

## Quem se beneficia? A Tributação da Controlada Indireta e os Tratados

### *Who benefits? Taxation of Indirectly Controlled Companies and Tax Treaties*

Paulo Arthur Cavalcante Koury

*Mestrando em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.*

E-mail: paulo.arthur@airesbarreto.adv.br.

#### *Resumo*

O presente artigo visa analisar a questão da aplicabilidade dos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil em relação à tributação dos lucros da sociedade estrangeira controlada indiretamente por sociedade brasileira, no regime de bases universais nacional. Para tanto, será exposto como a controlada indireta era tributada sob o regime da MP 2.158-35/2001, bem como a mudança engendrada com o advento da Lei 12.973/2014. Em seguida, serão analisadas as controvérsias que o regime anterior levantou em relação à controlada indireta, para enfrentar-se o tema da forma como se relacionam os tratados contra a dupla tributação com a inclusão da controlada indireta no âmbito da Lei 12.973/2014. Para tanto, partir-se-á do exame dos requisitos necessários para que o tratado seja aplicável e da extensão da cláusula “beneficiário efetivo”, para concluir-se pela aplicabilidade do tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada indireta, tributada diretamente sob o regime da Lei 12.973/2014.

*Palavras-chave:* tributação em bases universais, controlada indireta, tratados, bitributação, beneficiário efetivo.

#### *Abstract*

The present article aims to analyze the applicability of Brazil's double taxation conventions regarding the taxation of profits of foreign companies that are indirectly controlled by Brazilian companies, under the national worldwide taxation regime. In order to do so, the way the indirectly controlled company was taxed under the MP 2.158-35/2001 will be analyzed, as well as the changes made by Law 12.973/2014. Following that, the article will analyze the controversies that the old regime led to in respect to indirectly controlled companies, in order to address the theme of how the double taxation conventions relate to the inclusion of indirectly controlled companies under Law 12.973/2014. The article will examine the necessary requirements for a treaty to be applicable, as well as the extent of the “beneficial owner” clause, in order to conclude that the

convention between Brazil and the country of residence of the indirectly controlled company applies against Law 12.973/2014.

*Keywords:* worldwide taxation, indirect control, tax treaties, beneficial owner.

### **Introdução: as Características Singulares da Legislação Brasileira de Tributação em Bases Universais e os Tratados contra a Dupla Tributação**

Vive-se em um momento de “febre” sem precedentes acerca do direito tributário internacional, traduzida na discussão em torno do Projeto BEPS (*base erosion and profit shifting*) da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que visa coibir a erosão da base tributável do imposto sobre a renda e o deslocamento de lucros para jurisdições de baixa tributação. Como explica Yariv Brauner, as origens desse movimento remontam à exposição midiática de planejamentos tributários de grandes empresas multinacionais, combinada à crise econômica e conseqüente necessidade de arrecadação que abalaram até mesmo as mais significativas economias do planeta<sup>1</sup>.

O referido cenário, como se pode perceber, é propício à adoção de medidas que visem à restrição de direitos dos contribuintes, para aumento da arrecadação. Nesse contexto, o Plano de Ação 3 do referido projeto teve por objetivo desenvolver recomendações para reforçar as chamadas regras CFC (*controlled foreign company*). Tais regras nada mais são do que normas antielisivas específicas<sup>2</sup> aplicáveis ao imposto sobre a renda, que visam impedir a erosão da base tributável por meio da atribuição de rendas facilmente realocáveis (ditas “passivas”, como juros, *royalties* e aluguéis) a sociedades controladas no exterior e o deslocamento de lucros para países de baixa tributação, por meio de sociedades controladas<sup>3</sup>.

Em rigor, as conclusões do referido plano de ação da OCDE são meras recomendações, não ostentando qualquer força prescritiva. Entretanto, não se pode descurar de sua relevância argumentativa como legitimação de práticas estatais e como critério de comparabilidade entre países.

No passado, a OCDE não havia feito muito em matéria de legislação CFC, a não ser buscar legitimá-la como compatível aos tratados, por meio dos comentários à convecção modelo da OCDE<sup>4</sup>. Nesse contexto, embora os comentários da

<sup>1</sup> BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, v. 16, n. 2. Gainesville: Florida University, 2014, p. 57-58.

<sup>2</sup> Para Paulo Ayres Barreto, “é por intermédio de alterações legislativas específicas que se coíbe eficazmente a evasão tributária. Inexistindo previsão normativa, abre-se espaço à elisão tributária, que haverá de ser admitida, ainda que promova alguma injustiça fiscal” (BARRETO, Paulo Ayres. *Elisão tributária: limites normativos*. Tese de Livre-docência. São Paulo: USP, 2008, p. 250-251).

<sup>3</sup> TEIJEIRO, Guillermo O. BEPS Action 3: public discussion draft on strengthening cfc rules: a legal critique to the possible implementation of a full-income CFC system. *Kluwer International Tax Blog*, abril de 2015.

<sup>4</sup> Cf. por exemplo, item 14 dos comentários à Convenção Modelo de 2010, conforme o qual: “The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign company provisions found in its domestic law (...)” (OECD (2010). *OECD commentary on the model conventions of 1977 and 1992 (incorporating the changes of 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 and 2010)*. OECD Publishing. Fazendo esse diagnóstico, cf. BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, v. 16, n. 2. Gainesville: Florida University, 2014, p. 87).

entidade sequer tenham força prescritiva no Brasil<sup>5</sup>, as regras brasileiras de tributação em bases universais, veiculadas pela Medida Provisória 2.158-35/2001 (convalidada pela cláusula de perpetuidade da Emenda Constitucional 32/2001) e posteriormente pela Lei 12.973/2014, sequer podem ser enquadradas no conceito de regra CFC, uma vez que não ostentam caráter antielisivo<sup>6</sup>.

Como afirma Guillermo Teijeiro, o Brasil possui um sistema de inclusão total, que abarca receitas que não geram riscos de erosão da base tributável ou deslocamento de lucros<sup>7</sup>. Outros países limitam a aplicabilidade da regra de tributação em bases universais: (a) em função da residência da controlada (*jurisdictional approach*): aplicando-se a regra somente às investidas residentes em país de baixa tributação; (b) em função do tipo de rendimentos da controlada (*transactional approach*): limitando a regra aos rendimentos facilmente realocáveis, de natureza passiva<sup>8</sup>. O Brasil, em contraste, inclui qualquer tipo de controlada (ou coligada) e rendimento sob suas regras de tributação em bases universais.

Não obstante, o plano da OCDE de fortalecer as referidas regras CFC torna pertinente a pergunta: as regras brasileiras estariam em conformidade com esse novo modelo de “CFC fortalecida”? A resposta é negativa. Embora o relatório final do referido Plano de Ação (que não possui qualquer eficácia vinculante) faça ressalva de sistemas de inclusão total, como o brasileiro, enquanto formas de prevenir o diferimento da tributação em longo prazo, por meio da não distribuição de dividendos<sup>9</sup>, as regras de tributação em bases universais recomendadas pela OCDE não adotam esse parâmetro<sup>10</sup>.

Não só a circunstância de o sistema brasileiro ser pautado na inclusão total, mas também sua própria caracterização do que seja uma sociedade controlada (ou coligada) vai muito além do Plano de Ação da OCDE. No Projeto BEPS, recomenda-se que os países adotem, concomitantemente, definições legais (direitos a voto e subscrição de capital) e econômicas (direitos a lucros, ativo ou capital em caso de dissolução), podendo, ainda, incluir testes de fato (quem toma decisões

<sup>5</sup> Sobre o tema, no contexto internacional, ver: LANG, Michael; BRUGGER, Florian. The role of the OECD commentary in tax treaty interpretation. *Australian Tax Forum*, v. 23, 2008. No contexto brasileiro, ver: KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. Os tratados contra a bitributação e os resultados no exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 235, 2015, p. 112-116.

<sup>6</sup> XAVIER, Alberto. A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito tributário contemporâneo. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 60. BARRETO, Paulo Ayres. A tributação, por empresas brasileiras, dos lucros auferidos no exterior por suas controladas e coligadas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2013. v. 17, p. 225-227. SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 219, 2013, p. 77.

<sup>7</sup> TEIJEIRO, Guillermo O. BEPS Action 3: public discussion draft on strengthening CFC rules: a legal critique to the possible implementation of a full-income CFC system. *Kluwer International Tax Blog*, abril de 2015.

<sup>8</sup> XAVIER, Alberto. A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito tributário contemporâneo. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61.

<sup>9</sup> OECD (2015). *Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 base erosion and profit shifting project*. Paris: OECD Publishing, p. 44.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 44-52.

relevantes e influência dominante na companhia). Em adição, o controle deve ser definido pelo mínimo de 50%, ressalvado que países podem querer alcançar objetivos de política pública mais amplos ou prevenir abusos por meio de patamares menos elevados. O Plano recomenda, ainda, a consideração tanto do controle direto como do indireto<sup>11</sup>.

Ainda que sejam amplas as definições recomendadas pelo Plano de Ação, a legislação do Brasil parece ir muito além, embora, no geral, se valha dos conceitos da legislação societária. No que respeita às coligadas, por exemplo, determina submeterem-se às regras CFC aquelas que estejam sujeitas a regime de subtributação ou tributação favorecida, ou, ainda, as controladas, diretas ou indiretas, de pessoa jurídica em regime de subtributação (art. 81 da Lei 12.973/2014). Essa definição não somente não se enquadra em qualquer das definições referidas pelo plano de ação, como parece desconsiderar, totalmente, o requisito de controle no caso de pessoas coligadas em países de tributação favorecida. Circunstância similar ocorre com o regime de equiparação à controladora (art. 83 da Lei 12.973/2014).

Essa breve contextualização das regras brasileiras de tributação em bases universais em relação aos padrões internacionais sobre a matéria teve por fito ressaltar que não são poucas as particularidades da legislação brasileira. Por essas e outras razões, muitas têm sido as discussões envolvendo a compatibilidade entre as regras brasileiras de tributação em bases universais e os tratados contra a dupla tributação firmados pelo País<sup>12</sup>. Nesse contexto, o presente artigo visa analisar somente uma dessas controvérsias, a saber, a aplicabilidade dos tratados em relação à tributação da controlada indireta.

Para tanto, iniciar-se-á por expor a mudança na forma como a controlada indireta era tributada sob o regime da MP 2.158-35/2001, com o advento da Lei 12.973/2014. Em seguida, serão analisadas as controvérsias que o regime anterior levantou em relação à controlada indireta, para enfrentar-se o tema da forma como se relacionam os tratados contra a dupla tributação com a inclusão da controlada indireta no âmbito da Lei 12.973/2014. Para tanto, partir-se-á do exame dos requisitos necessários para que o tratado seja aplicável e da extensão da cláusula “beneficiário efetivo”, para concluir-se pela aplicabilidade do tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada indireta, tributada diretamente sob o regime da Lei 12.973/2014.

## **1. A Tributação da Controlada Indireta na MP 2.158-35/2001 e na Lei 12.973/2014**

A Medida Provisória 2.158-35/2001, em seu art. 74, prescreveu, de maneira bastante sintética, que os lucros auferidos por “controlada ou coligada no exterior” seriam considerados disponibilizados para a controladora ou coligada na data do balanço em que tivessem sido apurados no exterior. O artigo remeteu, ainda, à delimitação desses conceitos ao regulamento. Nesse passo, o art. 7º da Instrução Normativa 213/2002 prescreveu que a “contrapartida do ajuste do valor

<sup>11</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>12</sup> Para uma exposição ampla do tema, ver: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 473-496.

do investimento no exterior” seria avaliada por meio do método de equivalência patrimonial (MEP).

O referido método é utilizado pela contabilidade societária brasileira para determinar o valor do investimento em participações societárias. O método de equivalência patrimonial, no Brasil, é regrado pelo Pronunciamento Técnico CPC 18 (R2), aprovado pela Deliberação CVM 692/2012, que funciona como norma regulamentadora do art. 177, § 3º, da Lei 6.404/1976, com redação determinada pela Lei 11.941/2009. Em conformidade com esse regulamento, o método consiste no reconhecimento do investimento, inicialmente, pelo custo, com posteriores ajustes “para refletir a alteração pós-aquisição na participação do investidor sobre os ativos líquidos da investida”.

Rigorosamente, o método da equivalência patrimonial não poderia ser utilizado para a determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda no Brasil, em razão de expressa vedação legal (art. 23, parágrafo único, do Decreto-lei 1.598/1977 e art. 25, § 6º, da Lei 9.249/1996), pelo que a referida IN 213/2002 desbordou os limites legais, como sustentou Paulo Ayres Barreto<sup>13</sup>. Entretanto, o dispositivo não foi declarado ilegal, tendo sido largamente aplicado.

Nesse contexto, percebe-se que não havia, na legislação anterior à Lei 12.973/2014, referência expressa à tributação da controlada indireta (a sociedade controlada por sociedade no exterior controlada de sociedade brasileira). Em princípio, caso fosse considerado o balanço da sociedade no exterior para fins de tributação pela controladora ou coligada brasileira, não haveria, no mais dos casos, consideração da variação dos investimentos em participação societária da sociedade estrangeira (controladas indiretas da sociedade brasileira), uma vez que a maioria dos países do mundo não adota o método de equivalência patrimonial, mesmo porque as regras internacionais de contabilidade não o permitem<sup>14</sup>.

Entretanto, a norma brasileira de contabilidade determina que, para fins do MEP, devem-se tomar as demonstrações contábeis da sociedade investida no exterior, elaboradas originalmente conforme as normas locais de contabilidade (*local GAAP*), e adaptá-las, evento a evento, às normas contábeis do Brasil (item 36 do Pronunciamento Técnico CPC 18 – R2). Dessa forma, tomando-se como exemplo o caso de uma sociedade brasileira que tivesse uma única controlada no exterior, em país europeu que não adotasse o MEP, todas as controladas da sociedade no exterior (controladas indiretas da sociedade brasileira) seriam consideradas para a formação do lucro tributável para fins do art. 74 da MP 2.158-35/2001, em razão da adaptação da demonstração contábil da controlada direta às práticas brasileiras, que determinam o uso do MEP. É dizer, sob o regime da MP 2.158-35/2001, as variações das participações em controladas indiretas eram consideradas indiretamente para a formação da base de cálculo do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro líquido no Brasil.

<sup>13</sup> BARRETO, Paulo Ayres. A tributação, por empresas brasileiras, dos lucros auferidos no exterior por suas controladas e coligadas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2013. v. 17, p. 228-231.

<sup>14</sup> MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de. *Manual de contabilidade societária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 219.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (ADI 2.588/DF e RE 541.090/SC) declarou a inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35/2001 no que respeita às pessoas coligadas domiciliadas em países sem tributação favorecida. Após o julgamento, sobreveio a MP 627/2013, posteriormente convertida na Lei 12.973/2014. O novo regime, em largas linhas, manteve a tributação das sociedades controladas no exterior, e instituiu condicionantes para a tributação das coligadas<sup>15</sup>.

Importa ao presente estudo ressaltar a modificação inserida pela Lei 12.973/2014, que passou a considerar diretamente as controladas indiretas para a tributação no Brasil, o que era feito apenas de maneira indireta pelo regime anterior. Com efeito, o art. 76 da Lei 12.973/2014 prescreve a consideração individualizada dos resultados “auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior”. Com isso, inaugura-se o que Alberto Xavier denominou tributação *per saltum*, que ignora a existência da sociedade intermediária, para determinar a tributação direta da controlada indireta<sup>16</sup>.

Para implementar essa modificação na sistemática de tributação em bases universais, o MEP se mostra amplamente inadequado, uma vez que os resultados da controlada direta no exterior não mais podem conter reflexos de seus investimentos em controladas indiretas da sociedade brasileira. Sendo assim, embora o art. 76 da Lei 12.973/2014 faça referência ao “resultado contábil na variação do valor do investimento”, o § 7º do art. 25 da Lei 9.249/1996, inserido pela Lei 12.973/2014, prescreve que “os lucros serão apurados segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio”. No mesmo sentido, determina o art. 8º, § 1º, da Instrução Normativa RFB 1.520/2014, que regulamenta o regime de tributação em bases universais da Lei 12.973/2014.

Como assevera Marcos Shigueo Takata, o que se tributa sob o novo regime não é a parcela do valor do investimento refletida na contabilidade da pessoa jurídica brasileira em conformidade com o MEP (apurado sob as normas de contabilidade do Brasil), mas o lucro auferido pela controlada direta ou indireta antes dos impostos (*net before tax*), conforme as normas contábeis de seu país de residência (*local GAAP*)<sup>17</sup>. Além disso, o § 2º do art. 76 da Lei 12.973/2014 determina que “os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto” não

<sup>15</sup> Sobre as inovações do novo regime, ver: XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 3 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18, p. 11-23. BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do resultado de coligadas e controladas no exterior, em face da Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18, p. 352-378.

<sup>16</sup> XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 3 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18, p. 13.

<sup>17</sup> TAKATA, Marcos Shigueo. Lucros no exterior, equivalência e tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” à luz dos acordos de bitributação brasileiros. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6, p. 350.

devem ser considerados para fins de tributação em bases universais. Com isso, garante-se que, seja qual for a forma de registro que as normas locais de contabilidade adotem (MEP ou registro pelo custo com testes de recuperabilidade), não serão considerados indiretamente os resultados de controladas indiretas, no resultado da controlada direta.

Em síntese, para os fins do presente artigo, importa destacar que a MP 2.158-35/2001 inaugurou um sistema em que apenas a controlada ou coligada direta era considerada diretamente, mas os investimentos indiretos eram refletidos no seu resultado, em função da “tradução” das demonstrações contábeis da coligada ou controlada direta às normas de contabilidade brasileiras, que albergam o MEP. Já a Lei 12.973/2014 prescreveu a consideração direta de cada coligada, controlada direta ou indireta, individualizando o resultado de cada uma delas, apurado conforme a contabilidade local. Passou-se de um sistema que considerava a controlada indireta apenas mediatamente para um sistema de consideração imediata da controlada indireta.

## 2. Os Tratados contra a Dupla Tributação e a Controlada Indireta

Exposta a mudança na forma de tributação das sociedades controladas indiretas no exterior, com a revogação do art. 74 da MP 2.158-35/2001 pela Lei 12.973/2014, cumpre esclarecer como essa mudança se relaciona com a questão da compatibilidade dos regimes de tributação em bases universais brasileiros com os tratados internacionais contra a dupla tributação firmados pelo Brasil. Para tanto, deve-se traçar um breve panorama sobre a discussão em torno da compatibilidade dos tratados com ambas as leis.

De modo geral, argumenta-se que ambos os sistemas de tributação em bases universais brasileiros violam o art. 7º dos tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil, que prescreve que “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante somente são tributáveis nesse Estado”<sup>18-19</sup>. Nesse sentido, decidiu a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 1.325.709/RJ (*DJ* 20.05.2014), em que o se determinou a prevalência do art. 7º dos tratados firmados com a Bélgica, com a Dinamarca e com Luxemburgo, em relação ao art. 74 da MP 2.158-35/2001. Essa decisão, entretanto, não possui eficácia vinculante em relação a terceiros que não tenham sido parte no processo, uma vez que não

<sup>18</sup> Por todos, em relação ao regime da MP 2.158-35/2001: 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*. São Paulo: Dialética, 2013. v. 17, p. 231-233; SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 219, 2013, p. 73-76. Em relação ao novo regime: XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 473-496.

<sup>19</sup> Essa argumentação somente não se aplica em relação aos tratados firmados com o México (art. 28, item 3, do Tratado Brasil-México – Decreto 6.000/2006) e com o Peru (item 5, “d”, do Protocolo que forma parte integrante do Tratado Brasil-Peru – Decreto 7.020/2009), que contêm previsões específicas determinando, de forma ampla, a compatibilidade dos mesmos com legislações nacionais que visem evitar o diferimento do lucro, incluída a legislação CFC e legislações similares.

foi proferida sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil então em vigor (Lei 5.869/1973).

Desse modo, embora referida decisão do STJ seja o primeiro precedente dos tribunais superiores brasileiros sobre a matéria (que não foi tratada pelo STF quando do julgamento da ADI 2.588/DF e do RE 541.090/SC), o tema permanece controverso. Com efeito, percebe-se haver decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) posteriores à decisão do STJ em pelo menos três sentidos, que bem sintetizam as controvérsias sobre a matéria.

A primeira linha decisória reconhece que o regime de tributação em bases universais da MP 2.158-35/2001 viola o art. 7º dos tratados firmados pelo Brasil com base no modelo da OCDE, pois determina a tributação de lucros da entidade no exterior, tomando-a como transparente para fins fiscais (assim: Acórdão 1103-001.122, 3ª T. O. da 1ª C. da 1ª Sejul., sessão de 23.09.2014).

A segunda linha encontrada nos julgados do CARF consiste na afirmação de que o lucro tributável seria da controladora brasileira, pelo que o art. 7º dos tratados não impediria a tributação (assim: Acórdão 1302-001.629, 2ª T. O. da 3ª C. da 1ª Sejul., sessão de 04.02.2015). Esse argumento merece atenção, uma vez que foi adotado pela Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta COSIT 18/2013 e também pelo Ministro do STJ Sérgio Kukina, em voto vencido proferido no julgamento do REsp 1.325.709/RJ. Adicionalmente, parece constar de trecho do voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki, do STF, no RE 611.586.

Entretanto, é inverídica a afirmação de que não se estaria a tributar o lucro da entidade no exterior, mas lucro da entidade brasileira. Primeiramente, deve-se destacar que não é o sujeito passivo do tributo que determina os aspectos material e quantitativo da incidência tributária<sup>20</sup>. É dizer, não é a circunstância de ser a sociedade brasileira o sujeito passivo do tributo que determina que o critério material do tributo seja composto pelo auferimento de lucros pela pessoa jurídica brasileira e que sua base de cálculo consista no lucro da pessoa brasileira.

É justamente o que ocorre no caso da tributação em bases universais prescrita pela legislação brasileira. O fato tributado é o auferimento de lucros pela sociedade residente no exterior, em violação ao art. 7º dos tratados<sup>21</sup>. Todavia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao contribuinte brasileiro. Trata-se, nas palavras de Alberto Xavier, de mera técnica de tributação<sup>22</sup>.

Sob o regime da Lei 12.973/2014, sequer é possível sustentar que a base de cálculo do tributo seja apenas a repercussão do lucro da sociedade estrangeira no resultado da sociedade brasileira, uma vez que, conforme exposto, o tributo incide sobre o resultado apurado pela sociedade estrangeira conforme as normas locais de contabilidade e antes dos tributos, o que é muito diferente do reflexo dessa variação nas demonstrações contábeis da sociedade brasileira, conforme o

<sup>20</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário. Linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 645.

<sup>21</sup> BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do resultado de coligadas e controladas no exterior, em face da Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18, p. 371.

<sup>22</sup> XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 489.

MEP. Os lucros tributados no Brasil sob o regime da Lei 12.973/2014 “não são refletidos contabilmente na controladora brasileira (...) [s]e o contrário ocorrer, será acidental”<sup>23</sup>. Logo, uma vez que a base de cálculo deve confirmar o critério material da regra-matriz de incidência, prevalecendo sobre este em caso de conflito<sup>24</sup>, não há dúvidas de que a regra determina a tributação do lucro da sociedade estrangeira.

Argumento corriqueiramente atrelado ao que ora se examina consiste na afirmação de que os tratados não limitariam “o direito de um Estado Contratante tributar seus residentes com base nos dispositivos relativos a sociedades controladas no exterior” (constante da Solução de Consulta COSIT 18/2013). A exemplo da faceta do mesmo argumento examinada acima, esta linha argumentativa falha ao procurar condicionar a vedação de tributação objetivamente veiculada pelo tratado (que veda a tributação do lucro de sociedade residente no outro estado contratante), ao critério pessoal (subjetivo) da norma de incidência. Como afirma Luís Eduardo Schoueri, o “escopo do artigo 7º não é subjetivo (as empresas), mas objetivo (os lucros das empresas)”<sup>25</sup>.

Por fim, a terceira linha decisória referida acima determina que seria aplicável o art. 10 dos tratados contra a dupla tributação, não o art. 7º. Conforme essa linha de fundamentação, a lei brasileira veicularia ficção de distribuição de dividendos, motivo pelo qual seria aplicável o art. 10 dos tratados, que permite a tributação dos dividendos pelo estado de residência daquele que os recebe (assim: Acórdão 1302-001.630, também da 2ª T. O. da 3ª C. da 1ª Sejul., sessão de 04.02.2015).

Para Alberto Xavier, esse argumento somente teve lugar sob a égide da MP 2.158-35/2001, em razão da expressão “serão considerados disponibilizados”, não mais tendo espaço em razão da superveniência da Lei 12.973/2014<sup>26</sup>. De toda sorte, esse argumento não se sustenta, quer sob o regime da Medida Provisória, quer sob o atual regramento. Com efeito, passando ao largo da consideração constitucional atinente à possibilidade de que uma lei ordinária estabelecesse a referida ficção, para considerar unicamente a questão da compatibilidade com os tratados, tem-se que a distinção entre lucros e dividendos funciona como critério para determinação da aplicabilidade do art. 7º ou do art. 10.

Conforme o art. 31 (1) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), os termos por ele veiculados devem ser interpretados conforme o “sentido comum atribuível aos termos do tratado”. Como ensina Klaus Vogel, em áreas especializadas como o direito tributário, esse sentido comum

<sup>23</sup> TAKATA, Marcos Shigueo. Lucros no exterior, equivalência e tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” à luz dos acordos de bitributação brasileiros. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6, p. 352.

<sup>24</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246.

<sup>25</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 219, 2013, p. 74.

<sup>26</sup> XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 483.

deve ser tomado como o sentido técnico dos termos desenvolvido na área<sup>27</sup>. Logo, resta claro que o sentido de “lucros” é distinto da significação do termo “dividendos”. Enquanto o primeiro diz respeito a apenas uma pessoa jurídica (aquela que aufera os lucros), o segundo diz respeito à distribuição efetiva desses lucros aos acionistas ou cotistas. Como predica Rubens Requião, “se for esse lucro distribuído aos acionistas, tendo em vista as ações, surge o dividendo”<sup>28</sup>. Aliás, os próprios tratados veiculam uma definição do termo “dividendos” enquanto rendimentos oriundos de participações de capital<sup>29</sup>.

Sendo assim, uma vez que a legislação brasileira determina a tributação da variação patrimonial da sociedade investida no exterior sem considerar se houve ou não distribuição, é certo que o lucro não se transforma em dividendo. Logo, para fins do tratado, não há dividendo, mas lucro, sendo aplicável o art. 7º, não o art. 10. A subsunção da circunstância fática tributada a um ou a outro artigo do tratado não depende do nome que lhe atribua a legislação interna, mas das características que ostenta a própria situação. Assim, se não há distribuição, não há subsunção ao conceito de “dividendo” para fins do tratado.

Essa breve exposição sobre os principais argumentos utilizados para a defesa da incompatibilidade, ou não, entre os regimes de tributação em bases universais brasileiros e os tratados contra a dupla tributação de modo algum esgota o tema. Seu objetivo foi unicamente traçar um quadro geral para a análise mais específica a que se propõe este artigo, qual seja, a aplicabilidade dos tratados contra a dupla tributação em relação à controlada indireta.

### 2.1. Os tratados e a controlada indireta sob o regime da MP 2.158-35/2001

Como exposto acima, o art. 74 da MP 2.158-35/2001 e a Instrução Normativa 213/2002, que o regulamentou, prescreviam a consideração imediata apenas da controlada direta da sociedade brasileira para fins de tributação. Contudo, o recurso ao método da equivalência patrimonial tinha por efeito que se refletissem, na variação do investimento da controlada direta, todos os investimentos dessa controlada, de modo que a variação dos patrimônios das controladas indiretas da sociedade brasileira era tributada por intermédio da controlada direta.

Nesse contexto, na maioria dos casos, a discussão sobre os tratados partiu do pressuposto de que o tratado aplicável seria aquele firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada ou coligada direta, uma vez que sequer havia referência na legislação de regência da matéria à controlada indireta. Entretanto, em pelo menos dois casos o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (antigo

<sup>27</sup> VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *Berkeley Journal of International Law*. v. 4, 1986, p. 35.

<sup>28</sup> REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 2º v, p. 249.

<sup>29</sup> A título de exemplo, tome-se o art. 10 (3) do tratado firmado com a Venezuela (Decreto 8.336/2014): “3. O termo ‘dividendos’ usado no presente Artigo compreende os rendimentos provenientes de ações, ações de fruição ou usufruto sobre ações, ações de empresas mineradoras, partes de fundador ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos, assim como rendimentos de outras participações de capital sujeitos ao mesmo tratamento tributário que os rendimentos de ações pela legislação do Estado Contratante em que a sociedade que os distribui seja residente.”

Conselho de Contribuintes) analisou a questão da aplicabilidade dos tratados à controlada indireta, chegando a resultados distintos. Nesses dois casos, conhecidos como “Eagle II” e “Gerdau”, o fiscal autuante pretendia segregar dos resultados da controlada direta aqueles que decorressem de participações societárias em entidades controladas, para determinar que o tratado não se aplicaria a estes últimos.

No caso Eagle II, julgado pela Primeira Câmara do então Primeiro Conselho de Contribuintes em sessão de 17 de dezembro de 2008 (Acórdão 101-97.070), prevaleceu o voto do Conselheiro Valmir Sandri, no sentido de que os lucros das controladas indiretas deveriam ser considerados de maneira individualizada, motivo pelo qual o tratado firmado com o país de residência da controlada direta não seria aplicável a tais resultados.

Em voto vencido, a Conselheira Sandra Faroni asseverou que “não há como trazer tais lucros para o Brasil se não por intermédio da controlada direta”, concluindo que a tributação da controlada indireta pressupõe o uso do método da equivalência patrimonial, na controlada direta, motivo pelo qual é integralmente aplicável o tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada direta (inclusive em relação aos reflexos da variação patrimonial das controladas desta última).

Esse entendimento, que nessa oportunidade restara vencido, sagrou-se vencedor na 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do já Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, quando do julgamento do referido “caso Gerdau”, em sessão de 2 de outubro de 2012 (Acórdão 1101-000.811). Nesse caso, a fiscalização justificava a consideração direta da variação do patrimônio das controladas indiretas da sociedade brasileira sob os argumentos de que a controlada direta localizada na Espanha teria por único objetivo a economia tributária, incorrendo em abuso de tratado e que a legislação brasileira de tributação em bases universais consideraria de forma individualizada as controladas diretas e indiretas.

O voto vencedor, do Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, afasta o primeiro argumento em razão de inexistir no tratado ou no direito interno norma geral antielisiva que coibisse genericamente o “abuso de tratado”, além de não ter sido provada pela Administração essa circunstância. Ademais, descarta o segundo argumento uma vez que, em suas palavras, para se considerar que o art. 74 da MP 2.158-35/2001 estaria fazendo referência às controladas indiretas seria necessário “ignorar o texto do artigo” e pressupor que este determinasse uma desconsideração tácita da personalidade jurídica da controlada direta.

O Conselheiro Marcos Shiguelo Takata acompanhou as conclusões desse voto, mas declarou fundamentos diversos. Conforme muito bem levantado em seu voto, na esteira do voto da Conselheira Sandra Faroni, acima referido, “os lucros das controladas indiretas são tributáveis no Brasil, por meio das controladas diretas, *i.e.*, mediante a consolidação dos lucros das indiretas na controladas diretas”. Nesse passo, concluiu o Conselheiro que a transparência fiscal estabelecida pela Medida Provisória somente alcança imediatamente a controlada direta, aplicando-se integralmente o tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada direta.

Da exposição dessas controvérsias no âmbito do controle de legalidade da Administração Tributária, percebe-se que, sob o regime da MP 2.158-35/2001, duas questões se puseram no que diz respeito à questão dos tratados em referência à controlada indireta: (i) se a controlada indireta deveria ser considerada individualmente ou se as mutações de seu patrimônio seriam tomadas em conta somente de forma indireta, no resultado da controlada direta; (ii) se, por via de consequência, seria aplicável ou não aos resultados da controlada indireta o tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada direta. Havia certo consenso de que se a controlada indireta fosse tributada apenas por intermédio do resultado da controlada direta, o tratado entre o Brasil e o país de residência da controlada direta seria aplicável aos resultados da controlada indireta.

Segundo nos parece, conforme exposto acima, o regime de tributação em bases universais da Medida Provisória apenas determinava a consideração imediata dos resultados da controlada direta, de modo que os resultados da controlada indireta eram apenas considerados enquanto refletidos nos demonstrativos contábeis da controlada direta, quando traduzidos à contabilidade brasileira. Dessa forma, era plena a aplicabilidade do tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada direta, em relação à integralidade dos resultados nela refletidos, conforme os votos dos Conselheiros Sandra Faroni e Marcos Takata, referidos acima.

## 2.2. Colocação do problema em face do regime da Lei 12.973/2014

Sob o novo regime de tributação em bases universais inaugurado pela Lei 12.973/2014, a controlada indireta passou a ser tributada diretamente, em conformidade com os demonstrativos contábeis apurados de acordo com as normas locais de contabilidade do país de sua residência, consoante exposto acima.

Nesse contexto, surgem novas indagações em relação ao tratado aplicável no caso da controlada indireta, uma vez que seus resultados não mais serão tributados por meio dos seus reflexos na controlada direta. Embora defendam que deveria ser reconhecida a aplicabilidade do tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada indireta, Ana Cláudia Akie Utumi e Bruno Alberto Guilherme Pereira afirmam que a tributação imediata da controlada indireta cria uma “situação dúbia, na qual não se pode ter certeza da aplicação dos tratados para evitar a dupla tributação”<sup>30</sup>.

Os referidos autores explicam a natureza dessa dubiedade partindo do pressuposto de que “a aplicação do tratado requer a análise de quem são os beneficiários – ou seja, beneficiários das rendas cuja tributação é regulada pelos tratados”. Nesse passo, analisando exemplo de controlada indireta de sociedade brasileira domiciliada na Dinamarca, afirmam que, do ponto de vista societário, não seria a empresa brasileira a intitulada ao recebimento dos dividendos dessa participação societária, mas a controladora direta.

<sup>30</sup> UTUMI, Ana Cláudia Akie; PEREIRA, Bruno Alberto Guilhem. Lucros no exterior, equivalência e tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” à luz dos acordos de bitributação brasileiros. In: MÔSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6, p. 68-69.

Assim, afirmam que caso as autoridades dinamarquesas fossem consultadas sobre a aplicabilidade do tratado Brasil-Dinamarca “seria provável que a resposta seria pela não aplicação do tratado”, vez que a controladora direta da empresa dinamarquesa não seria a brasileira. Por fim, asseveram que para que se pudesse pleitear a aplicação do referido tratado para obstar a tributação dos resultados da controlada indireta, seria necessário argumentar que “a controlada direta não seria beneficiária efetiva dos lucros e dividendos, e que a empresa brasileira o seria”.

Esses argumentos podem ser sintetizados da seguinte forma:

Argumento I: a aplicação dos tratados pressupõe a análise de quem seriam os beneficiários das rendas cuja tributação ele regula.

Argumento II: em relação ao regime de tributação em bases universais brasileiros, essa análise do beneficiário das rendas consistiria em determinar o sujeito que teria direito ao pagamento de dividendos.

Argumento III: é provável que as autoridades administrativas do país de residência da controlada indireta entendam pela não aplicação do tratado.

Argumento IV: para que o tratado entre o Brasil e o país da controlada indireta seja aplicável, é necessário que a pessoa brasileira seja a “beneficiária efetiva” dos “lucros e dividendos”.

Exposta essa linha argumentativa levantada pelos autores suprarreferidos (que não a defendem expressamente, mas apenas apontam que poderia consistir em óbice à aplicabilidade do tratado), passa-se a examinar os requisitos para que um tratado contra a dupla tributação se aplique e a extensão da cláusula “beneficiário efetivo”, para que se possa analisar cada um dos quatro argumentos sintetizados acima.

### 2.3. A determinação da aplicabilidade do tratado

Conforme as lições de Klaus Vogel, um tratado contra a dupla tributação pode ser analiticamente dividido em três elementos, a saber: (i) requisitos de aplicação do tratado; (ii) requisitos substantivos de tributação; (iii) consequência para a dupla tributação<sup>31</sup>. Importa, para o presente estudo, o primeiro dos três elementos referidos pelo Autor, que se desdobra, ainda segundo suas lições, em três questões, quais sejam: (i) o tratado é vinculante no país tributante?; (ii) o contribuinte em particular tem direito aos benefícios do tratado?; (iii) o tratado se aplica ao tributo em questão? Respondidas positivamente essas três questões, pode-se afirmar que os elementos substantivos do tratado se aplicam ao caso em exame.

Assim, em se tratando das regras brasileiras de tributação em bases universais, determinar a aplicabilidade do tratado é um passo anterior à perquirição de qual o artigo aplicável e se regime brasileiro viola as regras distributivas do tratado, que compõem o segundo e terceiro elementos da concepção tripartida de Vogel.

<sup>31</sup> VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *Berkeley Journal of International Law*. v. 4, 1986, p. 24.25.

Dessa forma, o tratado será aplicável se for vinculante no Brasil, se aplicar ao contribuinte em questão e ao tributo cobrado. No que respeita à primeira questão, será vinculante no Brasil o tratado que tiver sido internalizado conforme as regras prescritas na Constituição Federal.

A terceira questão é respondida positivamente em relação ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Com efeito, os tratados firmados pelo Brasil, em seu art. 2º (impostos visados) determinam expressamente sua aplicabilidade ao Imposto sobre a Renda. No que respeita à CSLL, havia grande debate sobre sua inclusão ou não na cláusula de aplicabilidade aos tributos de natureza idêntica ou análoga ao Imposto sobre a Renda<sup>32</sup>, introduzidos após a assinatura da convenção, no caso de tratados assinados antes da instituição da CSLL no Brasil ou antes da tributação em bases universais pela CSLL, inserida por meio da MP 1.858-7/1999, como defendeu Alberto Xavier<sup>33</sup>. Somente os tratados Brasil-Portugal (item 1 do Protocolo), Brasil-Trinidad e Tobago (alínea “a” do Protocolo), Brasil-Bélgica (item 3 do Protocolo) e Brasil-Turquia (item 1 do Protocolo) expressamente abrangiam a CSLL. Contudo, o art. 11 da Lei 13.202/2015 veio a encerrar essas dúvidas, determinando, com aplicabilidade retroativa (por força do art. 106, I, do CTN), que “para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL”<sup>34</sup>.

Relativamente ao regime de tributação imediata da controlada indireta instituído pela Lei 12.973/2014, importa determinar se os contribuintes em questão (a pessoa brasileira e sua controlada indireta) têm direito aos benefícios do tratado. Nesse passo, o art. 1º dos tratados firmados conforme o modelo da OCDE determina que “a presente Convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes”. O art. 4º, por sua vez, remete à definição de residência pelo direito interno de cada estado contratante, ao prescrever que residente de um Estado contratante corresponde à noção de sujeição à tributação nesse Estado, em razão de “domicílio, residência, sede de direção, lugar de constituição ou qualquer outro critério de natureza análoga”.

Por esse critério, resta clara a aplicabilidade do tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada indireta, uma vez que o contribuinte brasileiro é sujeito à tributação no Brasil em razão de sua residência, ocorrendo o mesmo em relação à controlada indireta, em seu país de residência. Entretanto, para que possam ser enfrentados os argumentos acima enumerados, é necessário

<sup>32</sup> A título de exemplo, prescreve o art. 2º (2) do referido Tratado Brasil-Venezuela: “2. A Convenção se aplica também aos impostos idênticos ou substancialmente similares que forem introduzidos após a data da assinatura da mesma, seja em adição aos acima mencionados, seja em sua substituição. As autoridades competentes dos Estados Contratantes comunicar-se-ão as modificações significativas ocorridas em suas respectivas legislações fiscais.”

<sup>33</sup> XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 125.

<sup>34</sup> Essa interpretação legal é vinculativa para as autoridades brasileiras. No entanto, o outro Estado contratante poderia discordar dessa interpretação, negando-se, por exemplo, a reconhecer créditos de CSLL (quando cabíveis). Trata-se de um tema interessante, cuja análise dos desdobramentos vai além do escopo deste trabalho.

que se analise a chamada cláusula do “beneficiário efetivo” e como ela se relaciona à interpretação dos tratados.

#### 2.4. A extensão da cláusula “beneficiário efetivo”

De maneira geral, a cláusula “beneficiário efetivo” funciona como condicionante para as consequências de dupla tributação a que se refere Klaus Vogel. Como esclarece Heleno Taveira Tôrres, o conceito de “beneficiário efetivo” foi introduzido na revisão da Convenção Modelo da OCDE de 1977, tendo por fito coibir práticas elisivas. Para tanto, foram inseridas modificações nos arts. 10 (dividendos), 11 (juros) e 12 (*royalties*), de modo a condicionar a aplicabilidade de alíquotas máximas de retenção na fonte nesses tipos de pagamentos (consequência de dupla tributação) à circunstância de o “beneficiário efetivo” dos pagamentos ser residente do Estado signatário<sup>35</sup>.

A definição do termo “beneficiário efetivo”, entretanto, sempre foi problemática. Como aponta Philip Baker, em um extremo a cláusula excluiria os benefícios dos tratados em caso de simples interposição de um procurador em país com tratado para receber pagamentos. Em outro extremo, porém, conduziria à negativa de benefícios mesmo para uma companhia que efetivamente recebesse rendimentos e posteriormente realiza distribuições aos seus acionistas, o que abarcaria praticamente todas as companhias. Nesse passo, identifica o autor que os comentários da OCDE originalmente restringiram a aplicabilidade da cláusula contra os casos de procuradores (*agents or nominees*) e posteriormente foram entendidos para abarcar também os intermediários que funcionam como meros fiduciários<sup>36</sup>.

A questão se torna ainda mais tormentosa quando se analisa a circunstância de que o termo “beneficiário efetivo” possui um significado no direito interno dos países de *common law*, mas não nos países de *civil law*<sup>37</sup>. Entretanto, mesmo nos países de *common law* não é pacífica a aplicação do conceito de direito interno. Ademais, como predica Klaus Vogel, os tratados contra a dupla tributação somente podem alcançar seus objetivos se aplicados de forma consistente em ambos os países contratantes<sup>38</sup>.

Logo, sequer um país de *common law* poderia aplicar indistintamente seu conceito de direito interno para fins de interpretação do tratado. Ilustrativo dessa circunstância é o caso *Indofood*, decidido no Reino Unido e descrito por Philip Baker como a primeira real discussão no mundo sobre o conceito de “beneficiário efetivo”<sup>39</sup>. Nesse caso, a corte decidiu que a expressão deveria ter um significado fiscal internacional (*international fiscal meaning*), afastando a aplicabilidade do

<sup>35</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: RT, 2001, p. 372.

<sup>36</sup> BAKER, Philip. Beneficial ownership: after Indofood. *GITC Review*. v. VI, n. 1, 2007, p. 16-17.

<sup>37</sup> ROLIM, João Dácio. A (des)necessidade de um conceito harmônico de “beneficiário efetivo” nos acordos para evitar a dupla tributação. Um caso brasileiro e o direito comparado. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 179, 2010, p. 79.

<sup>38</sup> VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *Berkeley Journal of International Law*. v. 4, 1986, p. 37.

<sup>39</sup> BAKER, Philip. Beneficial ownership: after Indofood. *GITC Review*. v. VI, n. 1, 2007, p. 27.

conceito de direito interno. Ao fim e ao cabo, a decisão da corte fornece pouco esclarecimento sobre o conceito internacional de “beneficiário efetivo”, sendo relevante somente a circunstância de ter afastado de sua abrangência uma entidade interposta única e exclusivamente para repassar a integralidade dos rendimentos que recebia<sup>40</sup>.

Nessa mesma linha, Luís Eduardo Schoueri entende que a aplicação das limitações atreladas ao conceito de “beneficiário efetivo” está restrita aos casos em que o rendimento é pago a alguém que, por obrigação contratual ou de outra natureza, está obrigado a repassá-lo a terceiro<sup>41</sup>. Assim, o conceito de “beneficiário efetivo” serve para negar aplicabilidade às consequências de dupla tributação do tratado relacionadas a alíquotas máximas de retenção na fonte em pagamentos de dividendos, juros e *royalties*<sup>42</sup>. Dessa forma, trata-se de um conceito cuja função é negar aplicabilidade das consequências dos tratados contra a dupla tributação, quando já estabelecido que o tratado se aplica às partes e ao tributo em questão e que a matéria tributada se subsume ao conceito de dividendos, juros ou *royalties*.

Exceção a essa circunstância se encontra no tratado firmado entre o Brasil e o México, que, como esclarece João Dácio Rolim, introduz uma norma geral antielisiviva, ao adotar “a noção do abuso dos tratados e a figura do beneficiário efetivo para todo e qualquer dispositivo da convenção”<sup>43</sup>. Com efeito, prescreve o art. 28 (2) desse tratado que nenhuma disposição será aplicável no caso de: (i) aos rendimentos isentos de imposto ou sujeitos a alíquotas reduzidas no Estado Contratante do qual resida o beneficiário efetivo do rendimento; (ii) aos rendimentos obtidos por beneficiário efetivo residente de um Estado Contratante que goze de outros benefícios tributários especiais.

Percebe-se que, nesse dispositivo, a cláusula “beneficiário efetivo” não é usada para negar efeitos de dispositivos específicos do tratado, mas como condicionante geral à aplicabilidade do mesmo, em função da forma de tributação dos rendimentos no país (contratante) da residência do beneficiário efetivo. A referência ao beneficiário efetivo parece menos importante do que a forma de tributação a que se submete o rendimento no país de residência. Nesse caso, poder-se-ia dizer que a cláusula figura entre os requisitos de aplicação do tratado, conforme classificação exposta acima.

Em síntese, pode-se afirmar que a cláusula “beneficiário efetivo”: (i) na grande maioria dos tratados firmados pelo Brasil funciona como requisito de aplicabilidade das consequências de dupla tributação do tratado relacionadas a alíquotas máximas de retenção na fonte em pagamentos de dividendos, juros e

<sup>40</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>41</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 159.

<sup>42</sup> A convenção modelo da OCDE determina que somente o país da residência poderá tributar *royalties*. Entretanto, os tratados firmados pelo Brasil, inclusive os mais recentes, preveem tributação por ambos os países, com alíquotas máximas de retenção na fonte caso o beneficiário efetivo dos pagamentos esteja efetivamente domiciliado no país contratante.

<sup>43</sup> ROLIM, João Dácio. A (des)necessidade de um conceito harmônico de “beneficiário efetivo” nos acordos para evitar a dupla tributação. um caso brasileiro e o direito comparado. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2010, n. 179, p. 87.

*royalties* (elemento de “consequências de dupla tributação”); (ii) no caso do Tratado Brasil-México, compõe uma cláusula geral condicionante da aplicabilidade do tratado, que foca no regime de tributação ao qual os rendimentos são submetidos no país de residência do beneficiário efetivo (elemento de “requisitos de aplicação do tratado”).

*2.5. A aplicabilidade do tratado entre o país de residência da controlada indireta e o Brasil, em face do regime da Lei 12.973/2014*

Expostos os requisitos de aplicação dos tratados contra a dupla tributação e a extensão da cláusula do beneficiário efetivo, cumpre retomar a análise dos quatro argumentos acima sintetizados, que compõem linha argumentativa que visa negar a aplicabilidade dos tratados firmados entre o Brasil e o país de residência da controlada indireta, em face do regime de tributação em bases universais da Lei 12.973/2014.

A primeira parte do argumento foi acima sintetizada da seguinte forma: “a aplicação dos tratados pressupõe a análise de quem seriam os beneficiários das rendas cuja tributação ele regula”. Entretanto, como se procurou demonstrar, essa afirmação não é correta, uma vez que na grande maioria dos tratados firmados pelo Brasil que fazem referência ao “beneficiário efetivo”, essa cláusula funciona apenas como condicionante para que se apliquem os efeitos de dupla tributação (alíquotas máximas de retenção na fonte) em momento posterior à determinação da aplicabilidade do tratado e da subsunção do pagamento ao conceito de dividendos, juros ou *royalties*.

Dessa forma, não se pode alçar à cláusula a uma posição superior àquela que lhe é atribuída pelo próprio texto do tratado. O próprio CARF possui precedente em que reconhece que a cláusula somente é aplicável quando expressamente prevista (Acórdão 102-49480, sessão 04.02.2009, Relator Alexandre Naoki Nishioka). Como ensina Klaus Vogel, a regra da Convenção de Viena (art. 31) de que o tratado deve ser interpretado conforme seu propósito está condicionada aos termos do tratado, não sendo um meio autônomo de interpretação. Aliás, no caso em exame, o propósito do tratado conduz à sua plena aplicabilidade à controlada indireta, uma vez que a lei brasileira determina a tributação de lucros de empresa de outro estado, independentemente de haver qualquer tipo de abuso por parte do contribuinte que detém uma controlada indireta no exterior.

A cláusula “beneficiário efetivo”, via de regra, funciona apenas após determinada a aplicabilidade dos arts. 10, 11 ou 12 do tratado, o que não se verifica na situação da controlada indireta sob o regime da Lei 12.973/2014.

No que respeita ao tratado firmado com o México, tampouco se pode afirmar que a cláusula do art. 28 limitaria a aplicação do mesmo à situação da controlada indireta, uma vez que o dispositivo visa alcançar beneficiários efetivos sujeitos a tributação especial em relação a determinados rendimentos. Assim, a aplicação do tratado não pressupõe a análise de quem seja o beneficiário efetivo das rendas, de maneira geral e irrestrita.

A segunda parte da argumentação foi sintetizada desta forma: “em relação ao regime de tributação em bases universais brasileiros, essa análise do beneficiário das rendas consistiria em determinar o sujeito que teria direito ao pagamento

de dividendos”. Embora essa parcela da argumentação reste prejudicada em face do quanto exposto acima, parece-nos relevante ressaltar que a análise do beneficiário efetivo dos rendimentos de modo algum consistiria em perquirir quem posteriormente receberá, ou não, dividendos da controlada indireta, uma vez que a tributação brasileira se dá sobre o lucro da controlada indireta no exterior, que poderá ou não resultar em posterior pagamento de dividendos. O beneficiário efetivo dos rendimentos que a lei brasileira pretende alcançar é a própria controlada indireta. Como aponta Paulo Ayres Barreto, o pagamento posterior de dividendos poderá jamais se consumir, ou, então, ocorrerá em momento subsequente<sup>44</sup>. Logo, ainda que fosse o caso de perquirir quem seria o beneficiário efetivo dos lucros da controlada indireta no exterior, esse beneficiário seria a própria controlada indireta, beneficiária, pois, do tratado.

A terceira parte da argumentação afirma que “é provável que as autoridades administrativas do país de residência da controlada indireta entendam pela não aplicação do tratado”. Por um lado, trata-se de uma argumentação fática prospectiva que não prescindiria da análise efetiva de dados jurisprudenciais ou de outra fonte do direito do país de que se trata. Por outro lado, embora a interpretação comum consubstancie diretriz de interpretação dos tratados, não é um mandamento absoluto. Como ensina Vogel, “interpretação comum não significa que os precedentes do outro estado devem ser aceitos sem revisão”<sup>45</sup>. Assim, abstratamente considerada, essa afirmação pouco significa. Caso houvesse um precedente do outro país este teria que ser analisado criticamente, considerando-se, inclusive, as particularidades da legislação brasileira. Em todo caso, a circunstância de a cláusula do beneficiário efetivo não funcionar como condição de aplicabilidade para o tratado parece enfraquecer o argumento de que as autoridades estrangeiras não aceitariam a aplicação do tratado à controlada indireta.

A última porção do argumento sob análise consiste na assertiva de que “para que o tratado entre o Brasil e o país da controlada indireta seja aplicável, é necessário que a pessoa brasileira seja a ‘beneficiária efetiva’ dos ‘lucros e dividendos’”. Esse argumento de alguma forma abarca os dois primeiros argumentos acima analisados. Com efeito, ele parte do pressuposto de que a aferição de quem seria o beneficiário efetivo do rendimento seria essencial para qualquer ato de aplicação do tratado. Além disso, estabelece a mesma confusão referida *supra* entre o beneficiário do lucro atual e existente e o futuro beneficiário de um dividendo que pode ou não vir a existir. Esses dois pressupostos, como se buscou demonstrar, não se sustentam em face do texto dos tratados, já que a cláusula “beneficiário efetivo”, na maior parte dos tratados brasileiros de que consta, não funciona como requisito de aplicação do tratado, mas como condicionante de aplicação dos benefícios dos arts. 10, 11 e 12, uma vez que já se tenha determinado sua aplicabilidade. Ademais, o beneficiário efetivo dos lucros é a própria empresa que os

<sup>44</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Tributação dos resultados auferidos no exterior. In: BARRETO, Aires Fernandino. *Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 574.

<sup>45</sup> VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *Berkeley Journal of International Law*. v. 4, 1986, p. 38.

aufere, não se podendo confundir com o beneficiário de eventuais dividendos que podem nunca virem a existir.

Dessa forma, parece-nos que a argumentação acima analisada de modo algum pode ser acatada para concluir pela impossibilidade de aplicação do tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada indireta, em relação ao regime da Lei 12.973/2014. Alberto Xavier chega à mesma conclusão, partindo do pressuposto do que denominou “princípio da tributação individualizada das controladas indiretas”, que consiste em sua equiparação às controladas diretas, abstraindo-se a existência da sociedade intermediária. Nas palavras do autor “é aplicável o tratado celebrado com o país da controlada indireta onde se originou o lucro tributável no Brasil”<sup>46</sup>. De fato, os requisitos para a aplicabilidade do tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada indireta restam plenamente satisfeitos.

### Conclusões

Pretendeu-se demonstrar, ao longo deste artigo, que a Lei 12.973/2014, ao revogar o regime de tributação em bases universais inaugurado pela MP 2.158-35/2001, modificou de maneira substancial a forma como são tributados no Brasil os resultados auferidos por controladas indiretas de sociedades brasileiras, no exterior. Com efeito, passou-se de uma consolidação de resultados na controlada direta, em razão da “tradução” do seu balanço às práticas contábeis brasileiras, para um sistema que considera individualmente os lucros de cada uma das controladas indiretas no exterior, em conformidade com os seus demonstrativos contábeis, elaborados de acordo com a legislação societária local<sup>47</sup>.

Sob o regime da MP 2.158-35/2001, era aplicável o tratado firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada direta. Os efeitos desse tratado se aplicavam também aos resultados das controladas indiretas, que eram refletidos no resultado da controlada direta. Sob esse regime sequer se justificava a exclusão dos reflexos das controladas indiretas no resultado da controlada direta, para fins de aplicação do tratado, uma vez que não havia outra forma de trazer os lucros das controladas indiretas à tributação no Brasil.

Entretanto, essa situação foi modificada com o advento da Lei 12.973/2014, que previu a tributação direta e individualizada dos resultados das controladas indiretas. Sob esse regime, aplica-se o tratado firmado entre o Brasil e o país de cada controlada indireta. Essa situação é de algum modo singular, uma vez que não há sequer um liame societário direto entre as duas sociedades ou uma possibilidade de distribuição direta de dividendos entre elas. Entretanto, essa perplexidade não é gerada em função da forma como se interpretam os tratados, mas devido à ficção legal estabelecida pela lei brasileira para tributar diretamente as controladas indiretas.

<sup>46</sup> XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 474.

<sup>47</sup> A consolidação de que trata o art. 78 da Lei 12.973/2014 não tem qualquer relevância para fins da determinação de qual o tratado aplicável, uma vez que não abrange necessariamente todas as participações de capital e se realiza no nível da sociedade brasileira.

Nesse contexto, de modo algum a singularidade da regra de tributação em bases universais brasileira pode conduzir a uma interpretação mais restritiva dos elementos para aplicabilidade do tratado. Se a lei pressupõe um liame ficto direto entre a pessoa domiciliada no Brasil e a controlada indireta no exterior e tributa imediatamente os lucros dessa controlada indireta, aplicam-se as regras do tratado, uma vez que satisfeitos todos os pressupostos necessários para tanto. Interpretação em contrário iria de encontro ao texto expresso, bem como ao propósito e objetivo da convenção.

### **Bibliografia**

- BAKER, Philip. Beneficial ownership: after Indofood. *GITC Review*. v. VI, n. 1, 2007.
- BARRETO, Paulo Ayres. A tributação, por empresas brasileiras, dos lucros auferidos no exterior por suas controladas e coligadas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2013. v. 17.
- . *Elisão tributária: limites normativos*. Tese de Livre-docência. São Paulo: USP, 2008.
- . Tributação dos resultados auferidos no exterior. In: BARRETO, Aires Fernandino. *Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do resultado de coligadas e controladas no exterior, em face da Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18.
- BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, v. 16, n. 2. Gainesville: Florida University, 2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário. Fundamentos jurídicos da incidência*. 9. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- . *Direito tributário. linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. Os tratados contra a bitributação e os resultados no exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 235, 2015.
- LANG, Michael; BRUGGER, Florian. The role of the OECD commentary in tax treaty interpretation. *Australian Tax Forum*, v. 23, 2008.
- MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens; SANTOS, Ariovaldo dos; IUDÍCIBUS, Sérgio de. *Manual de contabilidade societária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- OECD (2010). *OECD Commentary on the Model Conventions of 1977 and 1992 (incorporating the changes of 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 and 2010)*. OECD Publishing.
- OECD (2015). *Designing effective controlled foreign company rules, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 base erosion and profit shifting project*. Paris: OECD Publishing.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 2º v.

- ROLIM, João Dácio. A (des)necessidade de um conceito harmônico de “beneficiário efetivo” nos acordos para evitar a dupla tributação. Um caso brasileiro e o direito comparado. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 179, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 219, 2013.
- . *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995.
- TAKATA, Marcos Shiguelo. Lucros no exterior, equivalência e tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” à luz dos acordos de bitributação brasileiros. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6.
- TEIJEIRO, Guillermo O. BEPS Action 3: public discussion draft on strengthening CFC rules: a legal critique to the possible implementation of a full-income CFC system. *Kluwer International Tax Blog*, abril de 2015.
- TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: RT, 2001.
- UTUMI, Ana Cláudia Akie; PEREIRA, Bruno Alberto Guilhem. Lucros no exterior, equivalência e tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” à luz dos acordos de bitributação brasileiros. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2015. v. 6.
- VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *Berkeley Journal of International Law*. v. 4, 1986.
- XAVIER, Alberto. A Lei nº 12.973, de 3 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18.
- . A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito tributário contemporâneo. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- . *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- . *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.