasileiro não apenas deve arcar com a tributação incidente sobre lucros ainda não disponibilizados ( $400.000 \times 0,34 = 136.000$ ), como também com a fração do valor da operação que não pôde ser deduzida na importação - e que pode ser considerada como parcela de imposto que se pagou a mais - devido à legislação de preços de transferência ( $200.000 \times 0,34 = 68.000$ )<sup>10</sup>. Se por um lado a legislação brasileira determina que o Fisco reajuste o preço das transações para menos entre partes vinculadas quando se regula a extensão do direito de deduzir custos e despesas da base de cálculo do imposto brasileiro, por outro lado este “reajuste” não vale quando o objetivo é tributar em bases universais.

Há, neste sentido, grande incoerência no fato de o sistema tributário admitir valores distintos como base de cálculo, para dois regimes jurídicos que se aplicam aos resultados de uma mesma transação, o que acarreta a bitributação e a consequente violação do princípio da capacidade contributiva - orientador de todo o sistema tributário nacional - justamente da parcela que não se permite deduzir em virtude da aplicação da legislação de preços de transferência, mas que é tributada através do regime de tributação em bases mundiais<sup>11</sup>.

#### 2.2.4. Ausência de natureza antielisiva

Em vista das considerações feitas até o presente momento a respeito da amplitude do regime de antiferimento (regime de antidiferimento total) bem como da utilização do MEP - instrumento de avaliação contábil de valor patrimonial em sua essência - como ferramenta para tributação de qualquer acréscimo patrimonial positivo registrado em relação a investimento no exterior, questiona-se: o regime vigente até a Lei nº 12.973/2014 possuía natureza antielisiva?

<sup>10</sup> Utilizando-se de exemplo semelhante, Diogo Ferraz chama atenção para o fenômeno tratado. Neste sentido, veja-se: FERRAZ, Diogo. “O possível conflito entre os preços de transferência e a legislação CFC”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 121. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 22-33.

<sup>11</sup> Cf. MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 112-118.

Para responder a esta questão, impõe-se, antes de qualquer coisa, definir o que se entende por “norma antielisiva”.

Alberto Xavier, ancorando-se na doutrina europeia, entende haver duas espécies de normas antielisivias: as normas antielisivias gerais e as normas antielisivias especiais. As primeiras consistem em “normas que têm por objetivo comum a tributação, por analogia, de atos ou negócios jurídicos extratípicos isto é, não subsumíveis ao tipo legal tributário, mas que produzem efeitos econômicos equivalente aos dos atos ou negócios jurídicos típicos sem, no entanto, produzirem as respectivas consequências tributárias”. Por outro lado, segundo o referido autor, as normas antielisivias especiais “não passam da tipificação *a posteriori*, por lei, de certos atos ou negócios jurídicos que a experiência revelou serem utilizados como forma anteriormente não prevista em lei de obter resultados equivalentes aos dos atos tributados, socorrendo-se frequentemente de presunções ou ficções legais”<sup>12</sup>.

As normas antielisivias - tanto as gerais quanto as especiais - possuem requisitos que devem ser preenchidos para que ocorra a sua incidência. O mais fundamental de todos esses requisitos é, sem dúvida alguma, o *fim elisivo* vislumbrado pelo contribuinte o qual consiste em subtrair o ato praticado ou o conjunto de atos praticados do âmbito da aplicação da norma tributária<sup>13</sup>.

Partindo-se das premissas fixadas acima, observa-se que, dentre as categorias de normas antielisivias expostas acima, aquela que, em princípio, melhor se amoldaria ao regime brasileiro de tributação de lucros auferidos no exterior seria a das normas antielisivias especiais.

Ocorre que a natureza jurídica antielisiva requer que haja um *critério de discriminação* de operações com finalidade preponderantemente elisiva daquelas em que semelhante finalidade não se faz presente (ao menos não de forma preponderante). O regime brasileiro, ao coibir o diferimento da tributação dos lucros auferidos no exterior sem qualquer juízo de ponderação quanto a hipóteses de investimento legítimo (*e.g.* renda ativa em países de tributação regular) ou ilegítimo no exterior (*e.g.* renda passiva em paraísos fiscais), revela que a sua natureza jurídica não é de norma antielisiva.

Ao comparar o regime brasileiro com as *CFC rules* - normas antielisivias especiais adotadas originalmente pelos EUA em 1962 -, Paulo Ayres Barreto manifesta-se no sentido de que o regime brasileiro afasta-se sensivelmente das referidas normas adotadas no direito comparado. Isto porque, segundo o autor, o regime brasileiro não possui nenhum dos atributos das *CFC rules*, quais sejam: (i) excepcionalidade; (ii) caráter antielensivo; (iii) que as controladas e coligadas estejam em país com tributação favorecida; e (iv) que a renda decorra de atividades não empresariais (rendas passivas)<sup>14</sup>.

Assim, é forçoso concluir que o regime jurídico que antecedeu a publicação da Lei nº 12.973/2014 não possuía natureza jurídica antielisiva.

<sup>12</sup> XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 85.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>14</sup> BARRETO, Paulo Ayres. “A tributação, por empresas brasileiras, dos lucros auferidos no exterior por suas controladas ou coligadas”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 17. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 225-226.

### 2.3. *Questões controvertidas no Direito Tributário Internacional brasileiro*

As questões jurídicas ensejadas pelo regime de tributação de lucros auferidos no exterior não se limitavam ao direito interno. No Direito Tributário Internacional, mormente no tocante à adequação do regime com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda (em sua maior parte inspirados na Convenção-Modelo da OCDE), o tema se mostrou igualmente problemático.

A maior parte da literatura especializada, no tocante ao tema da adequação do regime com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, entende que o seu correto enquadramento se dá no artigo 7º (parágrafo 1º) dos tratados que dispõe sobre os *lucros das empresas*<sup>15</sup>. Com efeito, o artigo 7º da Convenção-Modelo prevê a regra de 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 aí situado*. Trata-se de uma regra de competência tributária exclusiva em que apenas o Estado de residência da sociedade empresarial terá jurisdição para tributar os lucros por ela produzidos. Neste sentido, os seguidores desta linha entendem que o regime brasileiro é incompatível com a referida regra de competência exclusiva, na ausência de estabelecimento permanente que a excepcione.

Outra parte importante da literatura especializada entende que a técnica adotada pelo legislador pátrio não teria sido a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresariais residentes no exterior - técnica semelhante à transparência fiscal utilizada no direito comparado - mas sim a técnica dos dividendos fictos.

Neste sentido, esta linha teórica entende que o artigo dos tratados celebrados aplicável ao regime brasileiro é o artigo 10 (parágrafos 1º e 2º) o qual prevê que *os dividendos pagos por uma empresa residente de um Estado contratante para um residente em outro Estado contratante podem ser tributados nesse outro Estado e ainda que esses dividendos podem, no entanto, ser igualmente tributados no Estado contratante do qual é residente a empresa que paga os dividendos, de acordo com a legislação desse Estado*. Trata-se, neste sentido, de uma regra de competência tributária concorrente e que permite, portanto, que ambos os Estados envolvidos tributem os dividendos pagos. Assim, esta vertente sustenta inexistir qualquer incompatibilidade entre o regime brasileiro e os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação<sup>16</sup>.

Há, ainda, uma terceira vertente doutrinária - e que, particularmente, ganhou bastante força entre as autoridades fiscais, conforme será demonstrado

<sup>15</sup> Entre eles: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010; BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007; ROCHA, Sergio André. "Tributação de lucros do exterior, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 17. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 329-349; e SCHOUE-RI, Luís Eduardo. "Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna 18/2013". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 219. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 67-77.

<sup>16</sup> Confira-se maiores detalhes sobre esta linha de raciocínio em: MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



adiante - que defende que o correto enquadramento do regime brasileiro seria no artigo 21 (parágrafo 1º) o qual prevê, como regra, que *os rendimentos de um residente de um Estado contratante, de onde quer que provenham, não tratados nos artigos anteriores da presente Convenção, serão tributáveis apenas nesse Estado*. Trata-se de regra de caráter residual que resguarda ao Estado, onde reside a sociedade empresária, a competência para tributar outros rendimentos cujo tratamento não foi detalhado nos demais artigos do tratado (ou seja, rendimentos que sequer estariam sujeitos às disposições do tratado).

Os seguidores desta linha teórica entendem que o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, não obstante tome como referência aos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, não adota como objeto de tributação os lucros auferidos no exterior, mas sim o acréscimo patrimonial reflexo registrado contabilmente, através do MEP, na sociedade investidora (residente no Brasil). Desse modo, não havendo disciplina específica nos tratados para este tipo de “rendimento”, o seu correto enquadramento seria na regra residual do artigo 21 o qual reconhece plena competência ao Estado de residência da sociedade investidora para tributá-los.

Na jurisprudência administrativa, a questão está longe de chegar um consenso. Um dos primeiros casos analisados sobre o tema foi o caso “Refratec”<sup>17</sup> em que prevaleceu o entendimento de que, entre o período compreendido entre a publicação da Lei nº 9.249/1995 e a publicação da Lei nº 9.532/1997, o objeto da tributação eram os *lucros* auferidos no exterior submetidos, portanto, ao tratamento previsto no artigo 7º dos tratados. No entanto, após a publicação da Lei nº 9.532/1997, o objeto da tributação passou a ser os *dividendos* na ocasião em que distribuídos nos termos previstos pelo mesmo diploma normativo. Esta situação, segundo o voto condutor do acórdão, não se alterou com a disciplina dada à matéria pelo artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 que, apenas, veio a prever a sua disponibilização ficta.

Neste sentido, este julgado entendeu que o artigo dos tratados que melhor se moldava à legislação brasileira era o artigo 10 que dispõe sobre dividendos e permite que ambos os Estados envolvidos exerçam o seu poder de tributar.

Na sequência, foi julgado o caso “Eagle 1”<sup>18</sup> em cujo voto condutor prevaleceu o entendimento de que, não obstante o artigo 1º da Lei nº 9.532/1997 tenha alterado o objeto do regime - que até então eram os *lucros* - para os *dividendos*, com a publicação do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, o objeto do regime teria sido alterado, novamente, de modo a retornar aos *lucros*, tal como dispõe o artigo 25 da Lei nº 9.249/1995. Assim, o entendimento que prevaleceu foi no sentido de que o regime brasileiro melhor se enquadra na hipótese prevista pelo artigo 7º dos tratados celebrados pelo Brasil com o qual ele é incompatível.

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Acórdão nº 108-08.765, proferido pela antiga oitava câmara do primeiro conselho de contribuintes na sessão de 23 de março de 2006. Conselheiro-relator: José Henrique Longo, PAF nº 13603.002794/2003-50.

<sup>18</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Acórdão nº 101-95.102, proferido pela antiga primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes na sessão de 19 de outubro de 2006. Conselheira-relatora: Sandra Maria Faroni, PAF nº 16327.000112/2005-31.

Posteriormente, o Carf enfrentou, em diversas ocasiões, a questão da necessidade de *consolidação vertical dos lucros* auferidos por controladas indiretas para a sua correta submissão à tributação incidente no Brasil. O debate centrou-se, neste sentido, na necessidade de consolidação dos lucros auferidos por controladas indiretas nos balanços das controladas diretas - situadas, em todos os casos, em países com os quais o Brasil celebrou tratado para evitar a dupla tributação da renda - respeitando-se o disposto no artigo 1º, parágrafo 6º, da IN SRF nº 213/2002 ou se, por outro lado, o fato de o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 referir-se apenas a “controladas e coligadas no exterior” abriria margem não apenas para a aplicação do regime às controladas e coligadas diretas como também às indiretas. Este último posicionamento seria corroborado, ainda, pelo conceito de sociedades controladas previsto no artigo 243, parágrafo 2º da Lei nº 6.404/1976 o qual inclui não apenas as sociedades nas quais a controladora detinha diretamente a titularidade de direitos de sócio como também indiretamente por meio outras sociedades controladas.

Foi ao apreciar o caso “Eagle 2”<sup>19</sup> que o Carf se deparou com esta discussão pela primeira vez, ocasião em que prevaleceu o entendimento de que a fiscalização não estava obrigada a respeitar a sistemática da consolidação vertical dos lucros auferidos pelas sociedades controladas indiretamente. Assim, entendeu-se que o tratado celebrado pelo Brasil com a Espanha, país em que residia a controlada direta da controladora residente no Brasil, não se aplicava aos resultados positivos auferidos pelas controladas indiretas que residiam em países com os quais o Brasil não havia celebrado tratados para evitar a dupla tributação da renda.

Posteriormente, ao se deparar com a mesma questão nos casos “BRF”<sup>20</sup> e “Gerdau”<sup>21</sup>, o Carf adotou posicionamento diametralmente oposto ao afirmar que as autoridades fiscais estavam adstritas ao comando previsto no artigo 1º, parágrafo 6º, da IN SRF nº 213/2002 o qual determinava a obrigação de consolidar verticalmente os resultados auferidos por controladas indiretas nas respectivas controladoras diretas. Ao adotar este entendimento, o Carf estendeu os benefícios dos tratados celebrados pelo Brasil com os países onde residiam as controladas diretas também aos resultados positivos auferidos pelas controladas indiretas.

A única forma de se desconsiderar a obrigação de consolidação vertical seria desconsiderar a própria controlada direta sob a acusação de existência simulada da sociedade *holding* controlada diretamente e residente no exterior o que não se

<sup>19</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Acórdão nº 101-97.070, proferido pela antiga primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes na sessão de 17 de dezembro de 2008. Conselheira-relatora Sandra Maria Faroni, PAF nº 16327.000530/2005-28.

<sup>20</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Acórdão nº 1401-000.832, proferido pela quarta câmara da primeira turma da primeira seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), na sessão de 8 de agosto de 2012. Conselheiro-relator: Fernando Luiz Gomes de Mattos, PAF nº 10983.721.307/2011-46.

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Acórdão nº 1101-000.811, proferido pela primeira câmara da primeira turma da primeira seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), na sessão de 2 de outubro de 2012. Conselheira-relatora: Edeli Pereira Bessa, PAF nº16643.000276/2010-42.



fez presente em ambos os casos<sup>22</sup>. Ainda é cedo, no entanto, para afirmar qual será o posicionamento definitivo do Carf sobre a matéria o que somente poderá ser apontado com maior precisão quando da apreciação da questão pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, órgão responsável pela uniformização jurisprudencial da corte administrativa federal.

#### 2.4. A decisão do STF na ADI nº 2.588-1 e a Solução de Consulta Interna nº 18/2013

Após mais de 10 anos desde a propositura da ADI nº 2.588-1, o Supremo Tribunal Federal deu a sua palavra final sobre a questão da constitucionalidade do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001. No entanto, surpreendentemente, a resposta dada pelo STF foi insatisfatória haja vista ter pecado pela incompletude da sua decisão.

O STF ponderou quatro situações diferentes: (i) hipótese de coligação com coligada residente em país de tributação regular; (ii) hipótese de coligação com coligada residente em país com tributação favorecida; (iii) hipótese de controle com controlada residente em país com tributação regular; (iv) hipótese de controle com controlada residente em país com tributação favorecida.

Chegou-se à maioria necessária para que a decisão possuísse efeitos *erga omnes* apenas para as situações (i) e (iv); nas hipóteses envolvendo coligadas residentes em países de tributação regular, o regime foi considerado inconstitucional ao passo em que, nas hipóteses envolvendo controladas residentes em países de tributação favorecida, o regime foi considerado constitucional.

Observa-se que o STF, enquanto legislador negativo, procurou conferir ao regime os contornos antielisivos não conferidos pelo legislador positivo quando da sua concepção.

Pouco tempo após o julgamento da ADI nº 2.588-1, a Secretaria da Receita Federal do Brasil elaborou a Solução de Consulta Interna Cosit nº 18/2013 por meio da qual pronunciou o seu entendimento quanto a duas questões distintas, quais sejam, o julgamento da ADI pelo STF e a compatibilidade do regime brasileiro com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação internacional da renda (em sua grande parte inspirados na Convenção-Modelo da OCDE).

Nesta ocasião, a Secretaria da Receita Federal do Brasil assumiu, oficialmente, o seu posicionamento no sentido de que o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 não encontra óbice algum no artigo 7º dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda. Isto porque, nos termos do parágrafo 28 da própria solução de consulta:

“28. O artigo 74 da MP nº 2.158-35, 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 bra-

<sup>22</sup> Há grande controvérsia acadêmica quanto à possibilidade jurídica de se reputar simulada a existência da pessoa jurídica. Em relação a este tema, confira-se maiores detalhes em: SCHOUERI, Luís Eduardo. “A *persona* e o Direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas”. *Revista de Direito Tributário atual* nº 30. São Paulo: Dialética, 2013; ANDRADE JR., Luiz Carlos; e MADEIRA, Eduardo Santos Arruda. “*Caso Klabin*: o ‘casa separa’ revisto à luz da ‘técnica da simulação’”. *Revista de Direito Tributário atual* nº 28. São Paulo: Dialética/IBDT, 2012, pp. 43-71.

sileiro, não gerando qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros.”

É dizer: se o que se tributa é o acréscimo patrimonial gerado reflexamente na pessoa da entidade investidora, ainda que se adote como referencial o valor dos lucros auferidos no exterior, não há que se falar em conflito com o artigo 7º dos tratados. Ao que parece, a Secretaria da Receita Federal do Brasil posicionou-se no sentido de que o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 subsume-se ao artigo 21 (parágrafo 1º) dos tratados que, consoante restou evidenciado anteriormente, reconhece plena competência ao Estado de residência da sociedade empresária para tributar os rendimentos residuais cujo tratamento tributário não é disciplinado pelos demais artigos.

Há, no entanto, críticos em relação a este posicionamento. Luís Eduardo Schoueri adverte que o artigo 7º contém um claro limite ao exercício do poder de tributar do Estado de residência da sociedade investidora, qual seja, os *lucros* auferidos por coligadas e controladas no exterior. Segundo o autor, a interpretação da Secretaria da Receita Federal do Brasil é absurda pois desconsidera o que dispõe o próprio artigo 25 da Lei nº 9.249/1995. O seu parágrafo 1º, ao dispor sobre *rendimento e ganhos de capital*, determina a sua inclusão no lucro líquido (contábil) da investidora brasileira sugerindo, neste sentido, pertencer a esta última os acréscimos produzidos no exterior. Situação diversa é aquela relativa aos parágrafos 2º e 3º que, ao disporem sobre *lucros* auferidos por controladas, coligadas, sucursais e filiais no exterior, determinam a sua adição não ao lucro líquido - lucro este próprio da sociedade investidora - mas sim ao seu lucro real (tributário)<sup>23</sup>.

É dizer: o fato de o legislador ter determinado a adição dos lucros auferidos no exterior apenas ao lucro real seria indicador mais do que suficiente de que estes rendimentos específicos jamais poderiam ser considerados como se fossem seus. Apenas os ganhos de capital e os demais rendimentos admitem tal entendimento.

Resta, no momento, apenas aguardar o pronunciamento definitivo dos órgãos julgadores acerca do tema para que se possa saber se o entendimento manifestado pelas autoridades fiscais será (ou não) confirmado.

### 3. O Novo Regime (Lei nº 12.973/2014)

A Lei nº 12.973/2014 é o resultado da conversão em lei da MP nº 627/2013 que promoveu diversas alterações na legislação tributária destinadas, em sua maioria, a adaptá-la aos novos padrões contábeis internacionais, introduzidos pela Lei nº 11.638/2007, denominados IFRS, de observância obrigatória para a disciplina contábil.

Ocorre que, a despeito de o objetivo central da Lei nº 12.973/2014 ter sido a adaptação da legislação tributária às recentes alterações contábeis, a referida lei

<sup>23</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. “Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna 18/2013”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 219. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 74-75.

também introduziu, nos seus artigos 77 a 92, uma nova disciplina jurídica para a tributação em bases universais das pessoas jurídicas.

O regime brasileiro tornou-se mais complexo e visou a positivar a interpretação das autoridades fazendárias veiculada por meio da Solução de Consulta Interna nº 18/2013 bem como resolver problemas já apontados pela literatura especializada para o regime vigente anteriormente. Abaixo, proceder-se-á à análise mais aprofundada dos principais aspectos do novo regime, procurando-se, sempre, confrontá-lo com o regime anterior.

### *3.1. Características principais*

A presente análise será dividida, didaticamente, entre o regime aplicável às controladoras e aquele aplicável às coligadas, nos moldes previstos pela própria legislação. Posteriormente, alguns aspectos gerais do novo regime serão objeto de considerações específicas.

#### *3.1.1. O regime das controladoras*

##### *3.1.1.1. A questão do objeto da tributação*

Quanto ao regime de tributação em bases universais aplicável às hipóteses de controle societário, tem-se a sua previsão no artigo 77 da lei analisada nos seguintes termos:

“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.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º 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.

§ 4º O disposto no § 3º 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.

§ 5º O disposto no § 3º aplica-se inclusive nos casos de coligada de controlada direta ou indireta de pessoa jurídica brasileira.”

É curioso notar que, pela leitura isolada do *caput* do artigo 77, o legislador buscou estabelecer como objeto de tributação, nas hipóteses em que caracterizado o controle societário, não o lucro auferido no exterior pela sociedade controlada, mas sim o acréscimo patrimonial reflexo proporcional à participação detida - o “ajuste do valor do investimento em controlada direta ou indireta” - gerado na controladora tomando-se como mero referencial de cálculo o lucro auferido no exterior. A utilização da expressão “equivalente” deixa muito claro, pela leitura do *caput*, que a natureza jurídica do ajuste do valor do investimento, embora coincida em valor com o lucro auferido no exterior, com ele não se confundiria. Seria o lucro, repetindo-se a expressão utilizada linhas acima, mero referencial para a quantificação deste reflexo patrimonial positivo, este último sim objeto de tributação.

Assim, a partir da leitura aqui vislumbrada do novo regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas, pode-se observar que a controlada brasileira, longe de ser mera *responsável tributária* pelo recolhimento do tributo incidente sobre o resultado incorrido por pessoa jurídica não residente, seria ela própria a *contribuinte* haja vista que o critério material da hipótese de incidência já não seria mais “auferir lucros no exterior”, mas sim “sofrer mutação patrimonial positiva reflexa no Brasil”.

É nítido, portanto, que, pela leitura sugerida pelo *caput* do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, o legislador teria se inspirado na interpretação vislumbrada pela Solução de Consulta Interna nº 18/2013 publicada ao final da vigência do antigo regime e, neste sentido, trazido-a para o plano legal.

Caso prevaleça esta interpretação, será forçoso reconhecer que muitos dos questionamentos jurídicos apresentados sob a vigência do regime anterior, especialmente no tocante à adequação do regime brasileiro de tributação em bases universais das pessoas jurídicas com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, não mais lhe seriam aplicáveis uma vez que o objeto da tributação não seria nem o “lucro” tampouco o “dividendo” decorrente de contribuinte não residente, mas o acréscimo patrimonial sofrido por contribuinte residente no Brasil o qual estaria, por sua vez, compreendido fora do escopo dos tratados podendo ser livremente tributado (nos termos do artigo 21, parágrafo 1º da Convenção Modelo da OCDE).

A visão demonstrada acima não está livre, no entanto, de fragilidades.

A primeira delas é a inevitável contradição existente entre o *caput* do artigo 77 e os seus parágrafos 1º e 3º.

Começando-se pelo parágrafo 1º, constata-se que, se, por um lado, o *caput* demonstra que o legislador teria buscado evidenciar que o objeto da tributação é o ajuste do valor do investimento apurado pela controladora (enquanto contri-

buinte) equivalente ao valor dos lucros e não os lucros auferidos no exterior em si, a conclusão torna-se outra quando se passa à sua leitura. Nele, o legislador dispõe que “a parcela do ajuste de que trata o *caput* compreende apenas os lucros auferidos no período”. Ao assim dispor, o legislador utilizou-se do verbo “compreender” e não “equivaler” expressão que, em seu significado na língua portuguesa, corresponde a “conter em si”, “estar incluído” ou “abranger”<sup>24</sup>.

Ou seja, o parágrafo 1º teria estabelecido que somente poderia ser tributada a parcela do ajuste que *contém em si* o lucro não sendo permitida a tributação da parcela corresponde aos demais elementos positivos refletidos pelo método da equivalência patrimonial no balanço da controladora. Ao assim dispor, em que pese o nobre propósito do legislador em excluir todos os demais elementos positivos que influenciaram o ajuste patrimonial que não correspondam ao *lucro*, o legislador acabou por imputar ao “ajuste patrimonial” a mesma natureza jurídica do lucro auferido no exterior. Em outras palavras, o objeto último do regime atual de tributação das pessoas jurídicas em bases universais seria o lucro auferido no exterior e não o ajuste patrimonial reflexo.

A incongruência entre o comando do *caput* e de seus parágrafos torna-se ainda mais evidente quando se passa ao seu confronto com o disposto no parágrafo 3º. Este último trata de benefício concedido a determinados contribuintes que desempenham atividades econômicas específicas ali discriminadas. O dispositivo dispõe que “a parcela do lucro auferido no exterior, por controlada, direta ou indireta, ou coligada, correspondente [às referidas atividades] não será computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil”. Ao não mais tratar da “parcela do ajuste do valor do investimento” mas sim da “parcela do lucro auferido no exterior”, o parágrafo 3º - provável fruto do *lobby* do setor petrolífero - veio a enfatizar que o objeto do regime de tributação continua sendo, de fato, os lucros auferidos no exterior.

Com base nas explicações feitas acima, há, portanto, uma incongruência interna no artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 que poderá desmentir a leitura sugerida, em um primeiro momento, pelo *caput*. Há, no entanto, outros desafios que a leitura sugerida pelo *caput* deverá enfrentar.

Um deles é o fato de que o artigo 25 a 27 da Lei nº 9.249/1995 não foram expressamente revogados pela Lei nº 12.973/2014 (veja-se o seu artigo 117 que dispõe sobre as revogações da legislação anteriormente em vigência). Neste sentido, não havendo revogação expressa e partindo-se da premissa de que, com a publicação da Lei Complementar nº 95/1998 que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do artigo 59 da Constituição Federal, não há mais a figura da revogação tácita no direito brasileiro<sup>25</sup>, impõe-se a conclusão de que o artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 permanece em vigor determinando que o objeto do regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas continua sendo os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos por controladas e coligadas no exterior.

<sup>24</sup> Conforme o dicionário Michaelis da Língua Portuguesa.

<sup>25</sup> Tese defendida por: OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Op. cit.*

Assim, sob pena de se admitir que duas leis de igual “hierarquia” são contraditórias, a interpretação mais adequada levaria a crer que, sob a égide do novo regime, o objeto da tributação continuaria sendo os lucros auferidos no exterior sendo a controladora mera responsável tributária pelos tributos sobre eles incidentes.

Indo adiante, tal como ocorreu no tocante à interpretação do Fisco veiculada pela Solução de Consulta Interna nº 18/2013, o grande “tendão de Aquiles” da interpretação fiscal pode ser facilmente vislumbrado a partir da seguinte questão: ainda que se aceitasse que o objeto do regime tributário é o acréscimo patrimonial reflexo equivalente aos lucros auferidos no exterior - e não os próprios lucros -, seria possível dizer que o seu mero espelhamento contábil através do MEP seria capaz de revelar disponibilidade jurídica ou econômica hábil a ensejar a incidência tributária do IRPJ e da CSLL?

Note-se, neste ponto, que as autoridades fiscais nunca foram capazes de dar uma resposta satisfatória à questão apresentada acima, sobretudo, quando da publicação da Solução de Consulta Interna nº 18/2013. De fato, conforme já se apontou anteriormente, um mero mecanismo contábil de controle de oscilações do valor patrimonial de investimento detidos no Brasil e no exterior não possui capacidade alguma para revelar disponibilidade (econômica ou jurídica) sem a qual inexistente o preenchimento dos requisitos legais, no termos do artigo 43 do CTN, para que haja a incidência do imposto de renda. Assim, a inexistência de acréscimo patrimonial *disponível* cria obstáculos à interpretação isolada do *caput* do artigo 77, tal como demonstrada acima, pois implicaria afronta ao artigo 43 do CTN.

### 3.1.1.2. Demais aspectos gerais

Ultrapassada esta delicada questão para a qual, ao menos no presente momento, inexistente uma resposta definitiva, algumas outras observações podem ser feitas em relação ao regime aplicável às controladoras.

Primeiramente, nota-se que o legislador houve por bem colocar um fim à técnica da consolidação vertical, não prevista em lei no regime anterior, mas adotado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ao regulamentar o regime por meio da IN SRF nº 213/2002. Agora, a parcela do ajusto do valor do investimento equivalente aos lucros auferidos por controladas tanto diretas quanto indiretas deve ser tributada tão logo seja reconhecida pelo MEP (ou seja, ao final do ano em que os lucros forem auferidos).

Para evitar a dupla tributação de resultados que inevitavelmente ocorreria a partir da escolha do legislador de substituir o regime de consolidação vertical pela consolidação horizontal, o legislador não apenas previu o mecanismo previsto no parágrafo 1º do artigo 76, segundo o qual os resultados das controladas diretas e indiretas controlados pela controladora deveriam ser expurgados dos resultados das sociedades por elas controladas, como também facultou a dedução da parcela de lucro correspondente às participações diretamente detidas por controladas diretas ou indiretas residentes no exterior em sociedades residentes no Brasil (cf. artigo 85). De fato, não faria sentido algum se o legislador não tivesse permitido esta dedução haja vista que haveria a dupla tributação dos resultados auferidos pela controlada brasileira.

Como regra geral, o legislador previu a regra de que os prejuízos incorridos pelas controladas diretas ou indiretas seriam compensados apenas com os lucros futuros da respectiva entidade jurídica que lhes deu origem, sob a condição de que os estoques sejam informados à Secretaria da Receita Federal do Brasil na forma e prazo a serem fixados. Esta regra vale tanto para os prejuízos acumulados até então (artigo 77, parágrafo 3º) quanto para os prejuízos que sejam incorridos a partir da vigência do novo regime (artigo 79, II).

Houve, também, a previsão de regras específicas aplicáveis para determinados setores econômicos que, por não serem da maior importância para o presente estudo, deixarão de ser analisadas.

### 3.1.1.3. *O regime temporário de consolidação de resultados*

O artigo 78 da Lei nº 12.973/2014 previu, até o ano-calendário de 2022, um regime de consolidação dos resultados (positivos ou negativos) incorridos por controladas residentes no exterior permitindo, com isso, a compensação de eventuais resultados negativos incorridos no exterior com os resultados positivos da própria controladora incorridos no Brasil. Em outras palavras, permitiu-se, por meio do referido regime, ainda que temporariamente, a compensação de prejuízos incorridos no exterior com os lucros incorridos pela controladora brasileira, excepcionando-se a regra geral de que os prejuízos incorridos no exterior somente poderiam ser compensados com os lucros incorridos pela mesma pessoa jurídica que lhes deu origem.

Para se enquadrar no regime de consolidação, a controlada no exterior não poderá, cumulativamente: (i) residir em país com o qual o Brasil não possua tratado que permita a troca de informações em matéria fiscal<sup>26</sup>; (ii) residir em país ou dependência de tributação favorecida, ser beneficiária de regime fiscal privilegiado ou estar submetida a regime de subtributação (alíquota incidente sobre a renda corporativa inferior a 20%); (iii) ser controlada direta ou indiretamente por pessoa que esteja em algumas das hipóteses do item (ii); e (iv) possuir renda ativa<sup>27</sup> inferior a 80% do total das rendas auferidas.

É de se notar que, embora em seus aspectos gerais o novo regime aplicável às controladas não tenha contornos antielisivos, o regime de consolidação facultado pela lei possui características antielisivas já o que legislador nitidamente visou a permitir a sua fruição, tão somente, nas hipóteses em que a controlada desempenhasse atividade econômica produtiva propriamente (a chamada renda ativa) e não houvesse, no grupo societário (não apenas a própria controlada),

<sup>26</sup> Salvo se a controladora no Brasil disponibilizar a contabilidade societária em meio digital e a documentação de suporte da escrituração, hipótese em que será relevado o não preenchimento do inciso I do artigo 78 (cf. artigo 78, parágrafo 7º).

<sup>27</sup> A chamada “renda ativa”, não obstante tenha sido conceituada como a renda decorrente da exploração da atividade econômica própria, foi caracterizada de modo residual pelo artigo 84, inciso I, da Lei nº 12.973/2014 como a renda resultante da exclusão das receitas com *royalties*, juros, dividendos, participações societárias, aluguéis, ganhos de capital (salvo nas hipóteses de alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de dois anos), aplicações financeiras e intermediação financeira.



qualquer pessoa interposta sujeita a uma carga tributária artificialmente reduzida.

#### 3.1.1.4. *A compensação do imposto pago no exterior*

Tal como facultava o artigo 26 da Lei nº 9.249/1995, o artigo 87 da Lei nº 12.973/2014 também permite a compensação do imposto sobre a renda pago no exterior pela controlada - agora tanto pela direta quanto pela indireta - com o imposto devido no Brasil sobre o mesmo montante até o limite do valor deste último. É dizer: caso o imposto pago no exterior supere o valor do imposto devido no Brasil sobre o mesmo montante, o Brasil não concederá um direito de crédito relativo à parcela excedente.

A legislação atual manteve a orientação de adotar um conceito amplo de imposto incidente sobre a renda exigindo, apenas, que o imposto incida sobre *lucros*, mas manteve o rigor formal quanto à sua demonstração que deve se dar por documento oficial emitido pela Administração Tributária estrangeira, reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto (cf. artigo 87, parágrafos 1º e 9º).

A dedução, via de regra, se dá de modo individualizado por controlada, direta ou indireta, salvo se houver a opção do contribuinte pelo regime de consolidação (cf. artigo 87, parágrafos 2º e 3º).

O parágrafo 7º do artigo 87 da lei sob análise deixa claro que o regime a ser seguido para que o imposto de renda devido no exterior possa ser compensado com o IRPJ e a CSLL<sup>28</sup> devidos no Brasil é o *regime de caixa* segundo o qual o momento em que se dá o efetivo recolhimento do imposto estrangeiro aos cofres do respectivo Fisco.

#### 3.1.1.5. *Possibilidade de diferimento do pagamento (e não da tributação)*

Por fim, cumpre chamar atenção, ainda, para o fato de que o legislador houve por bem prever hipótese de diferimento - não da tributação, como era de se esperar de um regime que se propõe a ser antielisivo - mas sim do pagamento do tributo.

O artigo 90 da Lei nº 12.973/2014 facultou o pagamento do IPRJ e da CSLL devidos “na proporção dos lucros distribuídos nos anos subsequentes ao encerramento do período de apuração a que corresponder, observado o 8º ano subsequente ao período de apuração para a distribuição do saldo remanescente dos lucros ainda não oferecidos à tributação, assim como a distribuição mínima de 12,5% no 1º ano subsequente”.

Há, neste sentido, a possibilidade de diferir o pagamento do tributo desde que (i) o diferimento não ultrapasse oito anos e (ii) haja uma distribuição mínima de 12,50% dos lucros auferidos no exterior no primeiro ano subsequente.

Trata-se de uma engenhosa alternativa proposta pelo legislador que só vem a demonstrar o enorme esforço para a manutenção de uma regra geral de antidiferimento (na hipótese de vir a prevalecer a interpretação de que o objeto da tri-

<sup>28</sup> Esta última, apenas na medida em que o imposto devido no exterior supere a alíquota de 25% do IRPJ devido no Brasil (cf. artigo 87, parágrafo 8º, tal como já facultava o regime anterior).



butação do novo regime continua sendo os lucros auferidos no exterior e não o acréscimo patrimonial reflexo) que, ao não guardar exceção alguma para as controladas residentes no exterior, fez com que o legislador tivesse que conferir benesses paliativas que, indiretamente, poderão aliviar o excessivo peso sofrido pelo contribuinte nacional, mas não anularão o problema do descompasso das normas brasileiras com a prática global.

### 3.1.2. O regime das coligadas

#### 3.1.2.1. Aspectos gerais

Se para a hipótese de controle, tem-se um grande questionamento quanto ao objeto do regime tributário e o necessário reconhecimento de que o legislador manteve o desenho antidiferimento caso venha a prevalecer a linha de que o objeto do regime continua sendo os lucros auferidos no exterior, para os resultados das coligadas, o legislador, em respeito à decisão a que chegou o STF no julgamento da ADI nº 2.588-1, não apenas deixou claro que o objeto do regime são os lucros auferidos no exterior como também adotou, como regra, o regime geral de diferimento. Veja-se o que dispõe o *caput* do artigo 81:

“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:

I - não esteja sujeita a regime de subtributação, previsto no inciso III do *caput* do art. 84;

II - não esteja localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

III - não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso I.

§ 1º Para efeitos do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa coligada no Brasil:

I - na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior;

II - na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros; ou

III - na hipótese de adiantamento de recursos efetuado pela coligada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.”

De fato, comparando-se o novo regime aplicável às coligadas residentes no exterior com o antigo regime, observa-se que as suas disposições em muito se aproximam daquelas previstas no quarto momento da sua evolução, sob a égide do artigo 1º da Lei nº 9.532/1997. Desse modo, a tributação dos lucros apurados pelas coligadas residentes no exterior passou a ficar condicionada aos eventos de

efetiva disponibilização, quais sejam, o pagamento, o crédito, entre outras hipóteses legalmente previstas.

Para fazer jus a este benefício, no entanto, não basta haver mera relação de coligação societária, mas, também, o preenchimento dos requisitos previstos nos incisos do artigo 81, segundo os quais a coligada não poderá: (i) estar submetida a regime de subtributação; (ii) estar localizada em país ou dependência de tributação favorecida ou ser beneficiária de regime fiscal privilegiado; e (iii) ser controlada direta ou indiretamente por pessoa submetida a regime subtributação. Aqui, valem os mesmos comentários já feitos em relação ao regime temporário de consolidação de resultados: são nítidos os contornos antielisivos atribuídos pelo legislador ao regime aplicável às coligadas.

Além do necessário cumprimento cumulativo de todos os requisitos arrolados acima, o legislador também criou uma hipótese de equiparação à figura de controladora para a investidora brasileira. Trata-se da situação em que a pessoa jurídica investidora residente no Brasil detém participação societária que, em tese, a caracterizaria como mera coligada da sociedade não residente, mas que, em conjunto com outras empresas residentes no Brasil ou no exterior a ela vinculadas, alcance mais de 50% do capital votante da coligada (cf. artigo 83).

Esta hipótese de equiparação foi introduzida pelo legislador no novo regime com o nítido objetivo de se evitar que os contribuintes se valessem de estratégias para “burlar” a norma dissolvendo-se a participação societária majoritária caracterizadora do controle societária em várias pessoas físicas ou jurídica, residentes ou não.

### *3.1.2.2. A compensação do imposto pago no exterior*

Para os lucros auferidos por coligadas residentes no exterior, o legislador previu no artigo 88 da Lei nº 12.973/2014 a possibilidade de compensação do imposto sobre a renda retido na fonte no exterior incidente sobre os dividendos - isso porque o lucro, uma vez distribuído, já não mais possui a natureza de “lucro”, mas sim de “dividendo”<sup>29</sup> - desde que estes valores tenham sido computados na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL.

Para as coligadas vale a mesma regra das controladas: o imposto retido no exterior só poderá ser compensado com o IRPJ e a CSLL devidos no Brasil no ano-calendário em que efetivamente ocorrer a retenção, aplicando-se, igualmente, o regime de caixa para a compensação.

### *3.1.3. A adequação do regime de tributação em bases universais com as regras de preços de transferência e de subcapitalização*

Ciente dos problemas de adequação do regime de tributação em bases universais com outras normas de Direito Tributário Internacional - tais como as normas de preços de transferência, cujos problemas de adequação foram expostos no

<sup>29</sup> Vale lembrar o entendimento que prevaleceu nos casos Eagle 2, BRF e Gerau de que, sob a égide da Lei nº 9.532/1997, tinha-se um regime de tributação de dividendos oriundos de investimentos no exterior e não de lucros. Este raciocínio foi utilizado para se sustentar que, sob a égide da Lei nº 9.532/1997, o artigo dos tratados aplicável era o artigo 10 (parágrafos 1º e 2º).

tópico 2.2.3. do presente estudo -, o legislador andou muito bem ao criar mecanismo próprio para a sua solução deste problema.

Conforme exposto anteriormente, o problema da adequação das normas de preços de transferência com as normas de tributação de lucros auferidos no exterior decorria da impossibilidade de se excluir do lucro real e da base de cálculo da CSLL valores que a sociedade investidora no Brasil teria que submeter à tributação pelo regime de tributação em bases universais, mas que, não obstante isso, não poderiam ser deduzidas como custo em virtude da aplicação da legislação de preços de transferência.

A solução encontrada pelo legislador foi justamente permitir que os valores adicionados ao lucro real e à base de cálculo da CSLL, por força da aplicação da legislação de preços de transferência e de subcapitalização, fossem excluídos das referidas bases de cálculo para fins de cálculo do montante a ser submetido à tributação pelo regime de tributação em bases universais.

#### **4. Conclusão - voltando-se às Duas Questões Iniciais: as Velhas Questões foram Resolvidas? Houve, enfim, a Previsão de uma CFC Rule?**

A partir do confronto entre o antigo e o novo regime, tomando-se como referencial a Lei nº 12.973/2014, pôde-se observar que o legislador visou a sanar muitos dos questionamentos que caracterizaram o antigo regime, ora favoravelmente aos contribuintes (*e.g.* a exclusão dos outros fatores positivos que não correspondam aos lucros do ajuste do valor do investimento reconhecido pelo MEP, tal como é o caso da parcela correspondente à variação cambial), ora favoravelmente ao Fisco (*e.g.* a extinção da regra da consolidação vertical dos lucros).

Neste ponto, com a vigência do novo regime, o legislador certamente colocou um fim a algumas das questões que caracterizaram o antigo regime.

O ponto que se revela mais sensível no novo regime é, certamente, a notável tentativa de se trazer para o plano legal a interpretação anteriormente consubstanciada na Solução de Consulta Interna nº 18/2013. No antigo regime, não havia dúvidas de que esta interpretação era totalmente desprovida de base legal já que tanto o artigo 25 da Lei nº 9.249/1958 quanto o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 adotam como objeto da tributação “os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior”.

No novo regime, o *caput* do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 estabeleceu como objeto do regime aplicável à hipótese de controle societário “a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros”. Por definição, o que é “equivalente” não é idêntico. No entanto, ao se passar para a leitura dos parágrafos do referido artigo - claro, porque a interpretação de parte do dispositivo legal não é suficiente para que se construa a norma adequada a ser aplicável no caso concreto - o que se vê é que o objeto do regime continua sendo o lucro e não os ajustes patrimoniais que lhe seriam equivalentes.

Além disso, há de se considerar que os artigos 25 e 26 da Lei nº 9.249/1995 não foram expressamente revogados e, estando em vigor, deverão orientar a interpretação do novo regime de modo a dirimir a dúvida acerca do objeto da tributação.

Entretanto, a maior fragilidade desta interpretação é a ausência, até o presente momento, de uma explicação satisfatória de como o acréscimo patrimonial equivalente ao lucro se tornaria jurídica ou economicamente disponível pelo simples fato de ter sido refletido contabilmente no balanço patrimonial da controladora.

Caso venha a persistir a visão que a interpretação consubstanciada na Solução de Consulta Interna nº 18/2013 não foi trazida para o novo regime, tal como entendemos, a conclusão que se impõe é pela persistência de parte das “velhas questões” (sobretudo, a questão da adequação do regime de tributação em bases universais com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação) no novo regime.

No entanto, é inegável, também, que muitas das velhas questões foram superadas. Este é o caso da discussão anteriormente existente acerca da possibilidade de se tributar a parcela do ajuste correspondente à variação cambial do valor do investimento bem como a possibilidade de se realizar a consolidação horizontal dos resultados incorridos no exterior. O mesmo se pode dizer em relação às incongruências anteriormente ensejadas pela aplicação conjunta das regras de preços de transferência com as regras de tributação em bases universais.

Quanto ao regime aplicável à hipótese de mera coligação societária sem controle, o legislador houve por bem seguir o quanto decidido pelo STF na ADI nº 2.588 e, neste sentido, previu um legítimo regime de tributação de lucros auferidos no exterior com a possibilidade de diferimento da tributação nas hipóteses em que a sociedade investida não seja residente de país ou dependência com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado. Adotaram-se as hipóteses de disponibilização semelhantes àquelas anteriormente previstas no artigo 1º da Lei nº 9.532/1997.

A existência de um regime que permite apenas parcialmente o diferimento não é suficiente para que se chegue à conclusão de que o legislador brasileiro teria positivado regime semelhante às *CFC rules* do direito comparado, muito embora os avanços devam ser reconhecidos.

Por fim, voltando-se à questão inicialmente proposta, entendemos que, não obstante algumas das velhas questões terem sido, de fato, resolvidas com a vigência do novo regime, outras persistirão.

## 5. Referências Bibliográficas

- ANCELES, Eliana Karsten. “Transparência fiscal internacional (controlled foreign corporations - CFC): uma visão analítica à luz da sistemática jurídico-tributária brasileira”. *Revista Fórum de Direito Tributário* nº 8. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ANDRADE JR., Luiz Carlos; e MADEIRA, Eduardo Santos Arruda. “Caso Klabin: o ‘casa separa’ revisto à luz da ‘técnica da simulação’”. *Revista de Direito Tributário atual* nº 28. São Paulo: Dialética/IBDT, 2012.
- BARRETO, Paulo Ayres. “A tributação, por empresas brasileiras, dos lucros auferidos no exterior por suas controladas ou coligadas”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2013.

- BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Acórdão nº 108-08.765, proferido pela antiga oitava câmara do primeiro conselho de contribuintes na sessão de 23 de março de 2006. Conselheiro-relator: José Henrique Longo, PAF nº 13603.002794/2003-50.
- . Ministério da Fazenda. Acórdão nº 101-95.102, proferido pela antiga primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes na sessão de 19 de outubro de 2006. Conselheira-relatora: Sandra Maria Faroni, PAF nº 16327.000112/2005-31.
- . Ministério da Fazenda. Acórdão nº 101-97.070, proferido pela antiga primeira câmara do primeiro conselho de contribuintes na sessão de 17 de dezembro de 2008. Conselheira-relatora Sandra Maria Faroni, PAF nº 16327.000530/2005-28.
- . Ministério da Fazenda. Acórdão nº 1401-000.832, proferido pela quarta câmara da primeira turma da primeira seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), na sessão de 8 de agosto de 2012. Conselheiro-relator: Fernando Luiz Gomes de Mattos, PAF nº 10983.721.307/2011-46.
- . Ministério da Fazenda. Acórdão nº 1101-000.811, proferido pela primeira câmara da primeira turma da primeira seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), na sessão de 2 de outubro de 2012. Conselheira-relatora: Edeli Pereira Bessa, PAF nº 16643.000276/2010-42.
- CEZAROTI, Guilherme. “Lucros auferidos no exterior: a tributação do resultado da equivalência patrimonial pela IN SRF nº 213/02”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 97. São Paulo: Dialética, 2003.
- FERRAZ, Diogo. “O possível conflito entre os preços de transferência e a legislação CFC”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 121. São Paulo: Dialética, 2005.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. “Disponibilidade: CTN art. 43”. *Revista de Direito Tributário* nº 91. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GODOI, Marciano Seabra. “O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 6. São Paulo: Dialética, 2002.
- GONÇALVES, José Artur Lima. “Equivalência patrimonial e imposto sobre a renda”. *Revista de Direito Tributário* nº 100. São Paulo: Malheiros, 2008.
- . “Imposto de renda sobre o lucro das coligadas e controladas estabelecidas no exterior”. *Revista de Direito Tributário* nº 87. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Paris, 2010.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ROCHA, Sergio André. “Tributação de lucros do exterior, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil”. In:

- ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 17. São Paulo: Dialética, 2013.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. “A *persona* e o Direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas”. *Revista de Direito Tributário atual* nº 30. São Paulo: Dialética, 2013.
- . “Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna 18/2013”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 219. São Paulo: Dialética, 2013.
- . “Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 132. São Paulo: Dialética, 2007.
- SILVA, Sergio André Rocha Gomes da. “Transparência fiscal no Direito Tributário brasileiro”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 99. São Paulo: Dialética, 2003; e CARDOSO, Daniel Gatschnigg. “A ‘CFC legislation’ brasileira e os impactos na competitividade internacional”. *Repertório de jurisprudência IOB* nº 3, v. I, 2006.
- SOUZA JÚNIOR, Alberto Pinto. “A disponibilidade de lucros oriundos do exterior”. *Revista Fórum de Direito Tributário* nº 2, ano 1. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- UCKMAR, Victor; GRECO, Marco Aurélio; e ROCHA, Sergio André *et al.* *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012.
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- . *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.