

# A Tributação na Fonte sobre as Remessas de Prêmios de Resseguro ao Exterior e o Equivocado Conceito de Estabelecimento Permanente Trazido pela Solução de Consulta COSIT n. 62/2017

## *Income Withholding Tax on the Payments of Reinsurance Premiums Abroad and the Twisted Permanent Establishment Concept Presented by Consultation Solution COSIT n. 62/2017*

Francisco Lisboa Moreira

*Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). LLM em Direito Tributário Internacional pela New York University (NYU). Advogado em São Paulo e no Rio de Janeiro.*

### *Resumo*

O presente estudo tem por objetivo analisar a política tributária brasileira no que diz respeito às operações internacionais de resseguros e os pagamentos decorrentes da transferência dos riscos para entidades não residentes. Para tanto, partiu-se dos critérios até então adotados para a tributação na fonte sobre as remessas, comparando com o critério para a determinação da renda líquida adotado pelo Brasil e a utilização de bases presumidas ou arbitradas. Por fim, foi analisado o conceito equivocado de estabelecimento permanente apresentado pela Solução de Consulta n. 62/2017.

*Palavras-chave:* Imposto de Renda Retido na Fonte, renda líquida, resseguros, bases de cálculo presumidas ou arbitradas, acordos para evitar a bitributação, escritórios de representação.

### *Abstract*

The present study aims to analyze the Brazilian international tax policy with connection to the international reinsurance operations and payments deriving from the transfer of risks to non-resident entities. From the criteria to determine the income withholding tax on remittances, comparing with the net income concept adopted by the country and the utilization of presumed or arbitrated calculation basis. Finally, we analyzed the twisted permanent establishment concept introduced by Consultation Solution n. 62/2017.

*Keywords:* income withholding tax, net income, reinsurance, presumed or arbitrated calculation basis, double tax treaties, representation offices.

## 1. Introdução

O Brasil é um país que tradicionalmente optou pela proteção das suas bases tributáveis. No entanto, para as operações de resseguro, de uma maneira interessante e, para alguns, surpreendente, acaba reconhecendo a existência de custos e despesas necessários à formação da renda do não residente, de uma maneira que este sofre a retenção do Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”) sob uma base reduzida.

Percebe-se que a tributação na fonte, ainda que tenha também o condão de controlar a arrecadação brasileira, também permite um maior controle a respeito da diversificação da carteira e da pulverização do risco, uma vez que o custo tributário do ressegurador estrangeiro não é tão diferente do custo do ressegurador nacional, permitindo uma competição em pé de igualdade.

Neste artigo analisaremos as regras que delimitam tal incidência, bem como os devidos fundamentos jurídicos para a tributação na fonte incidente sob este tipo de operação. Ao final, também analisaremos a Solução de Consulta RFB n. 62/2017, que, de maneira equivocada, acabou retirando a figura do ressegurador admitido do campo de incidência deste IRRF, fazendo com que estivesse, ao menos em teoria, sujeito ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”) com base no lucro real.

## 2. A tributação na fonte nas remessas de prêmios de resseguro ao exterior

### 2.1. Considerações preliminares

Atualmente, a regra que define a base de cálculo para a retenção do Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”) nas remessas ao exterior para pagamento de prêmios de resseguro e de retrocessão está prevista no art. 26 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001<sup>1</sup>, a saber:

“Art. 26. A base de cálculo do imposto de renda incidente na fonte sobre prêmios de resseguro cedidos ao exterior é de oito por cento do valor pago, creditado, entregue, empregado ou remetido.”

Não obstante, a incidência do IRRF ocorrerá a uma alíquota de 15% (quinze por cento), ou de 25% (vinte e cinco por cento), nas hipóteses em que o beneficiário da renda seja residente ou domiciliado em país de tributação favorecida, conforme regra contida no art. 685, inciso II, alínea *b*, do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 3.000, de 1999 – “RIR/1999”)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> O referido artigo foi inserido na redação original da Medida Provisória n. 1.858-10, de 24 de setembro de 1999, tendo sido objeto de sucessivas republicações até a última versão da Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001, vigente até hoje, por conta do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32/2001.

<sup>2</sup> “Art. 685. Os rendimentos, ganhos de capital e demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exte-

A aplicação dos dois comandos permite afirmar que, com a redução de base de cálculo prevista no art. 26 da Medida Provisória n. 2.158-35, prêmios de resseguro ou retrocessão estarão sujeitos a uma retenção na fonte efetiva de 1,2% (um vírgula dois por cento), se a remessa for efetuada para um país que não seja enquadrado como de tributação favorecida, ou de 2% (dois por cento), na hipótese contrária, sob o montante bruto dos prêmios de resseguro e retrocessão remetidos.

Alguns conceitos iniciais são de extrema importância. Primeiramente, devemos delimitar o que representam as figuras do resseguro e da retrocessão. A Lei Complementar n. 126/2007, que foi a responsável pela “quebra” do monopólio do resseguro no Brasil, buscou regulamentar a atuação dos resseguradores estrangeiros no país. Conforme o art. 2º da Lei, o termo “resseguro” é definido como a operação de transferência de riscos de uma cedente para um ressegurador, enquanto o termo “retrocessão” nada mais é do que a operação de transferência de riscos de resseguro de resseguradores para resseguradores ou de resseguradores para sociedades seguradoras locais.

O tema também foi objeto de regulamentação específica por parte do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, que na lista de definições contida na redação original da Resolução CNSP n. 168/2007 definiu, no seu art. 2º, o termo “resseguro” como operação de transferência de riscos de uma cedente, com vistas a sua própria proteção, para um ou mais resseguradores, através de contratos automáticos ou facultativos, enquanto o termo “retrocessão” ficou definido como a operação de transferência de riscos de resseguro de resseguradores, com vistas a sua própria proteção, para resseguradores ou para sociedades seguradoras locais, através de contratos automáticos ou facultativos.

No que compete à natureza jurídica dos contratos de resseguro (e, por conta da sua definição específica, dos contratos de retrocessão), sua análise deve levar em consideração o próprio contrato de seguro, na sua origem. Sobre o tema, o art. 757 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002) dispõe que através deste “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir

---

rior, estão sujeitos à incidência na fonte (Decreto-lei nº 5.844, de 1943, art. 100, Lei nº 3.470, de 1958, art. 77, Lei nº 9.249, de 1995, art. 23, e Lei nº 9.779, de 1999, arts. 7º e 8º):

I – à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica neste Capítulo, inclusive:

a) [...]

II – à alíquota de vinte e cinco por cento:

a) [...]

b) ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 691, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 245.”

interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos pre-determinados”.

Nesta mesma linha, vale transcrever as lições de Sergio André Rocha, Marcelo de Aguiar Sampaio e Márcio Seixas Vianna, para quem:

“o contrato de resseguro nada mais é do que uma operação securitária na qual um cedente (seguradora) transfere um risco, assumido previamente através de um contrato de seguro, a uma sociedade resseguradora, de modo que esse negócio em nada difere da operação de seguro, exceto pelo contratante da operação”<sup>3</sup>.

No entanto, a atividade de resseguros, assim como a atividade de seguros propriamente dita, é extremamente complexa. São necessárias a constituição de provisões e reservas técnicas para fazer face aos riscos assumidos, de maneira a evitar que, caso este se materialize, a seguradora ou resseguradora sofra uma perda integral. A constituição de provisões e reservas técnicas atende a critérios estatísticos e atuariais, que levam em consideração dados relativos à incidência de sinistros do cliente, da carteira da seguradora ou resseguradora e até do mercado em geral. No Brasil, o órgão regulador – a Superintendência de Seguros Privados – tem a obrigação de fiscalizar e observar a adequação das provisões e reservas técnicas necessárias para fazer frente a tais riscos.

Logo, como podemos observar, nas remessas ao exterior a título de pagamento de prêmio de resseguro e/ou retrocessão, foi concedida uma redução de base de cálculo, com base em uma presunção específica, para permitir que o IRRF brasileiro incidisse sobre uma renda *liquida* da entidade resseguradora ou retrocedida. Para uma melhor compreensão da postura brasileira, é preciso analisar os fundamentos da tributação na fonte utilizados pelo Fisco brasileiro, como faremos a seguir.

## ***2.2. Fundamentos da tributação na fonte e o conceito de renda líquida***

Há muito se discute os fundamentos para a tributação na fonte dos não residentes no Brasil. O art. 43 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1974 – “CTN”), ao trazer o comando para a tributação sobre a renda, o coloca da seguinte maneira:

“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:

---

<sup>3</sup> ROCHA, Sergio André; SAMPAIO, Marcelo de Aguiar; VIANNA, Márcio Seixas. Tributação e aplicação dos tratados sobre a tributação da renda e do capital às atividades de resseguro. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; CARNEIRO, Daniel Dix; RANGEL, Cristiano Campelo de Rougemont (coord.). *Tributação das seguradoras*: questões pontuais. São Paulo: MP Editora, 2014, p. 38.

- 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.”

Como consequência lógica, pode-se afirmar que a incidência do Imposto de Renda, incluindo a modalidade de fonte, tem duas hipóteses específicas: (i) a renda-produto, como definida no inciso I, representando os ingressos do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e (ii) a renda-acréscimo, representada pelos proventos de qualquer natureza, na forma de acréscimos patrimoniais.

A tributação dos rendimentos auferidos pelo não residente, e neles se incluem os prêmios de resseguro e retrocessão, ocorre na modalidade “exclusiva” na fonte. Isto equivale dizer que o Fisco brasileiro, por não ter acesso à renda efetiva da pessoa jurídica não residente, acaba por tributar o rendimento e não permitir o acesso a deduções e abatimentos, justamente por que o beneficiário da renda não é contribuinte do Imposto de Renda no Brasil, mas tão somente auferiu parte da sua renda no país. A apuração da renda efetiva deve considerar todos os ingressos e recebimentos, assim como a totalidade dos custos e despesas. O pressuposto da tributação exclusiva na fonte é que somente a fonte pagadora faz parte da relação tributária, sendo que o contribuinte apenas arca com o ônus do tributo, que é dele descontado.

No entanto, não se pode olvidar a necessidade, imperativa, de permitir a dedução de custos e despesas absolutamente necessários para a produção da renda. O Brasil adota, no que compete à tributação do não residente, um modelo de *withholding at source*, em contraponto ao modelo de *taxation at source*. No *withholding*, a fonte pagadora exerce o papel de agente de retenção e recolhimento, não especificamente substituindo o contribuinte na relação jurídica. O que ocorre, na verdade, é uma atribuição de responsabilidade tributária ao agente que efetua a retenção na fonte, conforme disposto no art. 121 do CTN<sup>4</sup>.

O contribuinte, de fato, é aquele que possui a relação direta e objetiva com a operação que dá ensejo à ocorrência do fato gerador – o beneficiário da renda – como expresso no art. 121, inciso I, do CTN. Ele é o titular da disponibilidade, econômica ou jurídica, do rendimento. É ele quem manifesta capacidade contributiva. No entanto, por não residir no país, a única maneira

---

<sup>4</sup> “Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.”

de sofrer a retenção é com a atribuição de responsabilidade à fonte pagadora, que acaba tornando-se o sujeito passivo responsável pela obrigação tributária, como colocado pelo art. 121, inciso II, do CTN.

Ainda que se fale em tributação na fonte do não residente, é de extrema importância mencionar que, mesmo fora do país, qualquer pessoa que auferir renda deve incorrer em dispêndios, custos ou despesas, que são absolutamente necessários para a sua geração<sup>5</sup>. Por razões óbvias, não estamos falando aqui do conceito de renda-acrécimo, onde a renda é mensurada como resultado de operações que geraram acréscimo patrimonial (principalmente para as pessoas jurídicas), mas sim daquelas despesas intrinsecamente relacionadas com a sua consecução na forma da renda-produto.

Porém, mesmo na renda-produto, não podemos ignorar a existência de dispêndios intrínsecos à sua geração. Para Ricardo Mariz de Oliveira, a base de cálculo do Imposto de Renda, seja para as pessoas físicas, seja para as pessoas jurídicas, deve sempre levar em consideração o princípio da universalidade, isto é, a totalidade “dos fatores positivos e negativos que afetam o patrimônio no curso do período-base”<sup>6</sup>.

A ideia de renda líquida parte da aplicação do princípio do *ability-to-pay*<sup>7</sup>. Em verdade, a renda líquida é uma forma de mensurar a *ability-to-pay*, como afirma Joachim Lang<sup>8</sup>, para quem a renda como medida da capacidade contributiva resulta do fluxo positivo de ingressos e subtrai-se o fator negativo dos custos associados com o ganho de tais ingressos. No entanto, a despeito das proteções e garantias necessárias para determinação da renda de uma maneira apropriada, o Fisco brasileiro acabou optando pela retenção do IRRF sob os rendimentos brutos, como colocado pelo art. 713 do RIR/1999<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> No mesmo sentido, vide CANTO, Gilberto de Ulhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre; SOUZA, Antônio Carlos Garcia de. Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. *Caderno de Pesquisas Tributárias* n. 11. São Paulo: coedição Centro de Estudos e Extensão Universitária e Resenha Tributária, 1986, p. 1-44.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, p. 404.

<sup>7</sup> Para Joachim Lang, numa análise histórica, o princípio do *ability-to-pay* demanda que contribuintes com igual capacidade paguem tributos na mesma medida, numa clara referência à equidade horizontal, mas também numa distribuição da carga tributária proporcional à renda. O autor também coloca o princípio como uma proteção contra uma carga tributária excessiva como consequência de uma noção equivocada da renda de determinado contribuinte. Vide LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (org.). *The notion of income from capital*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 9-10.

<sup>8</sup> Nas palavras do autor: “The income as a measure of the ability to pay taxes consists of the positive factor of proceeds and the negative factor of costs related to the earning of the proceeds.” (LANG, Joachim. *Op. cit.*, p. 15)

<sup>9</sup> “Art. 713. As alíquotas do imposto de que trata este Capítulo incidirão sobre os rendimentos brutos, ressalvado o disposto no art. 705, parágrafo único (Decreto-lei nº 5.844, de 1943, art. 97, § 3º).”

Assim, tem-se que na formação da base de cálculo do IRRF não será permitida nenhuma dedução de despesas ou custos necessários à sua formação. Alberto Xavier explicou, em sua doutrina, que existem três exceções à regra do art. 713<sup>10</sup>:

“os rendimentos de imóveis, hipótese em que é permitido deduzir dos aluguéis ou *royalties*, mediante comprovação, as despesas previstas no art. 50 do RIR (art. 705, parágrafo único); o arrendamento mercantil do tipo financeiro em que se permite a exclusão do valor de cada parcela remetida que corresponder à amortização do bem arrendado (Instrução Normativa n. 252/2002, art. 6º, parágrafo 2º); os prêmios de resseguro cedidos ao exterior, em que a corresponde a 8% do valor pago (Medida Provisória 2.158-35/2001, art. 26).”

Diante disso, pode-se afirmar que o legislador brasileiro acabou optando pela praticabilidade, em que pese uma suposta violação do conceito de renda e eventual avanço sobre o patrimônio. Como explicado por Victor Polizeli<sup>11</sup>, a praticabilidade acaba sendo privilegiada, em contraponto às noções de universalidade e generalidade:

“a amplitude reclamada por esses princípios [universalidade e generalidade], contrapõe-se a viabilidade técnica para implementação de tributação com tais atributos. Fala-se assim de um princípio da praticabilidade, reconhecido e divulgado por arguta doutrina nacional.”

Para fins de aplicação da praticabilidade, Victor Polizeli ainda aponta que deveria ser efetuada uma avaliação da capacidade contributiva objetiva, onde o legislador buscaria identificar se há elementos que permitam mensurar, de fato, a renda líquida tributável, ou se deve adotar algum critério mais prático<sup>12</sup>. Equivale dizer que entre a precisão subjetiva (mensurar a renda líquida) e a realidade objetiva (arbitrar uma base de cálculo), o legislador tem que optar pela última. Para Misabel Derzi, “do confronto deste princípio [praticabilidade] com os princípios da igualdade e da capacidade contributiva,

<sup>10</sup> XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 524-525. Alberto Xavier explicou, em sua doutrina, que existem três exceções à regra do art. 713: “os rendimentos de imóveis, hipótese em que é permitido deduzir dos aluguéis ou *royalties*, mediante comprovação, as despesas previstas no art. 50 do RIR (art. 705, parágrafo único); o arrendamento mercantil do tipo financeiro em que se permite a exclusão do valor de cada parcela remetida que corresponder à amortização do bem arrendado (Instrução Normativa n. 252/2002, art. 6º, parágrafo 2º); os prêmios de resseguro cedidos ao exterior, em que a base de cálculo corresponde a 8% do valor pago (Medida Provisória 2.158-35/2001, art. 26).”

<sup>11</sup> POLIZELI, Victor Borges. *O princípio da realização da renda*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, p. 146.

<sup>12</sup> POLIZELI, Victor Borges. *Op. cit.*, p. 147.

normalmente resulta um abrandamento desses últimos”<sup>13</sup>. É o que ocorre na tributação na fonte sob os rendimentos auferidos por não residentes.

Por consequência, as exceções à regra geral de incidência do IRRF sobre os rendimentos brutos são, como visto linhas acima, situações onde a praticabilidade coexiste com a determinação exata da renda líquida e onde as despesas incorridas na geração da renda são:

- i) de conhecimento do Fisco brasileiro, como na remessa da contraprestação de arrendamento mercantil financeiro líquida da amortização do bem arrendado;
- ii) de fácil comprovação, como na remessa de aluguéis ou *royalties* líquidos das despesas incorridas para a manutenção do ativo produtor da renda; e
- iii) na forma de uma presunção da base de cálculo líquida, na remessa de prêmios de resseguro ou retrocessão ao exterior, pois se sabe que necessariamente existem custos e despesas, além de provisões e reservas técnicas necessárias à sua geração.

Com relação à última hipótese, na remessa de prêmios de resseguro e retrocessão sujeitos a uma base de cálculo presumida, voltaremos a abordar este subtema no item 2.4, abaixo.

### **2.3. Elementos de conexão e exercício da soberania tributária**

Os elementos de conexão são os elementos de causalidade que representam o elo entre o detentor da jurisdição para tributar (o Estado tributante) e o sujeito passivo (conexão subjetiva) ou entre o detentor da jurisdição impositiva e o fato econômico ocorrido em seu território. Podemos citar, como exemplo, os princípios da fonte e da residência, assim como os princípios da universalidade e da territorialidade, como critérios determinantes (ou elementos de conexão) para que um país exerça a sua jurisdição para tributar.

Segundo Alberto Xavier, tais elementos:

“consistem nas relações ou ligações existentes entre as pessoas, os objetos e os fatos com os ordenamentos tributários, distinguindo-se em subjetivos, se se reportam às pessoas (como a nacionalidade ou a residência), ou objetivos, se se reportam às coisas e aos fatos (como a fonte de produção ou pagamento da renda, o lugar do exercício da atividade, o lugar da situação dos bens, o lugar do estabelecimento permanente, o lugar da celebração de um contrato)”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. A praticabilidade, a substituição tributária e o direito fundamental à justiça individual. In: FISHER, Octavio Campos (coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 264 *Apud* POLIZELI, Victor Borges. *Op. cit.*, p. 147. No mesmo sentido, vide COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros, p. 89.

<sup>14</sup> MÖSSNER et al. *Steuernrecht international tätiger Unternehmen*. Colônia, 1992, p. 42 *Apud* XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 214.



Os princípios citados são comumente utilizados como elementos de conexão de uma pessoa (física ou jurídica) ou fato econômico (a ensejar tributação) ocorrido em determinado território. Para Francisco Dornelles, “cada Estado estabelece soberanamente seus critérios definidores do próprio poder tributário”<sup>15</sup>.

Neste contexto, é importante mencionar que a tributação é a principal fonte de financiamento estatal e maior demonstração de cidadania<sup>16</sup>. O exercício do poder de tributar decorre do conceito de soberania dos Estados, e estes podem definir os elementos de conexão necessários a capturar a renda das pessoas ou os fatos econômicos ocorridos no seu campo de competência.

Como mencionado, não se pode falar em soberania para a imposição de tributos sem falar nos elementos de conexão representados pelo princípio da fonte, da residência, da territorialidade<sup>17</sup> e da universalidade<sup>18</sup>. Tais princípios são definidores da aplicação da soberania e do poder tributário e determinam a forma que determinado particular se sujeitará à tributação<sup>19</sup>. Para fins do presente estudo, iremos nos limitar ao princípio da fonte.

O princípio da fonte sempre tem seu contraponto no princípio da residência. Ao passo que o primeiro possui um senso imediato de conexão com o território tributante, um critério objetivo, o princípio da residência apresenta um critério mais ligado à conexão do sujeito da obrigação tributária com o país ou a jurisdição<sup>20</sup>. Para o professor Schoueri<sup>21</sup>, a discussão engloba o país

<sup>15</sup> DORNELLES, Francisco Neves. *A dupla tributação internacional da renda*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979, p. 7.

<sup>16</sup> NOVOA, César García. *El derecho tributario actual: innovaciones y desafíos*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributário, 2015, p. 24.

<sup>17</sup> A territorialidade em matéria tributária, por sua vez, parte da relação “com o aspecto espacial do fato gerador do tributo”. O conceito está diretamente relacionado com os fatos e operações ocorridos num determinado território, delimitando a soberania dos Estados que adotam tal critério (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 326).

<sup>18</sup> Aqui, temos o exercício da jurisdição para impor tributos sobre fatos ocorridos fora do território de determinado país. No princípio da universalidade, a pessoa jurídica a ele sujeita, que auferir renda de país que adote o princípio da fonte, pode acabar sendo acometida pela malfadada dupla tributação. O Brasil atualmente adota tal princípio, permite o reconhecimento do crédito do tributo pago no exterior em determinadas condições, respeitadas a reciprocidade de tratamento e a limitação do crédito ao valor do tributo devido sobre a mesma renda no País.

<sup>19</sup> Para Francisco Dornelles, trata-se de critérios definidores do poder tributário e são três, ligeiramente distintos dos critérios colocados pelo professor Luís Eduardo Schoueri: nacionalidade, residência e o da fonte (DORNELLES, Francisco Neves. *Op. cit.*, p. 5).

<sup>20</sup> É importante citar a existência de critério próximo ao da residência, que é a nacionalidade, segundo o qual a tributação atinge todos aqueles que são nacionais do país, independentemente de residência ou da fonte dos rendimentos. É o critério utilizado pelos EUA, ao tributar uma pessoa que nasceu no seu território e de lá se mudou quando criança, por exemplo. Esta pessoa estaria obrigada a recolher o Imposto de Renda aos cofres americanos.

<sup>21</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 343.

que tem jurisdição para tributar o mesmo rendimento – a fonte do rendimento ou o país onde reside seu beneficiário.

O estudo do princípio da “fonte” também requer a distinção entre a fonte de produção dos rendimentos, onde existe um liame entre a renda e o seu fato gerador (produção) e a localização daquele que dispôs do recurso para fazer seu pagamento (pagamento). A fonte de produção tem vinculação direta com a manifestação de capacidade contributiva. Por outro lado, a adoção da fonte de pagamento<sup>22</sup> viabiliza o recolhimento e atende ao princípio da praticabilidade. Atualmente existem situações onde o Brasil exigirá o IRRF com base na fonte de pagamento (como na prestação de serviços, com base no art. 6º do Decreto-lei n. 1.418/1975<sup>23</sup>) ou a simples fonte de produção (como na alienação de bens tangíveis situados no Brasil, mesmo quando comprador e vendedor são não residentes, com base no art. 26 da Lei n. 10.833/2003<sup>24</sup>).

#### **2.4. A utilização de bases de cálculo arbitradas ou presumidas**

No que compete à base de cálculo, a previsão do art. 44 do RIR/1999 dispõe que a base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Em função do que foi colocado, até aqui, temos clara a necessidade de observar os altos custos incorridos pelo ressegurador por ocasião da tomada do risco. Independentemente da natureza do contrato objeto da proteção conferida pelo resseguro, fato é que, pela sua natureza, é de extrema incerteza a

---

<sup>22</sup> Para Alberto Xavier, concordando com Bulhões Pedreira, as expressões existentes na legislação brasileira até 1995 (período anterior à adoção da tributação das rendas em bases universais) faziam referência à produção dos rendimentos – “rendimento produzido no país”, “rendimento derivado de atividade exercida no país”, “rendimento derivado de fonte nacional” e “rendimento que promana de fonte nacional” (PEDREIRA, Bulhões. *Imposto sobre a Renda*, p. 209 *Apud* XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 268).

<sup>23</sup> “Art. 6º O imposto de 25% de que trata o artigo 77 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, incide sobre os rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes derivados do Brasil e recebidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada.”

<sup>24</sup> “Art. 26. O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.” O tema foi objeto de estudo extenso efetuado por Leonardo Freitas de Moraes e Castro, ao estudar o problema da alienação indireta no caso Vodaphone, vide CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. Caso Vodaphone: ganho de capital de não residente decorrente de alienação indireta de participação societária em sociedade na Índia e reflexões sobre eventual aplicabilidade no Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (coord.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Editora, vol. 3, p. 25-72.

sua não materialização, com a correspondente retenção do prêmio pelo ressegurador.

Numa contratação de resseguro internacional, onde o ressegurador está sujeito às regras do órgão regulador do seu país e sinistralidade própria, o Fisco brasileiro, apesar de conhecer este fato (despesas necessárias a reduzir o ganho na operação) não tem como mensurar, de uma maneira adequada e precisa, o montante de “despesas necessárias”. Logo, por uma questão de praticabilidade, o Fisco brasileiro optou pelo arbitramento da base de cálculo do IRRF na remessa ao exterior.

Sobre o assunto, vale mencionar a posição de Kyle D. Logue e Gustavo G. Vettori, em que a tributação presumida seria uma tentativa de tributação da renda de maneira estimada, abrindo mão de uma precisão na sua mensuração correta em nome de uma redução dos custos de *compliance* e facilidade de execução da legislação tributária<sup>25</sup>.

### **3. A Solução de Consulta n. 62/2017: a introdução de um conceito de estabelecimento permanente e de tributação sobre a atividade de filiais de empresas estrangeiras no país**

Em 20 de janeiro de 2017 foi publicada a Solução de Consulta COSIT n. 62/2017<sup>26</sup>, que promoveu algumas explicações e manifestou entendimentos até certo ponto “peculiares”. Dispôs a ementa da referida Solução de Consulta que os resseguradores enquadrados na categoria “local” e “admitido” também estão sujeitos à apuração do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, pelo regime do Lucro Real, assim como da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e também afirmou que os rendimentos decorrentes das operações do “ressegurador eventual”, quando pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos ao exterior, estão sujeitos ao IRRF, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), tendo em vista que o ressegurador exerce atividade de prestação de serviços<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> VETTORI, G. G.; LOGUE, Kyle. Narrowing the tax gap through presumptive taxation. *Columbia Journal of Tax Law* v. 2, 2011, p. 121.

<sup>26</sup> Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=79969&visao=anotado>>. Acesso em: 3 jul. 2017).

<sup>27</sup> Solução de Consulta COSIT n. 62/2017: “Assunto: Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ. Operações de resseguro. Resseguradores locais e admitidos. Tratamento tributário. O ‘ressegurador local’ e o ‘ressegurador admitido’ estão sujeitos ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, apurado pelo lucro real. Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007, art. 4º; Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, art. 4º; Lei nº 9.718, de 27 de dezembro de 1998, art. 3º, § 5º e § 6º, inciso II, e art. 14, inciso II; Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, art. 146, inciso I, e art. 147, incisos I e II; Resolução CNSP nº 330, de 9 de dezembro de 2015, Anexo I, arts. 11, 12, 13 e 15; Circular SUSEP nº 359, de 31 de janeiro de 2008, art. 3º. Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSSL. Operações de resseguro. Resseguradores locais e admitidos. Tratamento tributário.

Como podemos observar, a Receita Federal do Brasil, administrativa-mente, promoveu importante inovação na legislação tributária federal, sob o tradicional pretexto de interpretar a legislação. Vejamos, ela enquadrou o ressegurador eventual, que antes estava sujeito à incidência do IRRF sob a base de cálculo presumida de 8%, como mencionado linhas acima, na sistemática do Lucro Real e da Base de Cálculo da CSLL.

As categorias de entidades permitidas a atuar no mercado de resseguros do Brasil são classificadas da seguinte maneira:

- i) ressegurador local: ressegurador sediado no País constituído sob a forma de sociedade anônima, tendo por objeto exclusivo a realização de operações de resseguro e retrocessão (Lei Complementar n. 126/2007, art. 4º, inciso I);
- ii) ressegurador admitido: ressegurador sediado no exterior, com escritório de representação no País, que, atendendo às exigências previstas nesta Lei Complementar e nas normas aplicáveis à atividade de resseguro e retrocessão, tenha sido cadastrado como tal no órgão fiscalizador de seguros para realizar operações de resseguro e retrocessão (Lei Complementar n. 126/2007, art. 4º, inciso II); e
- iii) ressegurador eventual: empresa resseguradora estrangeira sediada no exterior sem escritório de representação no País que, atendendo às exigências previstas nesta Lei Complementar e nas normas aplicáveis à atividade de resseguro e retrocessão, tenha sido cadastrada como tal no órgão fiscalizador de seguros para realizar operações de resseguro e retrocessão (Lei Complementar n. 126/2007, art. 4º, inciso III).

---

O ‘ressegurador local’ e o ‘ressegurador admitido’ estão sujeitos à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido à alíquota aplicável às pessoas jurídicas de seguros privados. Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007, art. 4º; Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, art. 4º; Lei nº 9.718, de 27 de dezembro de 1998, art. 3º, § 5º e § 6º, inciso II, e art. 14, inciso II; Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, art. 3º; Lei nº 13.169, de 6 de outubro de 2015, art. 1º; Resolução CNSP nº 330, de 9 de dezembro de 2015, Anexo I, arts. 11, 12, 13 e 15; Circular SUSEP nº 359, de 31 de janeiro de 2008, art. 3º.

[...]

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF. Operações de resseguro. Ressegurador eventual. Prestação de serviços. Tratamento tributário.

Os rendimentos decorrentes das operações do ‘ressegurador eventual’, quando pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos ao exterior, estão sujeitos ao imposto de renda na fonte IRRF, à alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), tendo em vista que o ressegurador exerce atividade de prestação de serviços. Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007, art. 4º; Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, art. 4º; Lei nº 9.718, de 27 de dezembro de 1998, art. 3º, § 5º e § 6º, inciso II, e art. 14, inciso II; Resolução CNSP nº 330, de 9 de dezembro de 2015, Anexo I, arts. 11, 12, 13 e 15; Circular SUSEP nº 359, de 31 de janeiro de 2008, art. 3º; Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, art. 7º; Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, art. 26; item 5 do Anexo sobre Serviços Financeiros do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), firmado na Rodada Uruguai do GATT (1994) e promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

[...]”

Logo, pode-se afirmar que a atuação de resseguradores estrangeiros no País, que deverá ocorrer segundo os ditames da referida Lei Complementar n. 126/2007, permite que resseguradores estrangeiros aqui operem mediante a abertura de um escritório de representação, como no caso do ressegurador admitido, ou mediante cadastro junto à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, nos casos do ressegurador eventual.

A Resolução SUSEP n. 330/2015, nos seus arts. 11 a 13, traz os requisitos necessários à atuação do ressegurador admitido. Vale destacar que este ressegurador admitido terá, dentre outras atribuições<sup>28</sup>:

---

<sup>28</sup> “Seção II

Ressegurador admitido

Art. 11. As operações de resseguro e retrocessão poderão ser realizadas com resseguradores admitidos que tenham sido devidamente cadastrados pela SUSEP.

Art. 12. No processo de cadastramento deve ser designado procurador, domiciliado no Brasil, com poderes especiais para receber citações, intimações, notificações e outras comunicações.

§ 1º A procuração deverá conter informação clara e objetiva quanto à possibilidade de o procurador designado substabelecer os poderes a ele conferidos pela matriz.

§ 2º O procurador deverá atender as condições previstas no art. 2º do Anexo II desta Resolução e comprovar experiência na área de seguros e resseguros.

§ 3º O procurador deverá apresentar autorização expressa à SUSEP, para acesso a informações a seu respeito constantes de qualquer sistema público ou privado de cadastro e informações, inclusive processos e procedimentos judiciais ou administrativos, para uso exclusivo no respectivo processo de cadastramento.

Art. 13. Para fins do cadastramento a que se refere o art. 11, a empresa resseguradora estrangeira deverá atender aos seguintes requisitos mínimos:

I – estar constituída segundo as leis de seu País de origem, para subscrever resseguros locais e internacionais, nos ramos em que pretenda operar no Brasil, tendo dado início a tais operações no País de origem há mais de cinco anos, e estando em situação regular quanto a sua solvência perante o órgão supervisor, inexistindo óbice por parte deste quanto ao seu cadastramento como Ressegurador no Brasil;

II – possuir patrimônio líquido não inferior a cem milhões de dólares dos Estados Unidos, ou equivalente em outra moeda estrangeira de livre conversibilidade, atestado por auditor externo;

III – ser portadora de classificação de solvência, emitida por agência classificadora de risco, com os seguintes níveis mínimos: [...];

IV – possuir permissão de movimentação de moedas de livre conversibilidade para cumprimento de compromissos de resseguro no exterior, na legislação vigente no País de origem;

V – possuir conta em moeda estrangeira no Brasil, vinculada à SUSEP, em banco autorizado a operar em câmbio no País, com saldo mínimo constituído em espécie, para garantia de suas operações no País, facultada a aplicação em ativos financeiros, observadas as diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional e normas expedidas pelo CNSP referentes a garantias e provisões, no valor de: a) cinco milhões de dólares dos Estados Unidos ou equivalente em outra moeda estrangeira de livre conversibilidade, para resseguradores atuantes nos ramos de danos e pessoas; e b) um milhão de dólares dos Estados Unidos ou equivalente em outra moeda estrangeira de livre conversibilidade, para resseguradores atuantes somente no ramo de pessoas.

VI – apresentação das demonstrações financeiras na forma definida pela SUSEP;

VII – estabelecer escritório de representação no País, mediante autorização prévia, na forma regulamentada pela SUSEP;

[...]

- i) obrigação de designar procurador domiciliado no Brasil, com poderes especiais para receber citações, intimações, notificações e outras comunicações;
- ii) o procurador deverá comprovar experiência na área de seguros e resseguros;
- iii) estar constituído segundo as leis de seu país de origem, para subscrever resseguros locais e internacionais, nos ramos em que pretenda operar no Brasil, tendo dado início a tais operações no país de origem há mais de cinco anos, e estando em situação regular quanto a sua solvência perante o órgão supervisor;
- iv) possuir patrimônio líquido não inferior a cem milhões de dólares dos Estados Unidos, ou equivalente em outra moeda estrangeira de livre conversibilidade, atestado por auditor externo;
- v) ser portador de classificação de solvência, emitida por agência classificadora de risco, com notas de risco baixo;
- vi) possuir conta em moeda estrangeira no Brasil, vinculada à SUSEP, em banco autorizado a operar em câmbio no País, com saldo mínimo constituído em espécie, para garantia de suas operações no País, facultada a aplicação em ativos financeiros, observadas as diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional e normas expedidas pelo CNSP referentes a garantias e provisões, no valor de: (a) cinco milhões de dólares dos Estados Unidos ou equivalente em outra moeda estrangeira de livre conversibilidade, para resseguradores atuantes nos ramos de danos e pessoas; e (b) um milhão de dólares dos Estados Unidos ou equivalente em outra moeda estrangeira de livre conversibilidade, para resseguradores atuantes somente no ramo de pessoas;
- vii) estabelecer escritório de representação no País, mediante autorização prévia, na forma regulamentada pela SUSEP.

No que compete às obrigações e requisitos do escritório de representação, o art. 15 da Resolução SUSEP n. 330/2015 deixa claro que a entidade a ser constituída deverá possuir em sua denominação a expressão “Escritório de Representação no Brasil”, estando constituída como dependência do ressegurador estrangeiro, ou como sociedade brasileira que atenda ao requisito de participação mínima do ressegurador admitido (quatro quintos do capital social), ter menção no estatuto ou contrato social de que o objeto exclusivo da sociedade brasileira é o de representação do controlador, nos termos da Lei Complementar n. 126/2007, além do cumprimento dos requisitos administrativos e menção expressa no estatuto sobre quais sócios ou administradores exercem as funções de representante e representante adjunto. Por fim, também deixa claro que “as obrigações assumidas pelo representante no Brasil perante as cedentes brasileiras obrigam integralmente o ressegurador admitido” (Resolução SUSEP n. 330/2015, art. 15, § 3º).

Em resumo: o escritório de representação constituído pelo ressegurador admitido deverá estar constituído de duas formas: como uma dependência do ressegurador estrangeiro ou na forma de uma sociedade cuja participação societária do ressegurador estrangeiro deve ser de, no mínimo, 80% do capital social, mas os atos praticados pelo representante obrigam, para todos os fins, o ressegurador estrangeiro não residente.

Analisando a ementa da solução de consulta, percebemos que a Receita Federal do Brasil, considerando, dentre outras características, o fato de que “as obrigações assumidas pelo representante no Brasil perante as cedentes brasileiras obrigam integralmente o ressegurador admitido”, entendeu ser este suficiente para sujeitar os resseguradores admitidos à cobrança Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido com base no lucro real. O inteiro teor da Solução de Consulta apresenta, no item 52, o embasamento nos arts. 146 e 147 do RIR:

“Art. 146. São contribuintes do imposto e terão seus lucros apurados de acordo com este Decreto:

I – as pessoas jurídicas;

[...]

Art. 147. Consideram-se pessoas jurídicas, para efeito do disposto no inciso I do artigo anterior:

I – as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem seus fins, nacionalidade ou participantes no capital;

II – as filiais, sucursais, agências ou representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior;

[...]”

Assim, seguindo a linha de raciocínio apresentada até o momento, o Fisco não poderia concluir de outra maneira a sua Solução de Consulta, especificamente no que diz respeito à tributação do ressegurador admitido:

“54. Além disso, da leitura dos arts. 11, 12 e 13 do Anexo I da Resolução CNSP no 330, de 9 de dezembro de 2015, compreende-se que só podem operar no Brasil os ‘resseguradores admitidos’, constituídos segundo a legislação de seu país de origem ‘para subscrever resseguros locais e internacionais’, e que possuam escritório de representação, cujo representante, mantido permanentemente, terá ‘plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente’. O art. 15, § 3º do Anexo I da mesma resolução, por sua vez, estabelece que ‘as obrigações assumidas pelo representante no Brasil perante as cedentes brasileiras obrigam integralmente o ressegurador admitido’.

55. Tais disposições legais permitem afirmar que as atividades do escritório de representação não têm caráter meramente de corretagem, preparatório ou auxiliar, mas sim caracterizam atividades tributariamente equivalentes à prestação de serviços de resseguradores locais.”

A Receita Federal do Brasil, a despeito da inovação promovida na sua resposta, também aumentou a incerteza na atuação do ressegurador admitido. Isso ocorreu, pois:

- a) Não respondeu de que maneira o lucro do ressegurador admitido deverá ser apurado;
- b) Não respondeu quais custos e despesas serão permitidos, tampouco se a natureza das provisões e reservas técnicas, a serem deduzidas do lucro tributável, deveriam seguir as regras brasileiras ou estrangeiras;
- c) Não deixou claro se a regra de tributação para os resseguradores admitidos seria excluída para aqueles residentes ou domiciliados em países que mantenham acordo para evitar a bitributação com o Brasil.

É interessante observar que a apuração do lucro, para fins de determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL com base no lucro real tem como ponto de partida o lucro contábil, apurado segundo a legislação comercial brasileira. É também correto inferir que o escritório de representação, se uma filial autorizada a funcionar por meio de decreto presidencial, efetua sua escrituração contábil segundo as regras do país de origem. Se subsidiária da resseguradora estrangeira, só escritura em seus livros locais as receitas próprias da sua atividade.

No que compete às provisões e reservas técnicas, para fins de eventual apuração do lucro real, valemo-nos dos comentários feitos linhas acima, no sentido de que cada resseguradora possui sua sinistralidade e critérios atuariais próprios e está sujeita à revisão dos órgãos reguladores do seu país de origem. Logo, eventual exigência de provisão ou reserva técnica, que poderia ser considerada conservadora no país de origem, logo, em excesso (e em teoria indedutível), aqui poderia não o ser, e vice-versa. O que queremos dizer é que as provisões e reservas técnicas exigidas no país de origem são distintas e isso teria impacto numa mensuração isonômica da renda e na real capacidade contributiva da entidade resseguradora.

Por fim, a Solução de Consulta reconheceu que a análise deveria ser efetuada caso a caso, uma vez que o Brasil possui, atualmente, uma rede de 33 acordos para evitar a dupla tributação. Passemos à análise.

#### **4. Critérios para a identificação de um estabelecimento permanente**

É de extrema importância observar a postura do Fisco brasileiro no que diz respeito à atuação dos resseguradores estrangeiros que poderiam atuar no País. Primeiramente, devemos observar que o mercado de resseguros no País era monopolista, sendo o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB a única entidade autorizada a oferecer o resseguro no País, até o advento da Lei Complementar n. 126, de 15 de janeiro de 2007, que promoveu a abertura do mercado. Talvez, por esta razão, os acordos para evitar a dupla tributação e a



jurisprudência pátria não tenham enfrentado esta questão. O Brasil possui atualmente 33 acordos para evitar a dupla tributação vigentes. Destes, apenas dois (Trinidad e Tobago e Turquia) foram firmados após a abertura do mercado de resseguros.

Dos acordos firmados pelo Brasil, no que compete à existência de provisão que poderia, eventualmente, permitir a configuração de estabelecimento permanente na atividade de seguros, podemos separá-los da seguinte maneira:

a) Os acordos firmados com Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Equador, Espanha, França, Itália e Luxemburgo trazem cláusula que, com pequenas variações, apresentam o seguinte texto: “Todavia, uma empresa de seguros de um Estado Contratante será considerada como tendo um estabelecimento permanente no outro Estado Contratante desde que, através de um representante, não incluído entre as pessoas indicadas no parágrafo 5 abaixo, receba prêmios no território desse último Estado ou segure riscos situados nesse território.”

b) Os acordos com as Filipinas, o México, os Países Baixos e o Peru apresentam cláusula com redação bastante semelhante, porém com a ressalva excluindo a operação de resseguros. A cláusula, que em alguns acordos pode sofrer pequenas variações, tem a seguinte redação: “Todavia, uma empresa de seguros de um Estado Contratante será considerada como tendo um estabelecimento permanente no outro Estado Contratante desde que, através de um representante, não incluído entre as pessoas indicadas no parágrafo 5 abaixo, receba prêmios no território desse último Estado ou segure riscos situados nesse território.”

c) Os acordos com Chile, China, Coreia do Sul, Eslováquia, República Tcheca, Finlândia, Hungria, Índia, Israel, Japão, Noruega, Portugal, Rússia, Suécia, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela não trazem qualquer menção à cláusula.

Neste sentido, causa estranheza a forma como a Solução de Consulta n. 62/2017 enfrentou o tema. Como se sabe, um acordo para evitar a dupla tributação tem a previsão de regras e critérios para caracterização de um estabelecimento permanente e, na sua ausência, aplicação do art. 7º dos acordos (Lucros das Empresas)<sup>29</sup> sob pena de afronta ao art. 98 do CTN<sup>30</sup>.

Sabe-se que os acordos trazem em si a previsão do estabelecimento permanente como conceito autônomo e elemento de conexão capaz atribuir competência ao estado da fonte<sup>31</sup>. Um estabelecimento permanente pode ser caracterizado como o conjunto de atividades que, com intuito definitivo ou de permanência, formam uma unidade empresarial naquele país.

<sup>29</sup> ROCHA, Sergio André; SAMPAIO, Marcelo de Aguiar; VIANNA, Márcio Seixas. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>30</sup> “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

<sup>31</sup> CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional*. São Paulo: RT, p. 76-78.

Se analisarmos os comentários à Convenção-Modelo da OCDE, especificamente o item 39, identificaremos o racional para a forma como os acordos, e talvez os acordos firmados pelo Brasil, tenham abordado o tema. O item 39 dos comentários ao § 6º do art. 5º coloca o tema da seguinte forma:

“De acordo com a definição do termo ‘estabelecimento permanente’, uma companhia de seguros de um Estado pode ser tributada no outro Estado com relação aos seus negócios de seguro, se ali ela tiver um lugar fixo de negócios dentro do significado do parágrafo 1º ou se ele conduz negócios através de uma pessoa dentro do significado do parágrafo 5º. Uma vez que agências de companhias de seguro estrangeiras algumas vezes não atendem aos requisitos acima, é aceitável que essas companhias transacionem em larga escala num Estado sem ser tributado neste Estado com relação aos lucros derivados de tais negócios. De maneira a evitar esta possibilidade, diversas convenções concluídas por países-membros da OCDE incluem uma cláusula que estipula a presunção da existência de um estabelecimento permanente num Estado com relação às companhias de seguro do outro Estado se elas coletam prêmios de seguro naquele outro Estado através de um agente ali localizado – outro que não seja um agente que já constitui um estabelecimento permanente nos termos do parágrafo 5 – ou segure riscos situados naquele território através de um agente. A decisão quanto a se uma provisão nesse sentido deveria ser incluída na convenção vai depender do panorama factual e legal que prevalecer entre os dois Estados Contratantes envolvidos frequentemente, uma cláusula de tal natureza não é incluída. Diante disso, não parece recomendável inserir uma provisão neste sentido na Convenção-Modelo.”<sup>32</sup> (Tradução livre do autor)

Por óbvio, e até pela natureza distinta das duas atividades (seguros e resseguros), apenas a primeira foi contemplada nos acordos firmados pelo Brasil.

---

<sup>32</sup> Comentários à Convenção-Modelo da OCDE, item 39: “According to the definition of the term ‘permanent establishment’ an insurance company of one State may be taxed in the other State on its insurance business, if it has a fixed place of business within the meaning of paragraph 1 or if it carries on business through a person within the meaning of paragraph 5. Since agencies of foreign insurance companies sometimes do not meet either of the above requirements, it is conceivable that these companies do large-scale business in a State without being taxed in that State on their profits arising from such business. In order to obviate this possibility, various conventions concluded by OECD member countries include a provision which stipulates that insurance companies of a State are deemed to have a permanent establishment in the other State if they collect premiums in that other State through an agent established there – other than an agent who already constitutes a permanent establishment by virtue of paragraph 5 – or insure risks situated in that territory through such an agent. The decision as to whether or not a provision along these lines should be included in a convention will depend on the factual and legal situation prevailing in the Contracting States concerned. Frequently, therefore, such a provision will not be contemplated. In view of this fact, it did not seem advisable to insert a provision along these lines in the Model Convention.”

A atividade de resseguros é maior, demanda mais capital e assunção de riscos muito maior que o de uma seguradora normal, e talvez por isso a atividade de resseguros não tenha sido abarcada.

Ainda assim, não podemos deixar de estudar o tema mais detidamente, até por que a ausência de previsão expressa não faz com que determinada situação seja ou não qualificada como tal – uma atividade de resseguros através de um agente poderia vir a ser enquadrada na regra geral, como intentou sugerir a Solução de Consulta.

Para Paulo Caliendo, a definição geral que parte da Convenção-Modelo da OCDE apresenta quatro requisitos necessários para a caracterização de um estabelecimento permanente, a saber: (i) a existência de uma empresa; (ii) que realize negócios; (iii) a existência de uma sede constante (“fixa”) e; (iv) onde a empresa realize, ainda que parcialmente, as suas atividades<sup>33</sup>.

Especificamente com relação ao item 01, da existência de uma empresa, Caliendo traça um breve paralelo com o art. 966 do Código Civil Brasileiro, onde “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo também explica que “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. A existência dos elementos característicos da atividade empresarial, representando um fundo de comércio ou uma atividade realizada de maneira organizada para atingir o lucro deve ser o ponto chave do conceito de estabelecimento permanente, ao menos sob a ótica do direito interno brasileiro.

Quando analisados de maneira extensiva e devidamente aplicados à atividade de resseguro, uma observação é evidente: por maior que seja o nível de regulação aplicável aos resseguradores estrangeiros, a tributação da renda deve recair onde os riscos estão sendo suportados. Alguns fatores listados na Resolução SUSEP n. 330/2005, como a designação de procurador domiciliado no país, com experiência na área e apto a receber citações, por si só, não são suficientes a caracterizar um estabelecimento permanente, pois, ainda que o procurador possa assumir riscos, a entidade local não irá arcar com tais riscos uma vez que a aceitação do resseguro e as provisões/reservas técnicas estão registradas na matriz. Não poderia ser diferente, até por que a Resolução SUSEP n. 330/2005 também exige um patrimônio líquido mínimo (US\$ 100 milhões) e uma classificação de solvência, numa clara indicação de que a capacidade financeira para assumir os riscos é da resseguradora estrangeira.

---

<sup>33</sup> CALIENDO, Paulo. *Op. cit.*, p. 178-179.

A alocação de renda a estabelecimentos permanentes não é um tema novo. No âmbito da OCDE, os comentários aos arts. 5º e 7º da Convenção-Modelo já abordavam o tema. Merece destaque o relatório de 2008, “Report on the attribution of profits to Permanent Establishments” (publicado em 17 de julho de 2008 – “relatório de 2008”), e que trata o estabelecimento permanente como uma “entidade funcionalmente separada” para fins de aplicação do art. 7(1) (“lucros das empresas”) da Convenção-Modelo. Entretanto, uma observação importante deve ser feita: o tratamento de um estabelecimento permanente como uma entidade funcionalmente distinta possui falhas, principalmente se analisamos tal entidade como parte integrante de um grupo internacional que funciona de maneira integrada e harmônica para economizar custos e maximizar o lucro<sup>34</sup>.

Não obstante, o relatório de 2008 trouxe uma terminologia bastante importante que foi o “authorized OECD approach” para designar a melhor interpretação do art. 7º da Convenção-Modelo que minimizaria riscos e distorções entre os países que dela se valem, para reduzir ao máximo o risco de distorções e dupla ou baixa tributação de estabelecimentos permanentes<sup>35</sup>.

Diante disso, como explicado por Kobetsky<sup>36</sup>, o relatório de 2008 propõe uma verificação em duas etapas para a identificação e atribuição de lucros a um estabelecimento permanente, onde a primeira etapa consiste no tratamento do estabelecimento permanente como se fosse uma entidade em separado e que realizasse as mesmas atividades sob mesmas ou iguais condições, para então aplicar a segunda etapa do teste, com a lucratividade “arm’s length” do estabelecimento permanente determinada segundo as regras de preços de transferência da OCDE. A primeira etapa requer uma análise funcional que tem como objetivo verificar, no que compete ao estabelecimento permanente, os direitos e obrigações a ele atribuíveis, a determinação das funções exercidas e as características econômicas capazes de remunerar tais funções, a atribuição de risco à operação, a propriedade dos ativos aplicados e o reconhecimento econômico das funções e obrigações. Em seguida, aí então, seria aplicada a segunda etapa com base no art. 9º da Convenção-Modelo e nas regras de preços de transferência.

Assim, resta bastante improvável que o Fisco brasileiro, seja qual for o acordo para evitar a bitributação sob análise, seja capaz de reunir elementos a configurar a existência de um estabelecimento permanente na atividade do ressegurador. A Solução de Consulta n. 62/2017, no seu item 55 (citado linhas

---

<sup>34</sup> KOBETSKY, Michael. *International taxation of permanent establishments: principles and policy*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 287.

<sup>35</sup> KOBETSKY, Michael. *Op. cit.*, p. 278.

<sup>36</sup> KOBETSKY, Michael. *Op. cit.*, p. 288.

acima), menciona que as atividades realizadas pelo ressegurador admitido não seriam meramente preparatórias, mas sim próprias da prestação de serviços de resseguro. Não poderia andar mais distante da realidade, tendo em vista que, ao se analisar a situação fática, verifica-se que a mera existência de um procurador capaz de firmar documentos que obrigam o ressegurador estrangeiro no país não pode ser capaz de atrair a competência para a tributação de um suposto estabelecimento permanente. Na verdade: (i) os ativos garantidores das reservas e provisões técnicas não pertencem à entidade brasileira; (ii) os cálculos atuariais e estatísticos para determinar a aceitação e o prêmio aplicável não são executados no país; e (iii) toda e qualquer apólice de seguro ou contrato de resseguro firmado pelo procurador do ressegurador admitido só o foi em atendimento às mais estreitas ordens da matriz<sup>37</sup>. As atividades desempenhadas localmente, por mais que o Fisco queira atribuir a elas o caráter principal, são primordialmente de natureza preparatória e auxiliar<sup>38</sup>.

Apesar disso tudo, se aplicado corretamente, o conceito de estabelecimento permanente traz segurança jurídica, pois se, por um lado, permite ao estado da fonte tributar a renda auferida por tal unidade empresarial, por outro lado permite a dedução das despesas necessárias à sua incursão. Logo, como mencionamos linhas acima, o direito à dedução das provisões e reservas técnicas necessárias ao recebimento do prêmio, bem como da dedução dos eventuais sinistros deveria estar previsto, ou ao menos ter sido mencionado na referida Solução de Consulta.

## 5. Conclusões

A regra de presunção da base de cálculo do IRRF nas remessas ao exterior para pagamentos de prêmios de resseguro e retrocessão mostra-se bastante acertada, tanto sob a ótica da praticabilidade como também sob a ótica do reconhecimento quanto à impossibilidade de firmar um contrato tão complexo sem incorrer em determinados custos e despesas.

Os países, no exercício de sua jurisdição tributária, acabam optando pela introdução do Imposto de Renda Retido na Fonte, com relação a fatos que, após a sua ocorrência, mantenham conexão com o seu território. Isso faz com

---

<sup>37</sup> Concordamos com as explicações de Caliendo que, ao explicar e analisar o art. 1.138 do Novo Código Civil, expõe que “se o procurador de empresa estrangeira no Brasil não possui autonomia para firmar contratos e não realizar tal representação de modo habitual, não existirá presença de EP [estabelecimento permanente].” (CALIENDO, Paulo. *Op. cit.*, p. 216)

<sup>38</sup> Para Caliendo, “a análise de uma atividade quanto à sua natureza auxiliar ou preparatória depende de uma verificação da atividade geral desenvolvida pela empresa. Deve-se, portanto, verificar a sua contribuição ao escopo geral da empresa.” (CALIENDO, Paulo. *Op. cit.*, p. 143).

que um contrato de resseguro firmado entre uma seguradora brasileira e uma resseguradora estrangeira esteja sujeito à retenção na fonte.

Após 2007, com a abertura do mercado de resseguros no país, passou-se a permitir a vinda de resseguradoras estrangeiras, nas modalidades admitida e eventual, para permitir a assunção de riscos de resseguro. Em 2017, passados 10 anos da abertura do mercado, a Receita Federal do Brasil publicou Solução de Consulta onde trouxe uma série de incertezas à atividade do ressegurador admitido.

Em que pese uma tentativa de proteção às bases tributárias do País, o que se viu foi uma grande falta de cautela na resposta, pois a verificação do exercício das atividades do ressegurador admitido, em que este obrigaria o ressegurador estrangeiro, não depende apenas da existência de poderes para tal, mas do seu efetivo exercício. Uma verificação caso a caso se faz necessária, para evitar abusos e excessos por parte do Fisco brasileiro.

Atualmente, a seguradora brasileira que contrata resseguros no exterior, ou a resseguradora que contrata retrocessão, estão sujeitas à incidência não apenas do IRRF, mas também das contribuições ao PIS e à COFINS. Logo, teria sido muito mais apropriada uma revisão das margens de presunção para determinação do IRRF do que a tentativa de enquadrar os resseguradores admitidos como contribuintes do IRPJ e da CSLL com base no lucro real.