

A SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT N. 41/2020 E O RECEBIMENTO DE VALORES POR RESIDENTE FISCAL NO BRASIL NA QUALIDADE DE BENEFICIÁRIO DE TRUST FIRMADO NO EXTERIOR

THE INQUIRY PROCEEDING COSIT NO. 41/2020 AND THE RECEIPT OF FUNDS BY A BRAZILIAN TAX RESIDENT AS A BENEFICIARY OF A FOREIGN TRUST

Caio Cezar Soares Malpighi

Monitor e pós-graduando no curso de especialização em Direito Tributário Nacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado Tributarista em São Paulo/SP. E-mail: c.malpighi@ayresribeiro.com.br

Antonio Oliveira Ribeiro Troncoso

Pós-graduando no curso de especialização em Direito Tributário Nacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado e Analista de Negócios em São Paulo/SP. E-mail: atroncoso@deloitte.com

Recebido em: 23-05-2020

Aprovado em: 21-06-2020

DOI: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-7155-rdtia-n7-6>

RESUMO

Este estudo se propõe a analisar quais seriam as regras de incidência tributária aplicáveis para a tributação de riqueza percebida por residente fiscal no Brasil e oriunda de trust firmado no exterior (situação que sob a égide da legislação tributária federal foi recentemente objeto de Solução de Consulta CO-SIT n. 41/2020). Para tanto, será necessário estudar as peculiaridades desse instituto jurídico estrangeiro e delimitar em que hipóteses e sob quais condições essas transferências de valores podem se dar. Uma vez compreendido tal fato jurídico (sob a orientação das regras de Direito Internacional Privado), este estudo buscará interpretar a norma tributária aplicável para cada uma das situações delimitadas, principalmente no que se refere ao Imposto de Renda (IR) e ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD).

PALAVRAS - CHAVE: TRUST, RESIDENTE FISCAL NO BRASIL, IMPOSTO DE RENDA, IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO, INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

ABSTRACT

This study aims to analyze which tax rules would apply to funds received by Brazilian tax residents from trusts incorporated abroad (situation that, according to federal tax legislation, was recently the subject of Inquiry Proceeding COSIT n. 41/2020). For this purpose, this study also aims to review the specific characteristics of this foreign institute and indicate the hypotheses and conditions under which such transfers may occur. Once this concept is discussed (in view of International Law), this study will try to interpret the tax rules applicable to each of the above mentioned circumstances, mainly with regard to Brazilian Income Tax (Imposto de Renda – IR) and Brazilian Estate and Gift Tax (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD).

KEYWORDS: TRUST, BRAZILIAN TAX RESIDENT, INCOME TAX, ESTATE AND GIFT TAX, LEGAL TAX LAW INTERPRETATION

INTRODUÇÃO

Consoante a *teoria tridimensional*, o Direito é um produto histórico-cultural, fruto da dialeticidade havida entre os fatos (sociais, históricos e econômicos) experimentados no decorrer do tempo por determinada sociedade, conjugados por valores (axiomas) que *ipso facto* lhe são atribuídos e que, mediante um enlace deôntico, fazem nascer a norma jurídica, além de, muitas vezes, também cristalizarem institutos jurídicos elementares à vida social.

A História do Direito nos prova que muitos dos institutos jurídicos que temos hoje em dia (como a propriedade privada, o contrato, o casamento etc.) nasceram com o fim de reger determinada porção da realidade social, para os fins e valores por ela visados, de modo a disciplinar a sua estrutura e as relações intersubjetivas por meio de regras ou normas jurídicas reunidas em uma unidade lógica autônoma (REALE, 1976, p. 364).

Foi o que aconteceu com o *trust*, um instituto jurídico que se erigiu ao longo dos séculos no âmbito do Direito inglês (por meio de regras de precedentes judiciais) para, em decorrência dos anseios e das peculiaridades culturais daquela sociedade, permitir o desmembramento da titularidade sobre a propriedade privada, dando-lhe proteção e ampla exploração econômica.

Por se tratar de um produto histórico-cultural (como já dito) desenvolvido no seio do Direito anglo-saxônico (através de uma interação entre precedentes judiciais exarados pelas cortes de *common law* e de *equity*), a compreensão jurídica deste instituto é uma interessante problemática a ser enfrentada por juristas formados no âmbito da *civil law* (Direito constituído pela herança jurídica das nações de ascendência cultural romana e germânica). Isso porque nós desenvolvemos ao longo da história outras técnicas jurídicas para solucionar questões que o *trust* cuidou de tutelar no âmbito da cultura jurídica inglesa.

Tal problemática por certo se estende ao Direito Tributário nacional, quando, em decorrência de *elementos de conexão*, é instado a se sobrepor para regradar a tributação de riquezas estruturadas em *trust*.

Ora, para a delimitação material das regras de incidência tributária, nosso pátrio Direito Tributário se valeu de arquétipos presuntivos de riqueza extraídos do Direito Privado, que muitas vezes são categorias pré-moldadas do Direito romano. Este fato dificulta ao intérprete da norma tributária a sua correta aplicação, para o atingimento de riquezas que se estruturam mediante uma categoria alienígena (do Direito anglo-saxônico), como é o instituto do *trust*.

Dado o fato de o *trust* não possuir tratamento legal no ordenamento jurídico brasileiro e de não ser praticado em nossa cultura, deveras tal problemática atinente ao Direito Tributário não é de todo corriqueira.

Entretanto, em virtude de relações jurídicas de Direito Internacional Privado (cada vez mais assentes em razão das tendências promovidas pela globalização), o choque cultural que está a se comentar pode muito bem ocorrer da perspectiva do Direito Tributário brasileiro.

Isso vai acontecer quando o *trust* objeto da tributação for firmado internacionalmente, mediante partes residentes e não residentes no País (ou seja, por meio de uma relação jurídica de Direito Internacional Privado, como dito acima), ensejando elementos de conexão (como, no caso, a residência ou o domicílio fiscal do instituidor ou do beneficiário do *trust* no Brasil). Sob a égide do Direito Tributário Internacional, esse cenário autorizaria a tributação brasileira da riqueza movimentada em virtude do *trust*.

Recentemente, a Receita Federal do Brasil (RFB) foi instada a analisar uma dessas situações envolvendo a tributação do *trust*, quando, por meio da Solução de Consulta COSIT n. 41/2020, manifestou entendimento de que seriam tributáveis pelo Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF) os valores recebidos por uma viúva residente fiscal no Brasil. Na ocasião, e na qualidade de beneficiária, a contribuinte passou a receber valores de *trust* que fora constituído pelo seu falecido marido (na qualidade de instituidor do *trust*) nas Bahamas (país que possui cultura jurídica influenciada pelo Direito inglês).

Ocorre que, em razão da vagueza e insuficiência de elementos contidos na Solução de Consulta COSIT n. 41/2020 para o juízo de realidade no que diz respeito à relação jurídica do *trust* analisada (ou seja, quanto à subsunção da relação jurídica posta em análise para com o antecedente da hipótese de incidência avaliada), entendemos que o juízo de valor (atinente ao consequente, isto é, quanto à regra tributária que se julgou ser aplicável) restou prejudicado.

Assim, pretendemos revisitar o tema, a fim de responder algumas indagações não exploradas pela aludida Solução de Consulta, seja em razão dos limites cognitivos do processo de consulta federal, seja em razão da já apontada vagueza da consulta quanto a algumas premissas envolvendo a operação narrada.

Nesse sentido, delimitar-se-á ao leitor quais seriam as hipóteses de relação jurídica decorrentes do *trust* e sob quais condições poderia se dar o recebimento dos valores oriundos do exterior pela beneficiária brasileira do *trust* (antecedente), dentro do contexto narrado pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020, para, assim, valorar de forma mais segura qual seria o tributo incidente sobre esses valores (consequente).

Ressalta-se que, não obstante a já mencionada limitação cognitiva do instrumento de Solução de Consulta, que se restringe apenas à interpretação e aplicação de legislação tributária federal, este estudo se propõe a analisar a situação lá tratada sob enfoque não apenas do Imposto de Renda (IR), mas também no que diz respeito ao Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD).

Para tanto, proceder-se-á a uma análise quanto ao instituto do *trust*, buscando evidenciar a sua natureza jurídica e os efeitos patrimoniais dela decorrentes, interpretando esse fato jurídico de acordo com os axiomas que lhe são subjacentes, e sob orientação de regras de Direito Internacional Privado, para a sua posterior avaliação perante o Direito Tributário brasileiro.

Em seguida, realizar-se-á um exercício interpretativo quanto às normas tributárias nacionais, para a aplicação que mais se amolde às respectivas possibilidades de recebimentos pelo beneficiário residente fiscal no Brasil, a título de *trust* estrangeiro (o que deixou de ser feito pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020, mas se mostra essencial para a segura e justa tributação analisada).

1. O TRUST: NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO E OUTRAS COMPREENSÕES NECESSÁRIAS A ESTE ESTUDO

Com a sapiência que o consagrou, o Professor Ruy Barbosa Nogueira (1976, p. 46) já nos ensinava que a formação do jurista (notadamente a do tributarista) vai além do conhecimento sobre a legislação vigente em seu país, e muitas vezes passa pela legislação “passada e a comparada, no tempo e no espaço”, como forma de lhe possibilitar a “habilidade para investigar ou apreciar a relação fática, conhecer o conteúdo das normas, interpretá-las, integrá-las e aplicá-las”.

Assim, antes de discutir qual seria a espécie tributária aplicável para o quadro em apreço, mister se faz analisar e compreender¹ o *trust* enquanto instituto jurídico estrangeiro,

1 Quando se diz “compreender”, é no sentido metodológico inerente à Ciência do Direito, para se “ordenar os fatos sociais ou históricos segundo suas conexões de sentido, o que quer dizer, finalisticamente, segundo uma ordem de valores” (REALE, 1976, p. 86).

escrutando, para tanto, as suas principais possibilidades de utilização para, só após isso, subsumir tal fato ao antecedente da norma tributária mais adequada.

Com efeito, o *trust* é instituto jurídico formado em meio à cultura jurídica inglesa, tendo seus moldes sido erigidos ao longo da história por meio de uma dialeticidade havida entre os direitos da *common law*² e os direitos da *equity*³. Foi nesse contexto que o *trust* se tornou um *desmembramento do direito de propriedade*.

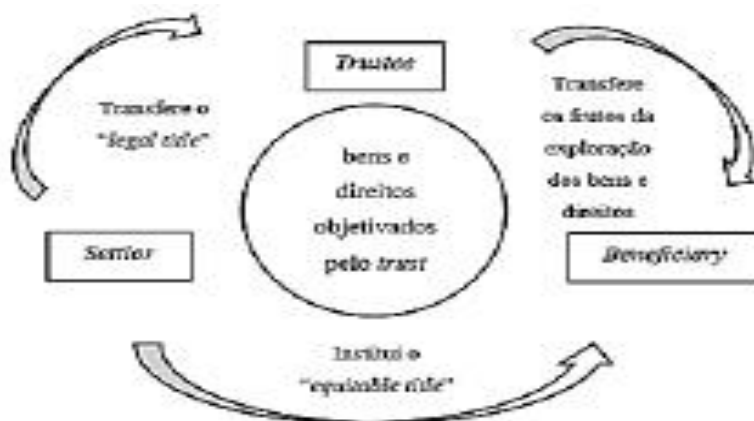
Ao citar o historiador do Direito inglês F. W. Maitland, René David (1997, p. 99) escreve que o *trust* “é uma instituição tão flexível, tão geral quanto o contrato... e, talvez, a realização mais original obtida pelos juristas ingleses. Parece-nos quase constituir um elemento essencial à civilização”.

Mediante o *trust*, é possibilitado que o *settlor* ou *grantor* transfira patrimônio da sua titularidade para a titularidade de outra pessoa, instruindo, no entanto, que o exercício dos direitos sobre o patrimônio transferido se dê em favor de alguém, o beneficiário (*beneficiary*), ou até mesmo para a realização de um objetivo específico.

Quando isso ocorre, o titular que recebeu a transferência está “*in trust*” para com algo ou alguém. Este sujeito é chamado de *trustee*.

Especificamente, no que diz respeito ao *private trust* (em que encontramos a figura do *settlor*, do *trustee* e do *beneficiary*), podemos visualizá-lo da seguinte maneira:

Fluxograma 1 – Instituto jurídico do *trust*



Elaborado pelos coautores.

2 A *common law* é o Direito jurisprudencial constituído “stricto sensu pelas regras definidas pelas Cortes Reais de Westminster (Cortes de *common law*)” (DAVID, 1997, p. 9).

3 As chamadas *rules of equity* formam o Direito jurisprudencial constituído mediante remédios processuais específicos que foram sendo ao longo da história “admitidos e aplicados por uma Corte Real, a Corte da Chancelaria” (DAVID, 1997, p. 9).

A relação assim desenhada nos ajuda a compreender o motivo pelo qual o *trust* é tido como um *desmembramento do direito de propriedade*. É que quando os bens e direitos são consignados em *trust*, a titularidade sobre a propriedade desses bens e direitos então passa a ser desmembrada em duas titularidades: (i) a *titularidade formal (legal title)*, que será do *trustee*, enquanto proprietário dos bens e direitos que lhe foram transferidos; (ii) e a *titularidade econômica (equitable title)*, exercida na pessoa do beneficiário, também sobre os bens e direitos contidos no *trust*, para fins de perceber para si o fruto da exploração econômica desse patrimônio, que decorrerá de sua administração pelo *trustee*.

Tudo isso será possibilitado mediante a formalização de um instrumento de instituição do *trust* (o *trust deed*), no qual constarão as regras e condições aplicáveis aos sujeitos da relação.

Essa triangulação possibilitada pelo *trust* (entre *settlor*, *trustee* e *beneficiary*) possui uma utilidade muito ampla, de sorte que é (e vem sendo) empregada ao longo dos séculos para suprir diversos fins sociais e econômicos nas comunidades jurídicas que se valem de tal ferramenta.

A título de exemplo: o *trust* pode ser utilizado para a consecução de objetivos societários ou associativos a serem realizados na pessoa do *trustee*, tornando muitas vezes desnecessária a ideia de personalidade jurídica ou de constituição de uma pessoa jurídica para tanto. Também pode se prestar o *trust* à administração dos bens e direitos de uma pessoa incapaz, suprindo, assim, a *finalidade* que a técnica de representação legal do incapaz possui em nossa cultura jurídica. É possível, outrossim, que o *trust* seja empregado para fins de planejamento sucessório, regrando e determinando a partilha de bens e direitos por ele afetados, dispensando a burocracia e o eventual litígio a ser enfrentado em um processo de inventário (DAVID, 1997, p. 100).

No emprego do *trust* para a organização de partilha de bens, interessante a lição histórica e conceitual oferecida por René David (1997, p. 101), que se mostrará relevante quando formos delimitar as possíveis situações de utilização do *trust* no contexto narrado pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020:

“O Direito Inglês recorre também à técnica do *trust* para organizar a partilha de bens nas sucessões. O morto não tolhe o vivo na Inglaterra. A sucessão, antes de ser transmitida ao herdeiro *ab intestat* ou ao legatário universal, é confiada ao *administrator* ou *executor*; este se torna o depositário dos direitos que pertenciam ao *de cujus*. No entanto, assimilado ao *trustee* (cujo nome foi dado por uma razão de ordem histórica) o *administrator* ou *executor* deve exercer esses direitos no interesse de todos aqueles (herdeiros, legatários, credores) que têm direitos sobre a herança e que receberão, no fim, parte ou totalidade desta”.

Deveras, o rol exemplificativo de situações em que o *trust* pode ser utilizado mostra o quanto esse instituto resolve, em países de ascendência jurídica anglo-saxônica, questões que o Direito romano-germânico tratou de regradar por meio de outras categorias lógicas. Assim, para o jurista culturalmente formado no âmbito da *civil law*, só será possível a compreensão do *trust* após o conhecimento de seu processo histórico de criação e de sua razão de ser (dos seus valores).

Nesse sentido, René David (1997, p. 106) faz as seguintes observações atinentes ao *trust*, da perspectiva da *civil law*:

“O *trust* é, para nós, difícil de ser admitido, pois sua técnica repousa numa distinção – entre *common law* e a *equity* – que não conhecemos, e seu desenvolvimento está relacionado com ideias (rejeição do princípio *Pacta Sunt Servanta*, liberdade de se instituir novos tipos de desmembramentos da propriedade) que não têm curso entre nós. Além disso, o *trust* nos parece inútil, pois temos na história outras técnicas para resolver os problemas que ele solucionou no direito inglês”.

Assim, tais considerações são elementares para fixarmos, por exemplo, que, muito embora a nós o *trust* possa se assemelhar a um contrato, na verdade, a sua materialidade dentro do Direito inglês é totalmente dissociada do Direito contratual.

Isso porque, na Inglaterra, o contrato é matéria que foi regradada substancialmente pelo Direito constituído no âmbito das Cortes de *common law*. Por outro lado, o *trust* foi constituído por meio de precedentes emanados diretamente das Cortes de *equity*.

Apesar de as regras de *common law* já permitirem ao *settlor* a transferência de determinada propriedade ao *trustee*, foram as regras de *equity* que sedimentaram a obrigatoriedade de o *trustee* explorar essa propriedade em favor do beneficiário. Ou seja, o desmembramento da propriedade permitido pelo *trust* se deu por meio dessa interessante dialética entre *common law* e *equity*, já que: (i) o *legal estate* (do qual surge o *legal title* do *trustee*) já era possibilitado pela *common law*, ao passo que (ii) o *equitable estate* (do qual decorre o *equitable title* do beneficiário) necessitou ser sancionado pelas regras emanadas pelas Cortes de *equity*.

Ainda, para a presente contextualização preliminar, insta observar que, mesmo que as regras do *trust* tenham como fonte primária de direito a jurisprudência⁴, atualmente (e isto é uma tendência) existem diversos diplomas legais que se prestam a regradar objetivamente o funcionamento desse instituto.

4 As regras estabelecidas pela jurisprudência da Corte da Chancelaria e, mais tarde, da Supreme Court of Judicature que, minuciosamente, ao longo do tempo, estabeleceram as balizas para esta relação jurídica do *trust*.

No âmbito do Direito Internacional, existe uma importante fonte multilateral que é a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos *Trusts* e sobre o seu Reconhecimento (“Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition”), firmada por diversos países (da qual o Brasil não é signatário) no âmbito da Conferência de Haia sobre o Direito Internacional Privado.

O objetivo da referida convenção é exatamente normatizar, como forma de diretriz legislativa, os conceitos, sujeitos, direitos e obrigações que envolvem o *trust*. Neste aspecto, o instituto recebe um tratamento minucioso pela mencionada Convenção de Haia⁵.

Pois bem. O que se pode tirar de tudo o que foi até aqui pontuado (a título de compreensão do *trust*) é que estamos diante de um instituto que se originou em outro sistema jurídico, com base em premissas diversas, das quais a norma tributária nacional tira seu antecedente para a aplicação do consequente.

Também foi evidenciado que, pela multiplicidade de sujeitos e pela flexibilização quanto ao desmembramento da titularidade jurídica da propriedade, é garantido ao *trust* um leque bem grande de possibilidades e finalidades, no que diz respeito a como essa relação jurídica poderá se estabelecer, caso a caso.

Assim, em virtude dessa aparente incompatibilidade para com as premissas adotadas pelo Direito Tributário nacional, é necessário que o tributarista brasileiro (atento a todas as nuances até então reveladas) tenha conhecimento não somente das regras objetivas das quais deflui o *trust*, mas também do que foi entabulado pelas partes no *trust deed*, para que, diante das possibilidades e (principalmente) da finalidade do *trust* no caso concreto, seja interpretada, integrada e corretamente aplicada a norma tributária.

2. A SOBREPOSIÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NACIONAL PARA A TRIBUTAÇÃO DE RIQUEZAS ESTRUTURADAS EM *TRUST*

Uma vez compreendido axiologicamente o fato sobre o qual se pretende aplicar o Direito Tributário nacional, necessário agora interpretar a norma tributária diante desse fato, para traçarmos o vínculo (o valor) que interligará o fato à norma, possibilitando a sua correta sobreposição, já que a *tridimensionalidade* do Direito Tributário exige tal exercício hermenêutico.

A razão disso é que, de acordo com os valiosos ensinamentos proferidos por Ruy Barbosa Nogueira (1976, p. 44-45):

“Quando se diz que o direito é tridimensional, quer-se esclarecer que o jurídico se compõe de fato-norma-valor, indissociavelmente: valor corresponde à

5 Sobre o tema, muito interessante o artigo da lavra do Professor Ricardo Mariz de Oliveira, intitulado “O instituto do trust na perspectiva do Direito Brasileiro”.

demonstração da ligação, vínculo, ‘tensão’, ou subjunção da norma ao fato ou subsunção do fato à norma”.

Para que possamos delimitar esse liame entre a norma tributária e as relações jurídicas decorrentes do *trust*, primeiro é necessário que estabeleçamos uma premissa inicial: a validade jurídica do *trust* estrangeiro perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, conforme narramos acima, o *trust* é um instituto jurídico que, mesmo não sendo praticado no Brasil (e não possuindo tratamento legal em nosso ordenamento jurídico), é muito praticado em outros países e, inclusive, pode fazer surtir efeitos jurídicos e patrimoniais para pessoas residentes em nosso país.

Nesse sentido, é o que se interpreta dos arts. 8^o e 9^o da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que, no intuito de reger os efeitos de relações de Direito Internacional Privado para o Direito brasileiro, diz que, na qualificação e regência jurídica de bens e obrigações, deve-se aplicar a Lei do país em que estes se constituírem.

Ou seja, em razão destas regras, os *trusts* constituídos no exterior (hipótese do art. 9^o da LINDB), ou com bens localizados no exterior (hipótese do art. 8^o da LINDB), devem ser regidos respectivamente ou pelas leis de onde forem constituídos (*locus regit actum*), ou então pelas leis do país da situação do bem (*lex rei sitae*).

Sobre a aplicação destas regras da LINDB, aliadas ao princípio da liberdade de contratar que vigora no Brasil (nos termos do art. 421⁸ c/c art. 2.035⁹ do Código Civil), devemos concordar com a conclusão de Ricardo Mariz de Oliveira (2016, p. 13), quanto à “validade, perante o direito brasileiro, do ‘*trust*’ contratado fora do Brasil, por uma pessoa nele residente”.

Assim, como o *trust* firmado no exterior possui validade jurídica no Brasil, os efeitos patrimoniais dotados de conteúdo econômico que defluem dessa validade¹⁰ deverão ser observados e valorados pelo Direito Tributário brasileiro, para a delimitação da correta

6 Art. 8^o – “Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados” (BRASIL, 2010).

7 Art. 9^o – “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” (BRASIL, 2010).

8 Art. 421 – “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

9 Art. 2.035 – “A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução” (BRASIL, 2002).

10 Afinal, conforme filosofia jurídica stammleriana, é necessária uma forma jurídica para o conteúdo econômico dos atos humanos.

incidência tributária, conforme talhado nos arts. 109¹¹ e 110¹² do Código Tributário Nacional (CTN) (OLIVEIRA, 2016, p. 392).

Aliás, conforme diretriz que se extrai do art. 19¹³ da Convenção de Haia sobre a lei aplicável aos *trusts* e sobre o seu reconhecimento, as regras do *trust* não podem obstar a aplicação das normas tributárias pelos países. Comentando o aludido dispositivo, Heleno Taveira Torres (2015) interpreta que a ideia seria a de que “os *trusts* não se podem utilizar para qualquer finalidade de ocultação de bens ou de sonegação fiscal, aqui ou alhures”.

Destarte, uma vez mantida a validade jurídica do *trust* utilizado para estruturar determinado conteúdo econômico, resta apenas verificar qual seria a correta subjunção da norma tributária para o atingimento desse conteúdo, mais especificamente no que se refere à situação tratada pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020.

O fato ora em análise, que outrora foi tratado pela aludida Solução de Consulta (e que deverá se subsumir ao antecedente da norma aplicável) diz respeito à remessa de valores pelo *trustee* em virtude de regras de *trust* firmado no exterior para beneficiária pessoa física residente fiscal no Brasil.

Diante desse quadro, é imperioso perscrutar quais seriam as situações possibilitadas pelo *trust*, em um cenário em que a beneficiária brasileira recebe valores do *trustee* estrangeiro. Também deverá ser esclarecido quais os respectivos efeitos jurídicos patrimoniais decorrentes dessas possíveis situações (mormente, do ponto de vista da beneficiária).

Seguindo essa linha é que será possível o seguro enquadramento desses efeitos jurídicos patrimoniais às figuras adotadas pela legislação tributária brasileira, no sentido da escoreta delimitação das regras de incidência cabíveis.

No que diz respeito às regras de incidência e aos signos de riqueza que o Direito Tributário lhes atribui para a delimitação da materialidade dos tributos, importantes as lições de Ruy Barbosa Nogueira (1965, p. 55). Segundo o consagrado Professor, as regras de incidência tributária podem adotar 3 (três) tipos de estruturas para a delimitação de sua materialidade, que deverão ser analisadas previamente para a interpretação da norma:

11 Art. 109 – “Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários” (BRASIL, 1966).

12 Art. 110. “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias” (BRASIL, 1966).

13 Article. 19 – “Nothing in the Contention shall prejudice the powers of States in fiscal matters” (texto original). Art. 19 – “Nada nesta Convenção prejudicará os poderes dos Estados em matéria tributária” (tradução livre) (HCCH, 1985).

“[...] a solução decorre da natureza das coisas. Conhecida a natureza de cada um desses Direitos, é o exame de cada caso que nos pode esclarecer se no ponto questionado estamos diante de:

- 1º um instituto de pura estrutura de Direito Privado;
- 2º se de estrutura mista, isto é, alterada pelo Direito Tributário, ou ainda,
- 3º se exclusiva estrutura de Direito Tributário.

Essa análise prévia, no momento da interpretação, é relevante para que o hermeneuta possa saber em que fonte se terá de abeberdar para aprender bem interpretar, na sua plenitude, a respectiva categoria jurídica”.

Pelos fatos que foram tratados na Solução de Consulta COSIT n. 41/2020, tira-se que, de todas as regras de incidência tributária existentes no ordenamento jurídico brasileiro, caberia, em tese, a discussão sobre a exigência do IR, ou então do ITCMD, tributos estes que se valem, no todo ou em parte, de figuras de Direito Privado, extraídas do nosso Direito Civil, constituído por categorias lógicas herdadas do Direito romano-germânico.

Assim, no próximo tópico se procederá a uma análise dos efeitos jurídicos patrimoniais decorrentes do *trust*, mais especificamente quando da remessa de valores pelo *trustee* ao beneficiário, para enquadrá-los dentro das figuras de Direito Privado vigentes no Brasil e que foram adotadas pelas normas de incidência do IR e do ITCMD¹⁴.

3. A SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT N. 41/2020 E O RECEBIMENTO DE VALORES POR RESIDENTE FISCAL NO BRASIL DE *TRUST* FIRMADO NO EXTERIOR

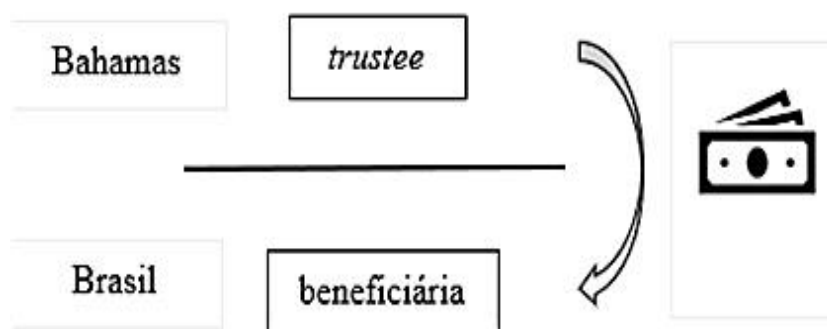
Pois bem. Como vimos até aqui, o *trust* firmado no exterior possui validade jurídica no Brasil, impondo-se agora verificar quais os efeitos jurídicos patrimoniais (dentro das figuras de Direito adotadas pela legislação brasileira) do recebimento de valores pelo beneficiário residente fiscal no Brasil, para assim saber qual será a hipótese de incidência tributária aplicável (IR ou ITCMD). Para tanto, passa-se à situação tratada pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020.

Com efeito, o que foi relatado pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020 é que uma viúva residente fiscal no Brasil (consulente), na qualidade de beneficiária, passou a receber valores de *trust* que fora firmado nas Bahamas pelo seu falecido marido (na qualidade de *settlor*).

14 Não se analisará neste estudo a discussão acerca da necessidade de edição de lei complementar relacionada à transmissão de bens e direitos estabelecidos no exterior para fins de ITCMD, controvérsia esta pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com Repercussão Geral reconhecida nos autos do RE n. 851.108.

Assim, o que se extrai do quanto narrado é que o *trustee* localizado nas Bahamas (por força das regras contidas no *trust*) remeteu valores para a beneficiária consulente, residente fiscal no Brasil. Para fins de simplificação, abaixo se ilustra a situação descrita:

Fluxograma 2 – Cenário narrado pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020



Elaborado pelos coautores.

Diante deste cenário, a consulente questionou à RFB se sobre estes valores incidiria aqui no Brasil o IRPF, nos termos do art. 8^o¹⁵ da Lei Federal n. 7.713 de 1988; ou então, se tais valores estariam fora da incidência da tributação sobre a renda (conforme mandamento expresso do art. 6^o, inciso XVI¹⁶, da Lei Federal n. 7.713 de 1988), incidindo sobre eles, via de consequência, o ITCMD. É o que se pode extrair do trecho do relatório da Solução de Consulta COSIT n. 41/2020:

“Assim, considerando que os atos normativos citados dispõem, em uma interpretação restritiva, que são tributáveis os rendimentos ou quaisquer outros valores de fontes do exterior, tais como trabalho assalariado ou não assalariado, uso, exploração ou ocupação de bens móveis ou imóveis, transferidos ou não para o Brasil, lucros e dividendos; e considerando que o esposo da consulente era o instituidor do *trust* e que a consulente é beneficiária, questiona se os valores recebidos do *trust*, provenientes do exterior, em razão do falecimento de seu esposo, são fatos geradores do Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) ou do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD)”.

Detalhe importante de se destacar é que, conforme transcrito no trecho acima, a viúva passou a receber tais valores em decorrência da morte do *de cujus* (*settlor* do *trust*),

15 Art. 8^o – “Fica sujeito ao pagamento do imposto de renda, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei, a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos e ganhos de capital que não tenham sido tributados na fonte, no País” (BRASIL, 1988b).

16 Art. 6^o – “Ficam isentos do imposto de renda os seguinte rendimentos percebidos por pessoas físicas: [...] XVI – o valor dos bens adquiridos por doação ou herança; [...]” (BRASIL, 1988b).

situação tal que haveria gerado a dúvida interpretativa quanto à incidência tributária sobre o fato posto ao crivo da RFB.

Ao proceder a análise demandada pela consulente, a RFB consignou inicialmente que, diante dos limites cognitivos impostos ao processo de consulta federal (que limita a Solução de Consulta à interpretação atinente à legislação tributária e aduaneira federal), estaria inadmitida a parte do questionamento formulado pela contribuinte, no que diz respeito à incidência ou não incidência do ITCMD sobre o fato narrado, por se tratar de um tributo de competência dos Estados e do Distrito Federal, sendo assim ineficaz perante a RFB.

Ademais, no que se refere à tributação federal, a Solução de Consulta COSIT n. 41/2020 consignou que o recebimento dos valores pela viúva beneficiária se enquadraria como fato gerador do IR. A fundamentação legal se deu pelo art. 43¹⁷ do CTN e pelo do art. 8º da Lei Federal n. 7.713, de 1988 (que institui o IRPF sobre rendimentos oriundos de fonte situada no exterior percebidos por pessoa física residente fiscal no Brasil). Abaixo, o texto legal da norma instituidora do IRPF que foi invocada pela RFB:

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

§ 1º. O disposto neste artigo se aplica, também, aos emolumentos e custas dos serventuários da justiça, como tabeliães, notários, oficiais públicos e outros, quando não forem remunerados exclusivamente pelos cofres públicos.

§ 2º. O imposto de que trata este artigo deverá ser pago até o último dia útil da primeira quinzena do mês subsequente ao da percepção dos rendimentos” (BRASIL, 1988b).

Apesar da conclusão firmada pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020 quanto à incidência do IRPF sobre o fato trazido pela consulente, entendemos que tal análise não foi devidamente delimitada na resposta à consulta, já que algumas premissas deixaram de ser consideradas para a correta subsunção dos fatos ao antecedente da norma tributária que se julgou aplicável.

Isso porque, como dito inicialmente, dada a sua flexibilidade e versatilidade, o *trust* possui um leque amplo de utilização. Desta sorte, a transferência de valores pelo *trustee* à beneficiária brasileira na situação narrada poderia ter se dado em diversos cenários, o que

17 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. [...]” (BRASIL, 1966).

implicaria igualmente efeitos jurídicos patrimoniais diversos (de acordo com o Direito posto em nosso ordenamento jurídico), atraindo, destarte, regras tributárias diferentes. Ocorre que esses fatores foram simplesmente ignorados pela Solução de Consulta.

Ou seja, a depender da razão pela qual o *trustee* transferiu os valores à beneficiária brasileira, a conclusão firmada pela Solução de Consulta COSIT n. 41/2020 poderia se mostrar equivocada, infringindo até a regra basilar contida no art. 43 do CTN.

Esta, digamos, descuidada análise pela RFB, quanto às diversas situações de recebimentos de valores por beneficiário brasileiro de *trust*, realmente gera uma certa insegurança jurídica, ao menos no âmbito da tributação sobre a renda, já que a Solução de Consulta COSIT após a publicação é dotada de efeito vinculante, obrigando outros sujeitos passivos (além da consulente) que eventualmente se enquadrem na hipótese por ela tratada.

Isso significa dizer que, após a publicação da Solução de Consulta COSIT n. 41/2020, qualquer pessoa física que perceba valores de *trust* deverá recolher o IRPF, aos olhos da RFB, nos termos do art. 8º da Lei Federal n. 7.713 de 1988.

Entretanto, como veremos, nem sempre o recebimento desses valores via *trust* vai atrair a incidência do IR, mostrando-se algumas vezes hipótese de incidência de ITCMD.

Isso vai depender muito da situação e de qual é a finalidade com que o *trust* está sendo utilizado (do axioma visado), o que não pode ser ignorado pelo Direito Tributário, cuja tridimensionalidade – insistimos – impõe necessária tal compreensão, para a melhor adequação e sobreposição da norma tributária.

Assim, passamos a discorrer sobre duas possíveis situações que, apesar de possuírem finalidades diversas, poderiam estar ocorrendo dentro do contexto narrado na resposta à consulta em comento.

3.1. Transferência do capital objeto do *trust* à beneficiária, extinguindo o *legal title* do *trustee* em virtude da morte do *settlor*

Conforme restou narrado pela própria Solução de Consulta COSIT n. 41/2020, a beneficiária estaria recebendo os valores oriundos do *trust*, em virtude da morte de seu marido, quem (na qualidade de *settlor*) havia instituído o *trust*.

Esse fato por si só já levanta alguns pontos que merecem ser analisados cuidadosamente, tais como: (i) qual seria o motivo das transferências dos valores pelo *trustee* à beneficiária; e (ii) o que estava exatamente sendo transferido.

Isto, pois, conforme discorrido preliminarmente para fins de compreensão do *trust*, tal instituto é muito utilizado como técnica de sucessão patrimonial, de modo que, antes de falecer, o *settlor* prevê a instituição do *trust* com o patrimônio que será sucedido após a sua

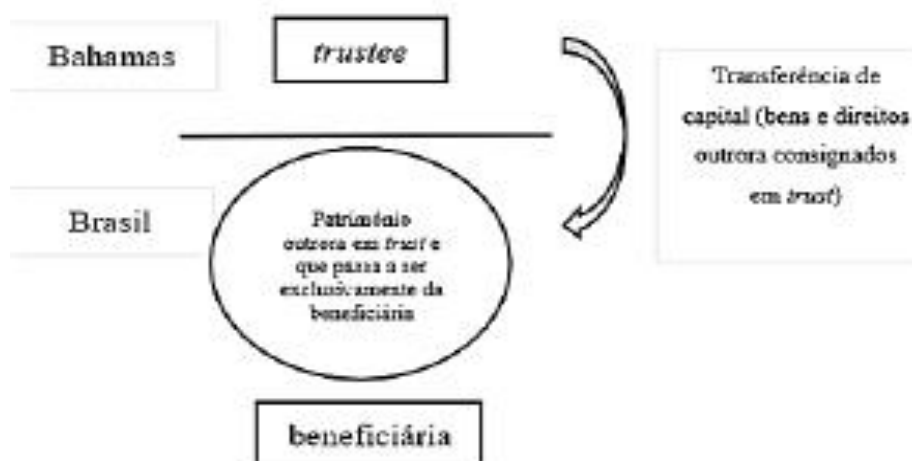
morte, delimitando no *trust deed* as regras e condições para a partilha desses bens e direitos pelo *trustee*.

Desta feita, no caso em apreço, a transferência dos valores pelo *trustee* à beneficiária poderia estar se dando em virtude da morte do *settlor*. Nessa situação, poderiam estar sendo transferidos os próprios bens e direitos que haviam sido originariamente afetados pelo *trust*.

Aí, a finalidade da operação consistiria na transferência definitiva à beneficiária pelo *trustee* do patrimônio (total ou parcial) afetado até então pelo *trust*, de modo a extinguir a titularidade formal do *trustee* sobre patrimônio transferido. Uma finalidade claramente sucessória.

Em tal cenário, estar-se-ia diante de uma verdadeira transferência de capital, conforme ilustrado abaixo:

Fluxograma 3 – Transferência de patrimônio do *trust*



Elaborado pelos coautores.

Apesar de gerarem um acréscimo patrimonial para quem as recebe, as chamadas “*transferências de capital*” ou então “*transferências patrimoniais*” não configuram fato gerador do IR, já que não manifestam todos os elementos materiais descritos pelo art. 43 do CTN para tanto, conforme texto legal abaixo transcrito:

“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” (BRASIL, 1966).

Em outras palavras, o referido artigo autoriza apenas a incidência do IR sobre o acréscimo patrimonial decorrente ou do (i) “produto do capital, trabalho, ou da combinação de ambos” (art. 43, inciso I, do CTN), ou então (ii) do recebimento de proventos de qualquer natureza (art. 43, inciso II, do CTN).

Sobre essa delimitação quanto às fontes de onde deve defluir o acréscimo patrimonial tido como fato gerador do IR pelo art. 43 do CTN, Ramon Tomazela (2019, p. 221) faz importante observação:

“[...] o fato gerador do imposto de renda sempre exige a presença de um acréscimo de riqueza (instantâneo ou mensurado ao longo de determinado período), mas nem todo acréscimo de riqueza integra o seu fato gerador. Apenas os acréscimos de riqueza derivados de rendas ou proventos de qualquer natureza podem ser subsumidos ao artigo 43 do CTN, que não alcança as transferências patrimoniais, assim entendidos os acréscimos decorrentes de atos não onerosos, provenientes de elemento externo ao patrimônio”.

Tal interpretação doutrinária acerca do art. 43 do CTN (a qual adotamos para este estudo) significa dizer que apenas os acréscimos patrimoniais decorrentes de atos onerosos são suscetíveis de tributação pelo IR. Assim sendo, ficam de fora do campo de incidência de tal imposto os acréscimos patrimoniais decorrentes de transferências patrimoniais realizadas a título gratuito (como, *e.g.*, a doação ou a herança).

Assim, apesar de o art. 6º, inciso XVI, da Lei Federal n. 7.713 de 1988 tratar a doação e a herança como hipóteses de isenção do IRPF, entendemos que tal tratamento legal se mostra inadequado e ineficaz, já que, a bem da verdade, não haveria nem o que se isentar, pois a doação e a herança não estão abarcadas pela competência tributária federal relativa à tributação sobre a renda.

Nesse sentido, especificamente no que se refere à transferência do patrimônio afetado pelo *trust*, do *trustee* estrangeiro para o beneficiário brasileiro, Ricardo Mariz de Oliveira (2016, p. 21) e Ricardo Calil (2018, p. 194) manifestam o entendimento, aqui defendido, de que não haveria a exigência do IR, por tal fato não se subsumir à hipótese delimitada pelo art. 43 do

CTN, exatamente em virtude de o acréscimo patrimonial ser gratuito (da perspectiva do beneficiário).

Na utilização do *trust* como instrumento de partilha de bens, a gratuidade do recebimento pela beneficiária é ainda mais evidente. Isso porque tal situação se dá em virtude da vontade do *settlor* de organizar em vida a sucessão patrimonial decorrente de sua morte.

Tal *animus* do *settlor* se dá no sentido de que tal patrimônio que fora originalmente transferido de forma gratuita para a titularidade do *trustee* (nos limites do *legal title*) e para a titularidade da beneficiária (nos limites do *equitable title*) seja, ao fim e ao cabo, transferido definitivamente pelo *trustee* para a titularidade única e exclusiva da beneficiária. Assim, extingue-se o *trust* sobre esse patrimônio transferido e concretiza-se a sucessão patrimonial *causa mortis* visada pelo *settlor* no *trust deed*.

Em outras palavras, a intenção desse ato (e é axiomático notar) é a de que, por fim, em razão da morte do *settlor*, a titularidade sobre o patrimônio afetado pelo *trust*, que estava desmembrada entre o *legal title* (em nome do *trustee*) e o *equitable title* (em nome da beneficiária), seja agora incorporada integralmente à titularidade da beneficiária, que passará a ser a titular exclusiva da propriedade.

Em resumo, fica claro que a finalidade dessa sequência de atos é sucessória (para resultar na transferência de todo o patrimônio em favor da beneficiária). Isso porque, quando se concretizam, os bens e direitos saem definitivamente do patrimônio do *trustee* e entram no patrimônio exclusivo da beneficiária, sem nenhuma contraprestação ou esforço por parte desta. Daí a gratuidade do acréscimo patrimonial auferido pela beneficiária, que afasta a exigência do IR nesta hipótese.

De modo consequente, ainda nesta situação de transferência do patrimônio pelo *trustee* à beneficiária, em virtude da morte do *settlor*, entendemos que haveria a incidência do ITCMD, já que tal transferência gratuita de patrimônio (seja por doação ou negócio jurídico *causa mortis*) está abarcada materialmente pelo art. 155, inciso I¹⁸, da Constituição Federal (CF).

Observe-se que, na situação ora aventada, foi fundamental em nossa avaliação levar em conta o *télos* da transferência do patrimônio em favor da beneficiária, que passará a ser a única proprietária do patrimônio outrora em *trust*, como forma de partilha dos bens e direitos deixados pelo *settlor*.

Enfim, na hipótese ora analisada, entendemos que haveria incidência do ITCMD, e a não incidência do IR.

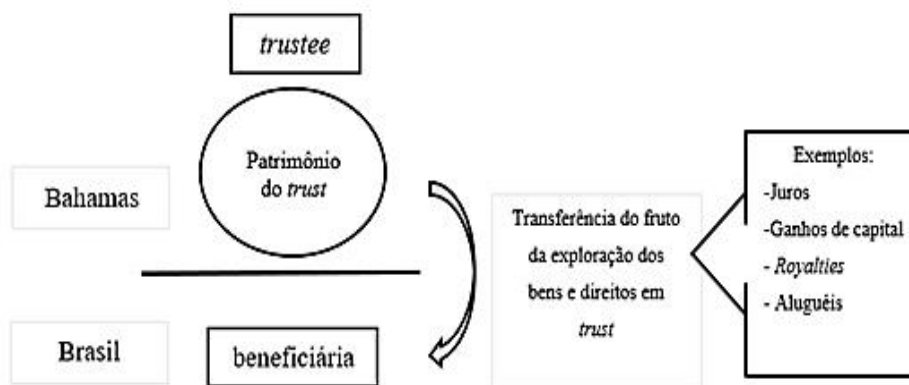
18 Art. 155 – “Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; [...]” (BRASIL, 1988a).

3.2. Entrega do produto da exploração do patrimônio pelo *trustee* à beneficiária

Outra situação possível (dentro do quadro narrado na resposta à consulta) seria a entrega, pelo *trustee* à beneficiária, do fruto da exploração dos bens e direitos consignados em *trust*.

Ou seja, nesta situação, mesmo após a morte do *settlor* que foi narrada na Solução de Consulta COSIT n. 41/2020, o patrimônio continua afetado pelo *trust*, sob a gerência do *trustee* em favor da beneficiária. Para fins de clareza, ilustramos abaixo esta segunda situação hipotética:

Fluxograma 4 – Exploração de patrimônio do *trust*



Elaborado pelos coautores.

Sobre tal quadro, também recairia a discussão atinente à sua subsunção (ou não) ao fato gerador do IR, prescrito pelo art. 43 do CTN.

Prima facie, os mesmos fundamentos que, na situação anterior, nos levaram a concluir pela não incidência do IR (a gratuidade no recebimento pela beneficiária) poderiam, também, nesta segunda situação, nos induzir à mesma conclusão.

Isto é, o fundamento para a não incidência do IR também neste caso decorreria em tese do fato de que a transferência desses valores pelo *trustee* à beneficiária configurariam outrossim uma transferência gratuita, sobre a égide da beneficiária, que não teria empreendido nenhum esforço ou bens e direitos para que essa riqueza fosse gerada em seu favor.

Por esse motivo, existem embasadas posições, como a de Ricardo Mariz de Oliveira (2016, p. 21), de que não haveria incidência do IR na distribuição à beneficiária dos rendimentos decorrentes da exploração do *trust*, conforme trecho abaixo transcrito de artigo próprio publicado sobre o tema:

“Neste passo, os beneficiários somente passam a ter alguma relação jurídica tributária quando receberem os benefícios do *‘trust’*, os quais tanto podem ser rendas periódicas, quanto a entrega da propriedade dos bens, feita pelo *‘trustee’* no encerramento do contrato ou durante sua vigência. [...] Quando isto ocorre, os beneficiários podem ser sujeitos a alguma incidência tributária fora do Brasil, a ser verificada concretamente em cada caso, mas no Brasil a incidência não será do imposto de renda, por não se tratar de uma aquisição de renda e, sim, de transferência patrimonial a título gratuito”.

No mesmo sentido da posição acima, merece também destaque o estudo feito por Ricardo Calil (2018, p. 197), pelo qual se concluiu que o acréscimo patrimonial percebido pelo beneficiário se daria a título gratuito, não se enquadrando dentro dos limites impostos pelo art. 43 do CTN para a exigência do IR. Veja-se, nesse sentido, transcrição das palavras proferidas pelo referido autor:

“O acréscimo é não oneroso porque ele não decorre de qualquer esforço praticado pelo beneficiário ou do emprego de qualquer bem ou direito sobre o qual ele detenha a propriedade ou a posse. O beneficiário não possui uma relação direta com esses bens, seja a título de propriedade ou posse. Assim, ao receber os rendimentos do *trust*, ou os próprios bens e direitos que formam o patrimônio em *trust*, o beneficiário auferirá um acréscimo a título gratuito, que poderia se sujeitar à incidência do ITCMD, respeitadas, entretanto, as regras de competência previstas no art. 155, § 1º, da Constituição Federal”.

Ou seja, pelo que se vê acima, a ideia postulada é a de que, como não haveria qualquer esforço ou emprego de bem ou direito sobre o qual a beneficiária tenha titularidade, para o recebimento desses valores decorrentes da exploração do *trust*, qualquer acréscimo patrimonial dele decorrente estaria se dando a título gratuito, revelando-se assim uma hipótese de não incidência de IR e, conseqüentemente, uma hipótese de incidência de ITCMD.

Esta conclusão decorre da premissa adotada de que, perante o Direito brasileiro, o direito da beneficiária do *trust* equivaleria a um direito de natureza obrigacional, a ser exercido em face do *trustee*, de modo que, nos dizeres de Ricardo Calil (2018, p. 189), não haveria nenhuma “relação jurídica direta [da beneficiária] com o patrimônio do *trust*, que é o conjunto de bens que produz os frutos (rendimentos) a serem distribuídos aos beneficiários”.

Entretanto, ousamos discordar tanto da premissa como da conclusão adotada, pois, para nós, a natureza do direito da beneficiária sobre o *trust* não seria a de uma relação jurídica meramente obrigacional em face do *trustee*, o que traria outras implicações tributárias

para o caso em análise, bem diversas das que foram vislumbradas pelas posições mencionadas acima.

Como se verá, diferentemente da hipótese anterior (em que o *trustee* transfere o patrimônio de sua titularidade para a titularidade da beneficiária, para que, ao fim e ao cabo, esta seja a única titular destes bens), a entrega do fruto da exploração do patrimônio do *trust* à beneficiária não se mostra uma transferência de patrimônio (do *trustee* para a beneficiária), vez que esse fruto nasce do produto do capital sobre o qual a beneficiária possui o *equitable title*.

Com efeito, conforme se depreende da análise procedida até aqui sobre o *trust*, tal instituto é encarado por nós como um *modelo jurídico*, isto é, uma *estrutura normativa*, que apresenta mandamentos jurídicos para disciplinar distintas modalidades de relações sociais, de acordo com certos axiomas (REALE, 1976, p. 176).

Em meio a esta estrutura normativa dotada de alta carga valorativa, encontramos algumas relações jurídicas, dentre as quais está a relação envolvendo a beneficiária. Esta relação teve como fonte primária de Direito as regras estabelecidas pelos precedentes emanados da *equity* inglesa, que firmaram a figura jurídica do *equitable estate* (DAVID, 1997, p. 105) (uma espécie de desmembramento econômico da propriedade dos bens e direitos objetos do *trust*), do qual a beneficiária é titular (possuindo assim o *equitable title* sobre o patrimônio do *trust*).

Diz-se que essa titularidade conferida pela *equity* à beneficiária (sobre a exploração do patrimônio afetado pelo *trust*) transmutou, ao longo da história da Inglaterra, de direito obrigacional em face do *trustee* para direito de propriedade sobre o *trust* (BIRKS; PRETTO, 2002, p. 134). Ou seja, pela sua essência, logo se vê que a relação jurídica envolvendo as figuras da beneficiária e do *trust* não se mostra uma mera relação jurídica obrigacional em face do *trustee*.

Sobre as relações jurídicas no âmbito da *civil law*, podemos classificá-las da seguinte maneira quanto ao seu objeto: (i) relações jurídicas pessoais (cujo objeto é um direito inerente à personalidade do sujeito ativo); (ii) relações jurídicas obrigacionais (cujo objeto é uma obrigação a ser cumprida pelo sujeito passivo em favor do sujeito ativo); e (iii) relações jurídicas reais (cujo objeto é a *res*, a coisa objeto da propriedade de titularidade do sujeito ativo, oponível *erga omnes* para o resto da sociedade, sujeito passivo em potencial) (REALE, 1976, p. 219).

Ocorre que, apesar de no Direito inglês o direito subjetivo do beneficiário ser considerado um direito de propriedade desmembrado (o *equitable estate*), ao lado da propriedade formal do *trustee* (*legal estate*), essa figura da dupla propriedade se mostraria aparentemente ininteligível perante a *civil law*, em meio à qual as categorias de direitos

reais (das quais surgem as relações jurídicas reais) possuem previsão legal em um rol de *numerus clausus* que, em nosso ordenamento jurídico, é instituído pelo art. 1.228¹⁹ do Código Civil.

Noutras palavras, a dupla propriedade anglo-saxônica dividida em *legal estate* e *equitable estate* pelo instituto do *trust* seria incompatível com a exclusividade e indivisibilidade da propriedade romano-germânica.

Em razão dessa aparente incompatibilidade entre o *trust* anglo-saxônico e a propriedade privada romano-germânica, Ricardo Calil (2018, p. 186) invoca vertente doutrinária constituída sob o enfoque da *civil law*, cujo posicionamento corre no sentido de que a relação jurídica decorrente da titularidade do beneficiário do *trust* seria uma relação jurídica “*essencialmente*” obrigacional, em face do *trustee*.

Ocorre que tal interpretação se limita a uma análise formal do *trust* ante ao Direito brasileiro (isto é, a uma interpretação quanto à incompatibilidade da forma do *trust* com as formas de propriedade da *civil law*). Seria quase um silogismo que conclui pela eterna condenação do *trust* aos limites do Direito anglo-saxônico, o que o tornaria inconciliável (ao menos em parte) perante as figuras do Direito brasileiro.

Ocorre que esse raciocínio quanto ao *trust*, nas palavras de Raphael Manhães Martins (2013, p. 33) “[...] peca em um ponto essencial: considera os fenômenos jurídicos apenas em seus aspectos fático-normativos, desprezando aquilo que lhe é essencial, ou seja, os valores que lhe são subjacentes”.

É dizer que a classificação do direito da beneficiária como um mero direito obrigacional em face do *trustee* limitaria a finalidade do *trust* para com o resguardo do seu *equitable title* sobre a coisa, finalidade esta que é revestida de valores como *fidúcia* e *segurança* (MARTINS, 2013, p. 37), que permitem à beneficiária, por exemplo, opor a sua titularidade não apenas em face do *trustee*, mas também com relação a terceiros que eventualmente atentem contra os bens e direitos do *trust*.

Por isso repetimos, é necessário visualizar o instituto do *trust* não apenas como um conjunto de elementos constituídos a partir de uma construção histórica peculiar e vinculado a determinados aspectos do sistema jurídico anglo-saxônico, mas sim como um modelo jurídico que, através de uma estrutura normativa, ordena relações fáticas segundo uma ordem de valores (axiomas) a serem preservados (MARTINS, 2013, p. 33-34).

Levando em conta esses axiomas que guiam o *trust*, Eduardo Salomão Neto (2016, p. 1859), após um aprofundado estudo acerca do instituto, nos traz bons motivos para crer que o

19 Art. 1.228 – “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002).

direito subjetivo da beneficiária sobre o *trust* estrangeiro deve ser encarado como um direito real, aos olhos do Direito brasileiro:

“Essa questão dos direitos reais do beneficiário é de importância fundamental para a afirmação de que o *trust* encontra reconhecimento no Brasil por via das regras de direito internacional privado. Contribui para reforçar a mesma conclusão o fato de que o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro institui os princípios gerais de direito, entre os quais está a equidade, como fonte de norma jurídicas. Seria evidentemente contrário à equidade privar o beneficiário dos direitos reais, com a possibilidade de sequela, conferido pela lei anglo-saxônica, negando a aplicação desta. De fato, isto levaria à consolidação da propriedade sujeito ao *trust* no *trustee*, em prejuízo do verdadeiro beneficiário. A impossibilidade de isso acontecer já foi aliás percebida pelo Statute of Uses de 1535, que ao procurar extinguir os *uses* ainda no início da Idade Moderna, fazia-o consolidando a propriedade no beneficiário, e não no *trustee*. Milita também no mesmo sentido decisão jurisprudencial italiana datada de 15 de março de 1956, no caso *Piercy vs. ETFAS*, em que se decidiu que os beneficiários de testador britânico de bens situados na Itália, e não o *trustee* nomeado, deveriam ser considerados detentores do direito real. Em nosso entender, a soma de tais argumentos indica claramente que o beneficiário de *trust* estrangeiro deve ser considerado como detentor de direito real sobre o patrimônio sujeito ao *trust*, por tribunal brasileiro que venha a examinar a questão”.

Veja que, de acordo com o referido autor, enxergar como real o direito da beneficiária sobre o patrimônio do *trust* estrangeiro é fundamental para a eficácia deste instituto jurídico perante o Direito brasileiro, até por força das regras de Direito Internacional privado contidas na LINDB (tal como defendemos no início deste artigo).

Pois bem. Uma vez visto o direito da beneficiária como um direito real sobre o *trust*, nos resta delimitar com clareza os elementos da relação jurídica que é formada por essa titularidade.

Para delimitarmos tal ponto, válido lembrarmos das lições de Teoria Geral do Direito proferidas por Miguel Reale (1976, p. 213), quanto aos elementos das relações jurídicas:

“Em toda relação jurídica destacam-se quatro elementos fundamentais:

- a. Um sujeito ativo, que é o titular ou o beneficiário principal da relação;
- b. Um sujeito passivo, assim considerado por ser o devedor da prestação principal;
- c. O vínculo de atributividade capaz de ligar uma pessoa a outra, muitas vezes de maneira recíproca ou complementar, mas sempre de forma objetiva;
- d. Finalmente, um objeto, que é a razão de ser o vínculo constituído”.

Assim, se fôssemos buscar os elementos acima para a relação jurídica em comento, teríamos o seguinte:

- (i) beneficiário do *trust* como *sujeito ativo*;
- (ii) a sociedade como um todo, na qualidade de *sujeito passivo* em potencial;
- (iii) o *vínculo de atributividade* representado pelas regras do *trust* firmado (contidas no *trust deed*), do qual decorre o *equitable title*, e,
- (iv) finalmente, como *objeto* da relação, o patrimônio afetado pelo *trust* (o *equitable estate*), do qual decorrerão os frutos a serem percebidos pelo beneficiário.

A relação jurídica acima descrita (do beneficiário sobre o *trust*) se estabelece concomitantemente com a relação jurídica do *trustee*, que também possui elementos próprios, a saber:

- (i) o *trustee* como *sujeito ativo*;
- (ii) a sociedade como um todo, na qualidade de *sujeito passivo* em potencial;
- (iii) o *vínculo de atributividade* representado pelas regras do *trust* firmado (contidas no *trust deed*), do qual decorre o *legal title*, e,
- (iv) como objeto da relação, o patrimônio afetado pelo *trust* (nos limites do *legal estate*), do qual decorrerão os encargos inerentes às coisas do *trust*.

Tudo isso para mostrar que a beneficiária no caso possuiria titularidade direta (*equitable title*) sobre o patrimônio do *trust*, sendo certo que a percepção quanto aos frutos da exploração pelo *trustee* (que também tem titularidade formal – *legal title* – sobre os bens do *trust*) não se dá a título gratuito, sob a égide da beneficiária.

Pelo contrário, há nessa situação um acréscimo patrimonial em favor da beneficiária, em decorrência da exploração do produto do capital de sua propriedade (*equitable estate*).

Desta forma, quando analisada a hipótese da entrega pelo *trustee* à beneficiária dos frutos da exploração dos bens e direitos do *trust*, é possível dizer que neste momento ocorreria a realização da renda nos termos do art. 43, inciso I, do CTN (produto da exploração do capital).

Neste sentido, sobre a hipótese ora aventada, incidiria IR e não ITCMD, de sorte que, se essa foi a situação apresentada à Solução de Consulta n. 41/2020, a conclusão lá firmada (mesmo que carente de maiores fundamentações) estaria correta quanto à tributação federal.

Não custa repisar que, na análise desta segunda hipótese, levou-se em conta o valor que norteou a utilização do *trust*, que é exatamente a exploração econômica do patrimônio afetado, no intuito de gerar renda em favor da beneficiária, por força de seu *equitable title*. Neste caso, certamente há realização de renda, entendida como produto do capital consignado no *trust*, fato gerador do IR e hipótese de não incidência do ITCMD.

Diferente é o caso da situação anterior (transferência de capital), em que, não obstante também haver concomitância de titularidade entre *trustee* e beneficiária sobre os bens e direitos afetados pelo *trust*, a finalidade da operação consistia na extinção da titularidade (*legal title*) do *trustee* em favor da titularidade da beneficiária, de forma gratuita. Assim, por consistir em uma transferência gratuita de titularidade, tal situação atrairia a incidência do ITCMD, mostrando-se hipótese de não incidência do IR.

CONCLUSÕES

Por tudo que foi ponderado acima, este estudo possibilita concluir que o *trust* é um instituto jurídico oriundo do Direito inglês que, no intuito de garantir a proteção e exploração da propriedade privada, permitiu o desmembramento da titularidade sobre essa propriedade entre a figura do beneficiário e a do *trustee*.

Também foi visto que a validade e eficácia jurídica desse instituto perante o Direito brasileiro depende de sua compreensão, não apenas como uma mera estrutura fático-normativa fruto de determinada cultura jurídica, mas também como uma ordenação normativa das relações sociais em função de valores a serem preservados.

Assim, a aparente incompatibilidade quanto à forma eleita para o *trust* pelo Direito anglo-saxônico face às formas eleitas para a propriedade privada pelo Direito romano-germânico deve ser superada pela compreensão dos valores subjacentes ao *trust*.

Nesse sentido, quando nos deparamos com um *trust* firmado no exterior cuja beneficiária é pessoa residente no Brasil, as regras de Direito Internacional privado contidas na LINBD indicam que a validade jurídica desses axiomas visados pelo *trust* estrangeiro deve ser preservada pelo Direito brasileiro.

Da mesma forma, a essência jurídica do *trust* deve ser observada na sua tributação no Brasil, nos termos dos arts. 109 e 110 do CTN, para que a sobreposição do Direito Tributário sobre as riquezas estruturadas por *trust* esteja em consonância com os valores contidos na norma tributária.

Em razão da versatilidade e da flexibilidade do *trust* (que pode ser utilizado em diversas situações), a finalidade do ato específico (envolvendo os sujeitos dessa relação que se pretende tributar) deve ser observada para interpretação e aplicação da norma tributária. Essa análise, apesar de essencial, deixou de ser feita pela RFB ao proferir a Solução de Consulta COSIT n. 41/2020, que se limitou a estabelecer que incide o IR sobre valores recebidos por beneficiária residente fiscal no Brasil, oriundos de *trust* no exterior.

Ao assim proceder, a Solução de Consulta COSIT n. 41 de 2020 deixou de analisar elementos essenciais para a correta subjunção da norma tributária ao fato analisado.

No intuito de suprir essa questão, este artigo se propôs a estabelecer duas situações hipotéticas que poderiam ter ocorrido dentro do contexto que foi narrado pela resposta à consulta.

A primeira hipótese se daria em um cenário de transferência patrimonial dos bens e direitos afetados pelo *trust*, em virtude da morte do *settlor*, por força de regras de partilha contidas no *trust deed*, de modo a extinguir a titularidade do *trustee (legal title)* sobre o patrimônio em favor da beneficiária, que, ao fim e ao cabo, passa a ser a titular exclusiva sobre o patrimônio, não mais afetado pelo *trust*.

Nesta situação, concluiu-se que, apesar da concomitância de titularidade entre *trustee* e beneficiária sobre os bens e direitos afetados pelo *trust*, a finalidade da operação consistira na extinção da titularidade do *trustee*, de forma gratuita, em favor da titularidade da beneficiária, atraindo, assim, a incidência do ITCMD e se mostrando uma hipótese de não incidência do IR.

Já a outra hipótese analisada foi a de que o *trustee* estaria entregando à beneficiária o fruto da exploração do patrimônio ainda afetado pelo *trust*, mesmo após a morte do *settlor*. Assim, considerou-se que, neste contexto, a finalidade do *trust* foi a exploração econômica do patrimônio deste por força da titularidade a que a beneficiária faz jus (*equitable title*), muito embora esse patrimônio também se encontre, concomitantemente, dentro da esfera patrimonial do *trustee* (que possui o *legal title*).

Portanto, nesta segunda situação hipotética, haveria a exata subsunção ao antecedente descrito pelo art. 43, inciso I, do CTN, na qual a beneficiária percebe o produto da exploração de seu capital (*equitable estate*) pelo *trustee*.

Via de consequência, não haveria, nesta situação, nenhuma espécie de gratuidade no acréscimo patrimonial percebido, já que a fonte produtora da renda (o capital) seria também de titularidade da beneficiária, afastando, assim, a incidência do ITCMD.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIRKS, Peter; PRETTO, Arianna. *Breach of trust*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2002.

BRASIL. *Código Civil (2002)*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidente da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

_____. *Código Tributário Nacional (1966)*. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF: Presidente da República, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

_____. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 1988a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

_____. *Decreto-lei nº 4.657, e 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidente da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 21 maio 2020.

_____. *Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988*. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, 1988b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17713.htm. Acesso em: 22 maio 2020.

CALIL, Ricardo. A incidência do Imposto de Renda e do ITCMD em operações com *trusts*. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual* n. 4. p. 179-199. São Paulo: IBDT, 2018. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/n-4-2018/a-incidencia-do-imposto-de-renda-e-do-itcmd-em-operacoes-com-trusts/>. Acesso em: 21 maio 2020.

DAVID, René. *O Direito inglês*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HCCH. *Convention on the law applicable to trusts and on their recognition*. 1º jul. 1985. Haia: Hague Conference on Private International Law Conference de la Haye de Droit International Privé. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/conventions/txt30en.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020.

MARTINS, Raphael Manhães. Análise da “aclimatação” do *trust* no Brasil: o caso da propriedade fiduciária. *Revista Quaestio Iuris* v. 6, n. 1. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2013.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), 1976.

_____. *Da interpretação da lei tributária*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1965.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. O instituto do *trust* na perspectiva do direito brasileiro. Artigo publicado em: SCHOUERI, Luíz Eduardo; e BIANCO, João Francisco (coords.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem ao Prof. Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. Disponível em: <https://www.marizadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/02/NArt.07-2016.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Solução de Consulta COSIT nº 41 de 31 de março de 2020. Publicação no *D.O.U.* de 2 abr. 2020, seção 1. p. 32. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108304>. Acesso em: 21 maio 2020.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *O trust e o direito brasileiro*. São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

TOMAZELA, Ramon. A realização da renda no Direito Tributário brasileiro – reflexões à luz do direito comparado. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; e SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coords.). *Direito Tributário – princípio da realização no Imposto sobre a Renda: estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019.

TORRES, Heleno Taveira. *Trust não pode ser usado para sonegação fiscal*. 11 nov. 2015. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-nov-11/consultor-tributario-trust-nao-usado-sonegacao-fiscal>. Acesso em: 16 maio 2020.