

Análise da Incidência Tributária sobre o *Trust*/Fidúcia com Base no Projeto de Lei Complementar n. 145/2022, no Projeto de Lei Complementar n. 4.758/2020 e na Lei Ordinária n. 14.754/2023

Analysis of the Tax Incidence on Trusts Based on Complementary Bill no. 145/2022, Complementary Bill no. 4,758/2020, and Ordinary Law 14,754/2023

José Wesley Silva Cabral

Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. Graduado em Direito pela UAM.
Advogado atuante em São Paulo/SP. *E-mail*: jose.wesley29@outlook.com.

Recebido em: 6-6-2024 – Aprovado em: 16-1-2025

<https://doi.org/10.46801/2595-6280.60.8.2025.2565>

Resumo

O presente artigo propõe o estudo e a análise da incidência tributária na operação de *trust*/fidúcia. De início, é apresentado no primeiro capítulo o entendimento do que é o *trust*/fidúcia, expondo de forma breve sua natureza e compreensão jurídica de justificar a definição estabelecida no projeto de Lei Complementar n. 145/2022 e Lei Ordinária n. 14.754/2023. Em seguida temos o primeiro imposto incidente na operação, sendo o Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, apontando as particularidades e condições que projeto de Lei Complementar n. 4.758/2020 e Lei Ordinária n. 14.754/2023 disciplinam na operação contratual. Logo após temos a análise quanto a incidência do Imposto de Renda e Proventos na operação, apresentando entendimentos sobre a natureza do imposto, suas particularidades na operação, incidência internacional e jurisprudência. Assim conclui-se uma exposição de entendimentos sobre a tributação do *trust*/fidúcia com base nas normas apresentadas traçando as possíveis problemáticas e entendimentos jurídicos do assunto.

Palavras-chave: contrato de *trust*, fidúcia, incidência tributária, Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação, Imposto de Renda e Proventos.

Abstract

The present article proposes the study and analysis of tax incidence in the operation of *trust*/fiduciary agreements. Initially, the first chapter presents an understanding of what *trust*/fiduciary entails, briefly explaining its nature and legal comprehension to justify the definition established in complementary bill No. 145/2022 and ordinary law 14.754/2023. Following this, the first tax involved in the operation is discussed, namely the Inheritance and Dona-

tion Tax, pointing out the peculiarities and conditions that complementary bill No. 4.758/2020 and ordinary law 14.754/2023 regulate in the contractual operation. Subsequently, there is an analysis of the incidence of Income Tax and Proceeds Tax in the operation, providing insights into the nature of the tax, its peculiarities in the operation, international incidence, and case law. Thus, the article concludes with an exposition of understandings regarding the taxation of trust/fiduciary based on the presented regulations, outlining possible legal issues and interpretations of the subject.

Keywords: trust agreement, Fiduciary, tax incidence, Inheritance and Donation Tax, Income Tax and Proceeds Tax.

Introdução

Pelo fenômeno da globalização observamos uma maior comunicação e disposição de operações que alcançam pessoas e sistemas jurídicos diversos, de modo que cabe a cada nação soberana estabelecer diretrizes para assimilar tais operações em seu conteúdo jurídico interno.

Ocorre que nem sempre os sistemas internos são capazes de assimilar por conta própria tais mudanças, gerando lacunas e interpretações potencialmente conflitantes entre os estudiosos quanto à natureza jurídica, à forma de operacionalização e às consequências das operações não estruturadas no país.

É o que observamos ao caso do *trust*, em que por ausência de regulamentação interna há uma dificuldade de se analisar e adaptar as operações internacionais no sistema jurídico interno, pois tal contrato especial é regido por institutos jurídicos que em geral não são comumente aplicados em conjunto em nosso país. Assim surge a necessidade de regulamentar tal operação no sentido de buscar uma harmonia e concretização dos conceitos.

Contudo, toda operacionalização nova traz questionamentos quanto às suas consequências práticas em diversos setores do ensino jurídico, como responsabilidade contratual, limites da livre vontade das partes, alcance dos bens ou direitos estabelecidos e a incidência tributária na operacionalização.

Neste sentido, a proposta deste artigo é analisar os pontos de relevante interesse tributário em relação à operacionalização do *trust*, utilizando como base normativa os projetos de Lei Complementar n. 4.758/2020, n. 145/2022 e a Lei Ordinária n. 14.754/2023, podendo, dessa forma, expor e debater alguns possíveis panoramas de incidência tributária e problemática trazidos pelos entendimentos jurídico atuais.

1. O que é o *trust*/fidúcia?

Derivado do direito inglês do *use*¹, a operacionalização do *trust* engloba uma verdadeira combinação de operações para uma finalidade específica com a união

¹ “A cessão de direitos reais a um terceiro, para que administrasse propriedades em favor do cedente ou de outrem por ele indicado, era chamado *use*, pois um determinado bem era transmitido

de diversos institutos jurídicos como o empréstimo, a transferência de direitos reais, o uso de direito de propriedade por terceiro, responsabilidades contratuais limitadas e posterior encerramento do contrato com transferência de propriedade.

Rocha explica de forma pontual a operacionalização do *trust* de modo a expor de forma completa a relação contratual estabelecida. Vejamos:

“Em relação à criação do *trust*, de acordo com a lei inglesa, existem duas formas. Uma delas é por ato intervivos, no qual o instituidor (chamado de *settlor*) constitui um *trust* ao transferir certos ativos de sua propriedade para um administrador (chamado de *trustee*) geri-los conforme as ordens do primeiro. Regra obrigatória: somente o proprietário de um certo ativo pode criar um *trust* sobre tal ativo. Os administradores (*trustees*) e/ou os beneficiários, por sua vez, podem nomear administradores adicionais, com os mesmos poderes, direitos e obrigações do administrador original.”²

Neto completa o raciocínio acima ao sintetizar a definição do *trust* na sua finalidade, ou seja, a operação não se configura por um termo ou nomenclatura, mas com base na situação de que um irá gerir o patrimônio de outrem por força contratual, para os objetivos contratuais e na forma do contrato estabelecido.

“O *trustee* deverá administrar a propriedade envolvida no *trust* de modo a favorecer os beneficiários ou os objetivos a que visa o *trust*, nos termos eventualmente indicados quando da criação deste ou segundo parâmetros gerais fixados pela lei e jurisprudência. Tais termos e parâmetros poderão se referir ao pagamento de uma determinada renda para fins específicos ou de manutenção geral a uma determinada pessoa, a entrega de capital após um certo período, etc.”³

Temos, portanto, um entendimento delineado pelas características decorrentes da operação de *trust*, em que, mais do que definir nomes, temos que observar a estrutura que a operação se organiza para que se diga existente uma operação de *trust*. Razão pela qual temos uma análise da operacionalização do *trust* e não de sua conceituação, em que verificamos a presença de um instrumento contratual complexo que traz, por obrigação, o objetivo de cumprir a vontade do *settlor*.

por A B para gozo (*to the use*) de C. O *use* foi o antecedente histórico do *trust*.” (S. NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo, SP: Trevisan, 2016. *E-book*. ISBN 9788599519950. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788599519950/>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 14)

² ROCHA, Dinir Salvador Rios da. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo, SP: Saraiva, 2013. *E-book*. ISBN 9788502181335. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181335/>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 80.

³ S. NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo, SP: Trevisan, 2016. *E-book*. ISBN 9788599519950. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788599519950/>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 23.

“[...] Ao mesmo tempo, ao administrador serão assegurados amplos poderes porque qualquer ação ou inação deste que não seja autorizada pelo *trust* ou pela lei será considerada um inadimplemento das obrigações contidas no *trust*. Os poderes do administrador deverão constar de uma escritura, geralmente chamada de escritura de garantia do *trust* ou de uma escritura entre credores (*intercreditor deed*).”⁴

No Brasil, até a data de apresentação deste artigo, não há norma em vigor que institua ou regulamente o *trust*. Vale pontuar que o Brasil não é signatário da Convenção de Haia sobre o tema. Porém, temos perspectiva em uma futura regulamentação por intermédio do projeto de Lei Complementar n. 4.758/2020, que estabelece o *trust* sob a denominação de fidúcia, trazendo nomenclatura familiar para a operacionalização que restou definida no texto original da proposta pelo art. 2º, que versa:

“Art. 2º A fidúcia é o negócio jurídico pelo qual uma das partes, denominada fiduciante, transmite, sob regime fiduciário, bens ou direitos, presentes ou futuros, a outra, denominada fiduciário, para que este os administre em proveito de um terceiro, denominado beneficiário, ou do próprio fiduciante, e os transmita a estes ou a terceiros, de acordo com o estipulado no respectivo ato constitutivo.”

Interessante observar que o legislador determinou que a operação será transmitida “sob regime fiduciário”. Mais adiante, ao estudar a incidência ou não do ITCMD e ITBI na operação, iremos analisar de forma mais pontual essa expressão, mas por hora vale pontuar que a definição trouxe uma diferença em relação ao sistema inglês, pois o “regime fiduciário” a que o legislador pontua não compreende apenas os termos da lei, mas sim a forma em que a transmissão ocorre, pois os bens não vão diretamente ao administrador, mas sim a um conjunto patrimonial autônomo.

Assim, podemos entender pelo contrato de fidúcia/*trust* como um instrumento em que uma pessoa conhecida como instituidor, fiduciante ou *settlor* transfere bens ou direitos próprios (direitos reais) por meio de instrumento contratual, por meio de um regime regulamentar denominado “regime fiduciário”, para um terceiro chamado administrador, fiduciário ou *trustee*, para que este tenha compreendido poderes de gerir o bem ou direito conforme instrumento contratual em benefício de terceiros (beneficiário) ou do próprio instituidor, respeitando a vontade do instituidor/fiduciante/*settlor* na operacionalização executada.

⁴ ROCHA, Dinir Salvador Rios da. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo, SP: Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502181335. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181335/>. Acesso em: 15 jan. 2024, p. 80.

Para efeitos de melhor compreensão dos termos e objetivos do presente trabalho, usaremos a denominação aplicada pela Lei n. 14.754/2023, sendo denominado instituidor, administrador e beneficiário (art. 12, incisos II, III e IV da lei mencionada).

2. Da tributação quanto ao ato de transferência de bens e direitos da fidúcia

Entendida a natureza jurídica da fidúcia, temos por observar que a problemática de sua tributação surge já nos primórdios de sua constituição, ou seja, na sua própria razão de ser operacional, em que temos uma questão quanto à incidência tributária de dois impostos de transferência.

Podemos entender, de forma análoga, para fins de compreensão, que a operação da fidúcia se insere como uma espécie de transferência de bens e direitos com a finalidade de que o administrador não seja o beneficiário final, ou seja, não é este quem obtém o proveito e o ganho dos bens e direitos que administra, mas um terceiro beneficiário ou então o próprio instituidor.

Assim, a primeira questão que podemos levantar é quanto à incidência tributária de ITCMD e ITBI na operação. Ou seja, a transferência que se operacionaliza se trata de transferência gratuita ou onerosa e em qual momento se constituiria o evento jurídico tributável da operação?

Regina Helena Costa⁵ bem nos lembra que ambos os tributos possuem materialidade paralelas e complementares, ou seja, por um momento aparentam tributar a mesma situação de transferência, carecendo uma análise mais ampla dos conceitos para compreender sua distinção.

Em um primeiro momento, podemos observar que ao ITCMD se vê a figura de uma transferência *causa mortis*, ou seja, a transferência existe independentemente da vontade do beneficiário, por eventualidade do falecimento de seu proprietário original.

“É dos Estados a competência para instituir impostos sobre ‘transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos’, nos termos do art. 155, I, da CF, com a redação da EC 3/93. Transmissão é transferência jurídica, implicando a sucessão na titularidade do bem ou direito. Será *causa mortis* quando ocorra por força do falecimento real ou presumido do titular.”⁶

Nesse ponto, cumpre expor que a morte do instituidor não gera a extinção da fidúcia/*trust*, pois este apenas se encerra em situações específicas que foram

⁵ COSTA, Regina H. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553623309. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623309/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 407.

⁶ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553627185. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627185/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 188.

enumeradas no art. 14 do Projeto de Lei n. 4.758/2020, como o cumprimento da condição de extinção determinada em contrato, decurso do prazo de validade do contrato de fidúcia, revogação expressamente prevista, renúncia ou morte do beneficiário sem sucessor indicado, acordo entre instituidor e beneficiário ou decisão judicial.

Contudo, não é apenas sobre evento *mortis* que o ITCMD tem incidência, e em relação a esse segundo aspecto de incidência incorre a primeira questão quanto à tributação da operação de fidúcia, pois outro evento jurídico de interesse tributário para o ITCMD é a transferência *inter vivos*, ou seja, a transferência que se procede sob a vontade daquele que transfere para terceiro.

Similar e podendo incorrer em confusão com o ITBI, cumpre expor que a materialidade da transferência do ITCMD deve ser feita na forma de doação, ou seja, de forma não onerosa, prevalecendo a gratuidade da transferência para incidir o ITCMD, de modo que a transferência *inter vivos* com onerosidade se resguarda para a tributação pelo ITBI.

“A cessão de direitos relativos às transmissões gratuitas (sucessão e doação) também se constitui em uma das hipóteses de incidência do ITCMD, de tal modo que a cessão de direitos hereditários será objeto de incidência do ITCMD e não do ITBI.”⁷

“A transmissão *inter vivos* é a transferência do direito de uma pessoa a outra por força de um negócio jurídico. Não se confunde com a aquisição originária da propriedade, que não se sujeita à incidência deste imposto porque não implica transmissão.”⁸

O projeto de Lei n. 145/2022 em trâmite perante a câmara dos deputados ressalta de forma clara a lógica de objetividade da fidúcia, uma vez que além de expor o entendimento conclusivo de não haver a incidência do ITBI em seu art. 9º, ou seja, expõe que a natureza da fidúcia é a gestão patrimonial com a finalidade de doação ou restituição do objeto, razão pela qual não há incidência de ITBI, não sendo uma isenção, mas sim uma simples aplicação lógica dos institutos.

“Art. 9º Transferências para o *trust* de bens imóveis e respectivos direitos não estarão sujeitos à incidência do imposto previsto no artigo 156, II, da Constituição Federal.”

⁷ CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555599992. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599992/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 410.

⁸ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553627185. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627185/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 186.

Repassadas as características dos impostos acima descritos, vislumbramos a situação de duas possíveis operações para a tributação, pois temos por presentes a operação de transferência entre o instituidor para o administrador e a transferência para o beneficiário.

Analisando a primeira relação entre o instituidor e o administrador, temos por questionamento se tal transferência se fará de forma gratuita ou onerosa.

Podemos observar que a PL n. 4.758/2020 definiu em seu art. 3º, § 3º, que a instituição de um contrato de fidúcia geraria uma espécie de identidade autônoma de responsabilidade dos bens, ou seja, não haveria, a princípio, responsabilização do administrador pelas operações da fidúcia, sendo o patrimônio constituído responsável pelas obrigações definidas em contrato, bem como os seus frutos. Sendo este o “regime de bens fiduciário”.

“Art. 3º Os bens e direitos transmitidos em fidúcia, bem como seus frutos e rendimentos, constituem propriedade fiduciária, subordinados os poderes a eles inerentes às restrições e limites estabelecidos na lei ou no respectivo ato de constituição.

[...]

§ 3º Os bens ou os direitos objeto da fidúcia e seus frutos, com as correspondentes obrigações, constituem patrimônio autônomo, afetado à finalidade estabelecida no ato de constituição, e só respondem pelas dívidas e obrigações a ela vinculadas, vedado seu redirecionamento ao patrimônio próprio do fiduciário e do fiduciante, salvo, quanto às deste, nos casos de fraude.”

Dessa forma, pelo disposto no art. 3º, § 3º, do projeto de lei, compreende-se que a propriedade não é transferida ao administrador de fato, pois a transferência é feita por meio do “regime fiduciário” para o conjunto patrimonial autônomo, restando ao administrador apenas a função de gerir esse conjunto patrimonial nos termos do instrumento contratual. Portanto, o administrador não recebe o bem, mas sim a responsabilidade de administração, sem poderes plenos de propriedade, pois consta limitado pelo instrumento.

Tal compreensão consta ainda bem exposta na “justificação” do projeto de Lei n. 145/2022, em que pontua de forma precisa que o administrador é mera ferramenta na operação, não sendo proprietário dos bens.

“Justificação

[...]

Tem-se claro que o *trust* se presta a intermediar transmissões de bens e direitos por doação entre o instituidor e terceiros beneficiários, razão pela qual não há incidência de ITCMD ou ITBI (art. 9º) nas transferências de ativos e valores do instituidor para o *trustee*. De fato, o *trustee* não pode usar nem dispor do patrimônio recebido, adquirindo-o apenas para administração no interesse de terceiros (beneficiários) e em contrapartida a uma série de obrigações.”

Por tal compreensão, temos que o administrador atua na operação como uma espécie de prestador de serviço que não vem a receber diretamente a propriedade, mas sim administra uma espécie de “reunião de bens de pessoa viva com fim determinado”, logo, a transferência de propriedade não se dá entre duas pessoas, mas sim repassa do instituidor para um regime de bens sob confiança (fidúcia) administrativa de um terceiro chamado administrador.

Assim, não se trata de transferência gratuita ou onerosa entre instituidor e administrador, pois a transferência real se estabelece entre instituidor e regime de bens administrados. Portanto, inexistente tributação por ITCMD ou ITBI em relação ao instituidor para o administrador por ausência de evento jurídico tributável.

Nos surge ainda o possível questionamento quanto à transferência entre o instituidor para a criação do patrimônio gerido sob o regime de bens fiduciário. Haveria tributação?

Neste primeiro momento, podemos observar um aparente conflito de entendimento entre o Projeto de Lei n. 4.758/2020 e a Lei n. 14.754/2023.

Cumpra expor que a Lei n. 14.754/2023 trata quanto à regulamentação da tributação de imposto de bens com “elemento de estraneidade”⁹ ou “elemento estrangeiro”¹⁰, porém, ainda assim podemos nos apropriar de alguns conceitos para uso nas situações nacionais, por guardar similaridade. Ocorre que o contido no art. 10, inciso I, da Lei n. 14.754/2023 entra em conflito de entendimento quanto à responsabilidade do instituidor quando observado o art. 3º, § 3º.

No projeto de Lei n. 4.758/2020, a partir da criação do regime de bens fiduciários, o regime de bens possui responsabilidade patrimonial pelas suas operações, sendo sua gestão regida pelo administrador, isto é, não se vinculam mais em caráter de responsabilidade ao instituidor que repassou sua vontade pelo instrumento contratual para ser cumprido pelo administrador sob a responsabilidade patrimonial do regime de bens. Enquanto o art. 10, inciso I, define, de forma clara, que enquanto permanecer ativo o *trust*, os bens e direitos serão de responsabilidade do instituidor.

⁹ “[...] A conexão internacional dentro de uma situação jurídica ocorre toda vez que detectamos algum elemento de estraneidade, ou seja, um elemento estrangeiro, no âmbito de nacionalidade, domicílio e lei do foro (*lex fori*).” (GIACOMELLI, Cinthia L. F.; ZAFFARI, Eduardo K.; FERREIRA, Gabriel B.; et al. *Direito internacional*. Grupo A, 2021. *E-book*. ISBN 9786556902753. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556902753/>. Acesso em: 25 fev. 2024, p. 157)

¹⁰ “Muitos doutrinadores o chamam de *elemento de estraneidade*, outros de *elemento estrangeiro*, porém ambos têm o mesmo significado. [...]” (MARISTELA, Basso B. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Grupo Gen, 2019. *E-book*. ISBN 9788597023060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023060/>. Acesso em: 25 fev. 2024, p. 6)

É parte do questionamento que Canesso levanta em seu artigo¹¹, quando pontua o momento em que de fato se considera ocorrido o fato gerador tributável da operação, principalmente quando a constituição da fidúcia se dará fora do Brasil, mas os bens e direitos serão daqui enviados para sua composição.

Tal aparente conflito de normas é resolvido ao aplicarmos o princípio da especialidade, ou seja, a natureza específica da norma define sua aplicação. Dessa forma, quando se tratar de bens ou direito em *trust* no exterior, a responsabilidade tributária por tais bens é do instituidor na forma do art. 10, inciso I, da Lei n. 14.754/2023, quando observarmos a situação do regime de bens fiduciário no Brasil, a responsabilidade é do próprio regime de bens conforme o art. 3º, § 3º, do projeto de Lei n. 4.758/2020.

Em relação a tal situação inexistente qualquer evento jurídico tributável, vez que pelo que podemos observar na Lei n. 14.754/2023, a única tributação da operação de transferência da fidúcia se dará em relação à transferência de patrimônio do regime de bens fiduciário para o beneficiário, na forma do contido no art. 10, § 2º.

“Art. 10. Para fins do disposto nesta Lei, os bens e direitos objeto de *trust* no exterior serão considerados da seguinte forma:

[...]

§ 2º Para fins do disposto nesta Lei, a mudança de titularidade sobre o patrimônio do *trust* será considerada como transmissão a título gratuito pelo instituidor para o beneficiário e consistirá em doação, se ocorrida durante a vida do instituidor, ou em transmissão *causa mortis*, se decorrente do falecimento do instituidor.”

Tal regra consta presente também no Projeto de Lei n. 145/2022, em seu art. 7º, que inaugura os dispositivos de incidência e regras tributáveis ao regime de fidúcia.

“Art. 7º Para os efeitos de incidência do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos, considera-se ocorrido o fato gerador, ressalvadas as hipóteses de não incidência previstas no *caput* do artigo 8º, no momento em que um beneficiário potencial adquire direito incondicional e imediato sobre qualquer parcela de ativos sob o *trust*, tornando-se beneficiário efetivo na forma do inciso II do artigo 2º.”

Ainda que pareça esclarecer e tranquilizar o entendimento sobre a tributação da transferência na fidúcia, temos por observar que a figura do *trust* ainda compreende a existência de diversas situações que podem gerar dúvida quanto ao momento de incidência tributária.

¹¹ CANESSO, Rafael Maldonado. Tributação do *trust* deve ser pelo ITCMD, não pelo imposto de renda. *Consultor Jurídico*, 10 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-10/rafael-canesso-tributacao-trust/>. Acesso em: 14 mar. 2024, às 23h33.

O § 1º do art. 10 da Lei n. 14.754/2023 nos apresenta que deve ser observada ainda a condição contratual de revogação dos direitos do instituidor quanto aos bens da fidúcia para estabelecer a sua responsabilidade pela fidúcia constituída no exterior, ou seja, se há cláusula de revogabilidade que permite ao instituidor reaver o patrimônio, situação em que se subentende como sendo possível a recomposição patrimonial do instituidor, não há transferência e incidência do ITCMD, pois há a possibilidade de surgir uma mera recomposição patrimonial, contudo, havendo cláusula de irrevogabilidade do patrimônio, em que o instituidor abdica dos direitos que possui sobre o bem ou direito, há incidência do ITCMD no ato da transferência para o regime de bens no exterior, pois nesse caso não há possibilidade de recomposição patrimonial.

“Art. 10. Para fins do disposto nesta Lei, os bens e direitos objeto de *trust* no exterior serão considerados da seguinte forma:

[...]

§ 1º A transmissão ao beneficiário poderá ser reputada ocorrida em momento anterior àquele previsto no inciso II do *caput* deste artigo caso o instituidor abdique, em caráter irrevogável, do direito sobre parcela do patrimônio do *trust*.”

Assim, podemos compreender que quando há cláusula de irrevogabilidade tem-se que a transferência se dará totalmente ao final para o beneficiário, de modo que o ITCMD poderá ser incidente no ato da transferência do bem ou direito para o exterior.

Contudo, a existência de cláusula de revogabilidade ainda gera uma lacuna de entendimento, uma vez que traz a opção de ocorrer a transferência dos bens para o beneficiário no exterior sem notícia ao Fisco, situação essa que ocorreria totalmente em solo estrangeiro, ainda que o bem tenha sido transferido do Brasil. Nesse caso, a confirmação de transferência deverá ser observada caso a caso, quando da transferência, do conhecimento do beneficiário e da informação repassada para a Fazenda, respeitando as normas tributárias aplicáveis.

Pelo que se observa do art. 10 da Lei n. 14.754/2023, a tributação de ITCMD ocorrerá no momento de transferência do patrimônio do regime de bens para o beneficiário, quando se mostra definitiva a transferência, considerando ainda a base de cálculo como sendo o valor da aquisição, conforme prevê o art. 11.

“Art. 11. Os bens e direitos objeto do *trust*, independentemente da data de sua aquisição, deverão, em relação à data-base de 31 de dezembro de 2023, ser declarados diretamente pelo titular na DAA, pelo custo de aquisição.”

No mesmo sentido a base de cálculo que resta definida como o valor efetivamente transmitido no projeto de Lei n. 145/2022 (art. 7º, § 1º).

“Art. 7º [...]

§ 1º A base de cálculo do imposto é o valor efetivo do direito transmitido na forma do *caput*, expresso em moeda nacional.”

Ainda podemos citar outras situações trazidas pelo Projeto de Lei n. 145/2022 em que não há incidência de tributação na fidúcia, sendo descritas no art. 8º do referido projeto de lei que traz de forma clara as situações de isenção de incidência do ITCMD quando das operações de transferência de bens do instituidor para o regime de bens (composição da fidúcia – inciso I), devolução do bem ou direito ao instituidor (recomposição patrimonial – inciso II) e, após o beneficiário receber o bem do regime de bens fiduciário, as transferências que se mostrem necessárias em razão da composição do bem transferido (transferência subsidiárias ou complementares – inciso III).

3. Da tributação quanto aos ganhos, proventos, rendimentos e incorporações da fidúcia

Pela sistemática da relação contratual de fidúcia, por certo, se observa a movimentação patrimonial em foco e desta surgem operações decorrentes que são de interesse tributável.

A depender do bem cuja integralidade se proceda composição do patrimônio regido pelo sistema fiduciário, este poderá ser gerador de rendimentos. Assim, temos a percepção de incidência do imposto de renda na operação de *trust*/fidúcia quando incorrer no acréscimo patrimonial, assim como considerado fato gerador do imposto de renda.

O fato gerador do Imposto sobre a Renda está previsto no art. 43 do CTN:

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

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

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

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

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

Sua incidência se dá sobre os rendimentos auferidos por pessoas físicas e jurídicas, utilizando-se a mesma denominação, apenas adicionando-se IRPF (Pessoa Física) e IRPJ (Pessoa Jurídica).”¹²

¹² K. JÚNIOR, Anis. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*. ISBN 9788553600250.

Leandro Paulsen nos apresenta o fato gerador tributável como sendo a renda ou os proventos obtidos na forma de acréscimo patrimonial¹³, entendimento que encontra amparo e ampliação na doutrina como nas palavras de Regina Helena Costa, que traz:

“Em primeiro lugar, cabe lembrar que o conceito de *renda* encontrase delimitado constitucionalmente. Traduz *acrécimo patrimonial*, riqueza nova, que vem se incorporar a patrimônio preexistente, num determinado período de tempo. Constitui sempre um *plus*, não apenas algo que venha substituir uma perda no patrimônio do contribuinte.

[...]

Por primeiro, *renda* é o aumento de riqueza obtido num dado período de tempo, deduzidos os gastos necessários à sua aquisição e manutenção. A renda constitui acréscimo patrimonial, que não se confunde com o patrimônio de onde deriva – o capital, o trabalho ou a combinação de ambos.

Distinguese, juridicamente, de *rendimento*, que corresponde a qualquer ganho, isoladamente considerado, remuneração dos fatores patrimoniais (capital e trabalho), independentemente da ideia de período.

[...]

Proventos, como visto, constituem os acréscimos patrimoniais referentes a remunerações da inatividade (aposentadorias e pensões).¹⁴ (COSTA, 2022, p. 381 e 383).

Estabelecidas as diretrizes acima, podemos, portanto, concluir que a tributação do *trust* pelo imposto de renda ocorrerá sempre que por meio do regime de bens fiduciário ocorra um acréscimo patrimonial causado pela existência da operação.

A fim de sintetizar a classificação da incidência tributária, podemos observar haver três ocorrências de incidência, sendo: 1 – consequência de imposto de renda direta, cuja razão de ser é o resultado natural de acréscimo patrimonial oriundo da natureza dos bens no regime de bens fiduciário; 2 – consequência de imposto de renda indireta, que surge dos ganhos e rendimentos pagos ao administrador para que este exerça a administração dos bens do regime patrimonial fiduciário, e; 3 – consequência eventual, pois a verificação de acréscimo patrimonial não declarado pelo instituidor à Receita Federal decorre de situação excep-

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600250/>. Acesso em: 25 fev. 2024, p. 391.

¹³ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553627185. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627185/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 193.

¹⁴ COSTA, Regina H. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553623309. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623309/>. Acesso em: 18 jan. 2024, p. 381 e 383.

cional que não interfere na existência do *trust*, mas por sua causa gera incidência tributária.

Assim, podemos compreender que a operação de *trust*/fidúcia gera tríplice incidência de imposto de renda, sendo uma objetiva gerada pelo resultado da gerência patrimonial, outra indireta quando trata de remuneração do administrador quanto à sua função de gestor do regime de bens e uma eventual pela diferença de valores declarados e transferidos ao regime.

Na primeira hipótese a incidência tributária direta refere-se a existência de ganhos ou rendimentos tributáveis pelo bem ou direito enquanto permanente do regime de bens fiduciário e que gera a tributação pelo imposto de renda. Como por exemplo podemos citar um imóvel sob contrato de locação que foi inserido como bem no regime de fidúcia. Assim, continua a gerar valores locatícios enquanto permanece como bem constituinte do regime de bens fiduciários, de modo que os rendimentos locatícios serão naturalmente tributados como demanda a regra tributária para o tipo de renda.

Cumpra expor que na forma do art. 10, § 3º, da Lei n. 14.754/2023 e também do art. 13 do Projeto de Lei n. 145/2022, os rendimentos e ganhos de capital dos bens constituídos sobre a forma de *trust*/fidúcia serão de responsabilidade tributária do titular do bem, sendo este considerado o titular legal (quando tratar-se de fidúcia constituída no exterior na forma do art. 10, inciso I, da Lei n. 14.754/23 onde a lei define a responsabilidade diversa a natural da fidúcia) ou titular beneficiário (quando a fidúcia ocorrer em solo nacional e for definido o beneficiário efetivo do bem na forma do art. 2º, inciso II, do Projeto de Lei n. 145/2022). Devendo o responsável tributário registrar a operação de fidúcia, bem como a sua participação como titular em sua declaração correspondente ao ano calendário da constituição da fidúcia e dos ganhos, na forma do art. 12 do Projeto de Lei n. 145/2022.

Quanto à segunda situação de incidência tributária indireta temos uma consequência que apenas existe sob o regime de fidúcia, mas que não interfere na essência contratual, podendo ser entendido como um efeito reflexo do contrato. Trata-se do pagamento feito ao administrador que, quando ocorrer, terá incidência do imposto de renda. Ainda que não expressamente disciplinada nos diplomas legais, por certa tal operacionalização deve ser tributada e declarada no ano calendário que ocorrer, sendo seu responsável tributário o administrador.

A terceira situação de incidência tributária é eventual, pois sua ocorrência não decorre do rendimento natural dos bens constituintes do regime de bens fiduciário e tampouco é reflexiva. Decorre da divergência de valores entre o declarado pelo instituidor quando transferido ao regime de bens e o apresentado por ele quando de sua declaração anual de imposto de renda. Conforme dispõe o art. 11, § 1º, do Projeto de Lei n. 145/2022, o valor a maior entre o declarado à receita

federal e o declarado em constituição do regime de fidúcia será entendido como acréscimo patrimonial tributável.

Cumpra-se expor que toda a sistemática da composição da fidúcia exige, por força do art. 4º, § 2º, do Projeto de Lei n. 4.758/2020, o registro em órgão registral que ateste a fé pública da criação da fidúcia, ou seja, é necessário registro em cartório (de imóveis, títulos e documentos ou em algum outro que a lei atribua competência) de modo que ao se ter o registro da constituição da fidúcia, tem-se por possível o conhecimento pela Receita Federal dos detalhes e condições de sua composição. Além disso, em todas as declarações das pessoas que sejam presentes na fidúcia deverá ocorrer a declaração dos ganhos.

A princípio, o entendimento quanto à tributação do *trust*/fidúcia aparenta clareza pelas explanações acima, uma vez estabelecida sua incidência na forma da lei, doutrina e compreensão da operação, contudo, a problemática de tributação pelo imposto de renda alcança contornos obscuros quando observamos as implicações práticas da operação contratual do *trust*/fidúcia.

A principal causa de obscuridade é ocasionada pelo caráter da operacionalização internacional do regime de bens fiduciário.

Pelo já exposto compreendemos de forma clara que a fidúcia se opera por contrato que visa a transferência de bens do instituidor para um regime de bens cuja administração é de um terceiro definido em contrato, tendo, por consequência, o objetivo de transferir os ganhos ou o próprio bem transferido para um beneficiário final.

Ocorre que qualquer dessas partes presentes no contrato pode conter o chamado “elemento de estraneidade” ou “elemento estrangeiro”, o que gera a situação de ampliação da relação jurídica para fora dos limites territoriais de jurisdição brasileira, ou seja, o contrato possui algum elemento internacional que o torna um contrato *misto*¹⁵, com dupla jurisdição aplicável.

No caso do *trust*/fidúcia podemos observar diversas situações que geram a incidência de estraneidades ao contrato, seja por conta de o instituidor, os bens, o conjunto de bens, o administrador ou o beneficiário não terem alcance da territorialidade jurisdicional brasileira ou não possuírem vinculação que faça incidir a norma brasileiro em total na operação.

Nesses casos encontramos a dificuldade da visualização da incidência tributária correta, o que gera obscuridade, conflituosidade, falta de clareza ou impedimento da tributação.

Como havíamos visto no caso do I.T.C.M.D. mencionado por Canesso, a existência de operação que ultrapassa os limites territórios gera interpretação

¹⁵ MARISTELA, Basso B. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Grupo Gen, 2019. *E-book*. ISBN 9788597023060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023060/>. Acesso em: 25 fev. 2024, p. 7.

diversa dos institutos tributários e falta de compreensão correta de sua incidência. No caso mencionado pelo autor, uma contribuinte questiona a Receita Federal sobre a tributação de ganhos do exterior oriundos de *trust* nas Bahamas de seu falecido marido em 2016, época em que passou a receber ganhos do regime de bens. A resposta da Fazenda, tão genérica quanto o questionamento da contribuinte, originou o entendimento simplista de que “se há recebimento de bens ou direitos há tributação”, o que já vimos acima que não é realidade da fidúcia.

Apesar de a situação informada e a resposta da Fazenda não serem suficientes para esclarecer a dúvida que surge quanto à tributação de rendas internacionais, o caso serve para nos fazer observar que há uma infinidade de questionamentos e situações a serem observadas.

A tributação pelo imposto de renda somente recairá pela ocorrência do fato gerador tributável, o qual não se configura pela simples transferência, mas pela natureza do que se está transferindo. Se a transferência se der como de uma totalidade ou parte de bem ou direito constituinte da fidúcia a tributação se dará na forma de transferência gratuita (I.T.C.M.D.), se for de um dos frutos destes bens ou acréscimo patrimonial ocorrerá a incidência de imposto de renda.

No entendimento de Tórres temos por pontuado que o recebimento de frutos constitui natureza tributável de imposto de renda ainda que recebidos do exterior.

“Portanto, quando o beneficiário receber distribuições do *trust* a qualquer título, pela natureza de acréscimo patrimonial, não é de ‘doação’ que se trata, mas de típico caso de rendimento tributável. [...] Logo, o beneficiário tem o dever de declarar e pagar o IRPF na proporção do rendimento auferido (regime de *Pass-Through Taxation*), quando deverá identificar como ‘fonte’ o *trust* no exterior.”¹⁶

Resta expor que o conflito de competência legislativa entre os entes políticos não é matéria nova ao Judiciário, de modo que tem sido com frequência levado a proferir entendimentos que estabelecem a competência e os limites de tributação com base no interesse de diferentes entes políticos sobre a mesma situação tributável.

Em especial quanto ao conflito entre União e Estado-membros temos julgados¹⁷ que de forma a harmonizar as competências estabelecidas na constituição

¹⁶ TÓRRES, Helene Taveira. *Trust* não pode ser usado para sonegação fiscal. *Consultor Jurídico*, 11 de novembro de 2015, 7h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/consultor-tributario-trust-nao-usado-sonegacao-fiscal/>. Acesso em: 14 mar. 2024, às 21h03.

¹⁷ ARE n. 1.387.761 AgR, Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22.02.2023, processo eletrônico *DJe-s/n* divulg 28.02.2023 public 01.03.2023 e RE n. 943.075 AgR, Rel. Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 24.10.2022, processo eletrônico *DJe-227* divulg 10.11.2022 public 11.11.2022.

afastam a incidência de imposto de renda aos casos em que se verificar a ocorrência de doação, sob pena de bitributação, o que provavelmente será levado novamente a discussão no Judiciário caso o Projeto de Lei n. 145/2022 seja aprovado.

Conclusão

Assim, nota-se de forma pontual que a relação obrigacional de fidúcia ou *trust* constitui-se de uma operação complexa que aponta desafios para sua completa compreensão e incidência tributária.

Ainda que o presente trabalho tenha pontuado algumas ponderações de incidência tributária, a real extensão de posicionamentos, interpretações e entendimentos quanto à tributação da operação de fidúcia é mais ampla do que se pode expor aqui, alcançando, inclusive, tributos não listados nos projetos de lei ou na própria lei promulgada, como a incidência de IOF cambial quando da operacionalização internacional e a existência de taxas quando do registro do regime de bens fiduciário em órgão público ou definido em lei para registro, o que apenas aponta que o estudo pela verificação dos tributos incidentes é mais amplo do que se pode apresentar nesse estudo.

Analisando os projetos de lei e a lei estabelecida, é claro perceber que a operacionalização da fidúcia necessita de efetivos estudos para se adequar ao regime tributário vigente, não apenas para adequação de entendimentos (frisa-se que o Projeto de Lei n. 145/2022 necessita de adequação dos termos conforme o Projeto de Lei n. 4.758/2020 para futura melhor compreensão e estudo), mas também para esclarecimentos quanto às hipóteses de incidência e eventuais conflitos de competência, fato gerador e limites de tributação.

Ainda que possua parecer de rejeição na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar n. 145/2022 se mostra pela análise desse estudo nitidamente constitucional capaz de aprovação, já que a Lei n. 14.754/2023 disciplina tão somente as hipóteses de fidúcia com elementos de estraneidade, de modo que não cumpre expor de forma pontual todas as regras de incidência e regulamentação da tributação da fidúcia em solo nacional.

Pelo analisado, a constituição do regime de bens da fidúcia e sua operacionalização não possui impedimentos para ser regulamentada em nosso país na forma como apresentada, porém, possui uma alta complexidade tributária quando observamos a sua natureza e operacionalização, o que por certo exige a elaboração e estudos cada vez mais aprofundados no tema, sendo este trabalho constituinte desta iniciativa de desenvolvimento.

Referências bibliográficas

CALIENDO, Paulo. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555599992. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599992/>. Acesso em: 18 jan. 2024.

- CANESSO, Rafael Maldonado. Tributação do *trust* deve ser pelo ITCMD, não pelo imposto de renda. *Consultor Jurídico*, 10 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-10/rafael-canesso-tributacao-trust2/>. Acesso em: 14 mar. 2024, às 23h33.
- COSTA, Regina H. *Curso de direito tributário*. São Paulo, SP: Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553623309. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623309/>. Acesso em: 18 jan. 2024.
- GIACOMELLI, Cinthia L. F.; ZAFFARI, Eduardo K.; FERREIRA, Gabriel B.; et al. *Direito internacional*. Grupo A, 2021. *E-book*. ISBN 9786556902753. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556902753/>. Acesso em: 25 fev. 2024.
- K. JÚNIOR, Anis. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*. ISBN 9788553600250. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600250/>. Acesso em: 25 fev. 2024.
- MARISTELA, Basso B. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Grupo Gen, 2019. *E-book*. ISBN 9788597023060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023060/>. Acesso em: 25 fev. 2024.
- MARTINS, Marluio Souza. Sobre *trusts*. Para entender o argumento da defesa do ex-deputado Eduardo Cunha. *Jus.com.br*: 21.03.2017, às 18:24. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56623/sobre-trusts>. Acesso em: 26 mar. 2024, às 22h34.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. São Paulo, SP: Saraiva, 2023. *E-book*. ISBN 9786553627185. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627185/>. Acesso em: 18 jan. 2024.
- ROCHA, Dinir Salvador Rios da. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo, SP: Saraiva, 2013. *E-book*. ISBN 9788502181335. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181335/>. Acesso em: 15 jan. 2024.
- S. NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. 1. ed. São Paulo, SP: Trevisan, 2016. *E-book*. ISBN 9788599519950. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788599519950/>. Acesso em: 15 jan. 2024.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Trust não pode ser usado para sonegação fiscal*. *Consultor Jurídico*, 11 de novembro de 2015, 7h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/consultor-tributario-trust-nao-usado-sonegacao-fiscal/>. Acesso em: 14 mar. 2024, às 21h03.