

O Efeito do Método de Isenção sobre a Tributação de Lucros do Exterior na Controladora Brasileira

The Effect of the Exemption Method on the Taxation of Foreign Profits at the Brazilian Parent Company

Cláudio Mangoni Moretti

Mestre em Direito Europeu pelo Europa-Institut da Universidade do Saarland – Alemanha.

Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Advogado.

E-mail: claudio.moretti@trenchrossi.com.

Recebido em: 29-4-2026 – Aprovado em: 25-5-2026

<https://doi.org/10.46801/2595-7155.16.3.2026.3044>

Resumo

O artigo se propõe a analisar a violação ao art. 7º dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil quando aplicadas as regras contidas no art. 74 da MP n. 2158-34/2001 e no art. 77 da Lei n. 12.9743/2014. Tais regras determinam a tributação no Brasil de lucros de empresas sediadas no exterior, controladas por empresas brasileiras. Porque sediadas em jurisdições com as quais o Brasil mantém acordos de bitributação, a competência para tributação do lucro dessas empresas controladas seria exclusiva da jurisdição de sua residência. Como o art. 98 do CTN estabelece que os tratados firmados pelo Brasil devem ser observados pela legislação interna que os sobrevenha, a tributação do lucro de empresas controladas, sediadas no exterior, determinada pelo art. 74 da MP n. 2158-34/2001 e pelo art. 77 da Lei n. 12.9743/2014, deveria ser afastada, sob pena de violação ao art. 7º dos acordos de bitributação. O artigo se propõe a enfrentar os argumentos contidos em voto proferido no RE n. 870.214, cujo julgamento ainda não foi concluído. O artigo também tem por objetivo analisar a violação à regra de isenção sobre dividendos prevista em alguns dos acordos firmados pelo Brasil, a qual consiste em método para que se evite a bitributação. A aplicação do art. 74 da MP n. 2158-34/2001 e do art. 77 da Lei n. 12.9743/2014 presumiria distribuição fictícia de lucros, de tal forma que a renda tributada no Brasil se equipararia a dividendos. A tributação no Brasil de lucros presumidamente distribuídos não só levaria à violação do método de isenção, quando previsto no art. 23 do acordo de bitributação, mas acabaria por submeter a renda correspondente a tais dividendos a uma carga bem superior àquela que incidiria caso tais dividendos fossem efetivamente distribuídos.

Palavras-chave: lucro, exterior, controlada, tratados, violação, isenção.

Abstract

The article aims to analyze the violation of Article 7 of the double tax treaties entered into by Brazil when the rules set forth in Article 74 of Provisional

Measure No. 2,158-34/2001 and Article 77 of Law No. 12,973/2014 are applied. These rules provide for the taxation in Brazil of profits earned by companies established abroad that are controlled by Brazilian companies. Because these companies are established in jurisdictions with which Brazil maintains double tax treaties, the taxing power over their profits would lie exclusively with the jurisdiction of their residence. As Article 98 of the Brazilian National Tax Code provides that treaties entered into by Brazil prevail over subsequent domestic legislation, the taxation of profits of foreign-controlled companies – as set forth in Article 74 of Provisional Measure No. 2,158-34/2001 and Article 77 of Law No. 12,973/2014 – should be disregarded, as its application would otherwise entail a violation of Article 7 of the applicable double tax treaties. The article also seeks to address the arguments contained in an opinion rendered in Extraordinary Appeal (RE) No. 870,214, whose judgment has not yet been concluded. In addition, the article aims to analyze the violation of the dividend exemption rule provided for in some of the treaties entered into by Brazil, which constitutes a method for avoiding double taxation. The application of Article 74 of Provisional Measure No. 2,158-34/2001 and Article 77 of Law No. 12,973/2014 would presume a fictitious distribution of profits, such that the income taxed in Brazil would be equated with dividends. The taxation in Brazil of profits deemed to be distributed would not only lead to a violation of the exemption method, when provided for in Article 23 of the applicable double tax treaty, but would also result in subjecting the income corresponding to such dividends to a tax burden far higher than that which would apply if such dividends were effectively distributed.

Keywords: profit, abroad, controlled, CFC rules, treaties, violation, exemption.

I. Introdução do tema

É grande a expectativa de que ao longo deste ano de 2026 seja julgado o Recurso Extraordinário n. 870.214 (“RE n. 870.214”), em que se encontra o embate entre o art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-34/2001 (“MP n. 2.158”) e o art. 7º dos acordos para evitar a dupla tributação da renda, ou seja, o embate entre a competência do Brasil para tributar lucros não distribuídos, originados em empresas coligadas e controladas por empresas brasileiras, e a competência dos estados de residência dessas empresas coligadas e controladas.

Conforme prescreve o art. 74 da MP n. 2.158, “os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento”. Essa regra foi regulamentada pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 213/2002 (“IN n. 213”), a qual, em seu art. 7º, estabelece que a tributação dos lucros da controlada ou coligada no exterior deve se dar por meio da inclusão do resultado positivo da variação patrimonial dessas empresas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL da controladora e coligada brasileiras.

Ocorre que a tributação dos lucros no exterior, conforme estabelecido pelo art. 74 da MP n. 2.158 e regulamentada pela IN n. 213, vem sendo questionada diante do que prescreve o art. 7º dos acordos firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, os quais seguem o Modelo de Convenção da OCDE para evitar a dupla tributação da renda e do capital (“CM-OCDE”). De acordo com a regra convencional o estado da residência da empresa tem competência exclusiva para tributação do seu lucro, de tal forma que somente quando distribuído na forma de dividendos poderia ser objeto de tributação no estado da controladora ou coligada, destinatária dos dividendos¹.

A controvérsia entre o art. 74 da MP n. 2.158 e o art. 7º dos acordos firmados pelo Brasil diz respeito, portanto, à violação da competência exclusiva do estado de residência para tributação do lucro da empresa, e a consequente violação do art. 98 do Código Tributário Nacional, o qual prescreve que “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Para a Receita Federal do Brasil esse conflito não existiria, uma vez que o art. 74 da MP n. 2.158 e o art. 77 da Lei n. 12.973 não teriam determinado a tributação dos lucros das empresas domiciliadas no exterior, mas o lucro das empresas controladoras situadas no Brasil².

Esclareça-se que o art. 74 da MP n. 2.158 foi revogado pela Lei n. 12.973/2014, a qual, entretanto, mantém vivo o embate, uma vez que estabelece em seu art. 77 que “*A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76*”.

Diga-se, ainda, que o embate estabelecido não se limita à potencial violação da competência exclusiva do estado de residência, mas também à violação do método da isenção, aplicado para eliminar a dupla tributação, adotado em alguns dos acordos firmados pelo Brasil. É o caso, por exemplo, do acordo firmado com a Áustria, cujo art. 23.2 prescreve que “Os dividendos pagos por uma sociedade residente da Áustria a uma sociedade residente do Brasil que possua no mínimo 25 por cento das ações do capital da sociedade que paga os dividendos serão isentos do imposto de sociedade no Brasil”. Tributar o lucro de empresas controladas e coligadas domiciliadas no exterior iria, assim, de encontro a isenções ajustadas pelo Brasil em determinados acordos internacionais.

O tema da isenção, entretanto, não é objeto de disputa no RE n. 870.214, razão pela qual, mesmo que se chegue na Corte Suprema a uma decisão pela

¹ Art. 10 da CM-OCDE.

² Solução de Consulta Interna Cosit n. 18, de 8 de agosto de 2013.

possibilidade de aplicação do art. 74 da MP n. 2.158 e do art. 77 da Lei n. 12.973 sem que isso leve à violação do art. 7º dos acordos de bitributação evidenciados naquele caso, restará ainda pendente a análise da compatibilidade dessas disposições legais com a isenção ajustada em certos acordos de bitributação firmados pelo Brasil.

Saliente-se que esse tema da isenção também não foi objeto de análise pela Suprema Corte quando do julgamento da ADI n. 2.588, a qual debruçou-se essencialmente sobre a questão relativa à constitucionalidade da disponibilização presumida dos lucros das controladas e coligadas, prevista no art. 74 da MP n. 2.158. Nesse julgado o Supremo Tribunal Federal concluiu pela constitucionalidade da aplicação do art. 74 da MP n. 2.158 sobre lucros de controladas em países com tributação favorecida e pela inconstitucionalidade de sua incidência sobre lucros de coligadas em países de tributação não favorecida. A maioria absoluta exigida para declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei só foi alcançada graças à aplicação do voto médio, o qual poderia ter levado à proclamação da inconstitucionalidade da aplicação do art. 74 da MP n. 2.158 nos casos em que concorre com a aplicação de tratados internacionais, caso a manifestação do Ministro Ayres Britto a respeito do cumprimento dos tratados tivesse sido nesse sentido computada³. Entretanto, não foi.

Ambos os temas não são novos, porém merecem reflexão e contínuo debate, em especial diante dos argumentos trazidos pelo Ministro Gilmar Mendes em voto já proferido no RE n. 870.214, conforme o qual a aplicação do art. 74 da MP n. 2.158 não afrontaria o art. 7º dos tratados, que apenas impediria a tributação no Brasil do lucro da empresa estrangeira investida, porém não o lucro da investidora brasileira. Além disso, agarrando-se nos Comentários da OCDE, a regra convencional permitiria a aplicação de regras CFC, as quais caracterizariam o tipo de norma contida no art. 74 da MP n. 2.158.

Feita esta breve introdução tem-se que o objetivo deste artigo é analisar a compatibilidade do art. 74 da MP n. 2.158 e do art. 77 da Lei n. 12.973 com o art. 7º dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil, bem como, e em especial, com os acordos que adotaram o método de isenção para eliminar a dupla tributação.

Para conduzir a análise proposta faremos primeiramente a interpretação das regras contidas nos arts. 74 da MP n. 2.158 e 77 da Lei n. 12.973, de tal forma a identificar o objeto de incidência da tributação nelas previstas. Em seguida faremos semelhante interpretação quanto ao objeto de incidência do art. 7º dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil. Faremos então a confrontação das

³ ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 66-68.

conclusões obtidas a partir das interpretações realizadas para concluir se há ou não efetiva colisão entre as regras e se há violação ao art. 98 do CTN, partindo da premissa de que a legislação ordinária brasileira deve observar os acordos de bitributação firmados pelo Brasil. Na sequência faremos a interpretação das regras convencionais internacionais que adotam o método de isenção para evitar a dupla tributação, para, em seguida, concluir se os arts. 74 da MP n. 2.158 e 77 da Lei n. 12.973 colidem ou não com as regras convencionais.

II. Qual é o objeto de incidência dos arts. 74 da MP n. 2.158 e 77 da Lei n. 12.973?

Conforme anteriormente relatado, o entendimento da Receita Federal do Brasil é o de que o art. 74 da MP n. 2.158 determina a incidência do IRPJ e da CSLL sobre lucros de empresas brasileiras, atendendo ao disposto no art. 25 da Lei n. 9.249/1995⁴, e, portanto, sem qualquer violação aos acordos firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação.

De acordo com a Receita Federal do Brasil, o art. 74 da MP n. 2.158 apenas “uniformizou o conceito de disponibilização dos lucros apurados no exterior para coligadas e controladas, considerandoos como disponibilizados para a empresa brasileira na data do balanço no qual forem apurados”⁵. A presunção de disponibilização estaria amparada no art. 43, § 2º, do CTN, o qual prescreve que “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”.

O lucro das investidas, considerado disponibilizado na data do balanço, seria, por sua vez, apurado pelo Método de Equivalência Patrimonial (“MEP”), o qual “consiste em atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida e no reconhecimento dos seus efeitos na demonstração do resultado do exercício”⁶. Através do MEP apurar-se-ia o acréscimo patrimonial decorrente do investimento em controladas e coligadas no exterior.

O mesmo se diria do art. 77 da Lei n. 12.973, com a diferença de que essa nova disposição legal exclui do resultado do ajuste do valor do investimento a variação cambial do período de apuração, de tal forma que o ajuste positivo deve corresponder exclusivamente aos “lucros auferidos no período, não alcançando

⁴ “Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.”

⁵ Solução de Consulta Interna Cosit n. 18, de 8 de agosto de 2013.

⁶ Solução de Consulta Interna Cosit n. 18, de 8 de agosto de 2013.

as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior”⁷.

Assim, para a Receita Federal do Brasil não se estaria a tributar lucro de empresas estrangeiras no exterior, mas o lucro de empresas brasileiras apurados no exterior.

Nesse sentido foi também o voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual externou o entendimento de que o lucro tributado pelo art. 74 da MP n. 2.158 é o lucro das empresas investidoras apurado pelo MEP.

Sem querer entrar no debate em torno da constitucionalidade da presunção de disponibilidade pela controladora e pela coligada dos lucros auferidos por suas investidas no exterior⁸, bem como na distinção entre o resultado positivo do MEP e o lucro de entidades investidas, bem traçada por Luís Eduardo Schoueri em Parecer juntado aos autos do RE n. 870.214/DF (“Parecer”)⁹, nos parece muito claro que o lucro que está sendo tributado no Brasil, seja pela determinação disposta no art. 74 da MP n. 2.158, seja pelo art. 77 da Lei n. 12.973, não é o lucro da controladora ou coligada brasileira, mas o lucro realizado pelas investidas no exterior. Ou seja, é o lucro das investidas que está sendo adicionado à base de cálculo do IRPJ e da CSLL no Brasil¹⁰. Justamente por isso foi que, no julgamento do REsp n. 1.325.709/RJ, o qual precedeu ao RE n. 870.214/DF, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser ilegal a aplicação do MEP na apuração do lucro tributável no Brasil, prevista no art. 7º, § 1º, da IN/SRF n. 213/2002 – o art. 74 da MP n. 2.158 determinaria a inclusão do lucro das controladas e coligadas na base

⁷ Art. 77, § 1º, da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014.

⁸ Conforme a opinião de Humberto Ávila, com a qual concordamos, “disponibilidade jurídica sobre a renda não é o poder de decidir adquirir o direito à renda; é ter o direito à renda por ter exercido o poder de decidir, mesmo sem ter disponibilidade econômica pelo acesso atual e direto a ela... o fato gerador do imposto sobre a renda é a aquisição da disponibilidade jurídica sobre a renda. Assim, ele não surge enquanto o contribuinte não adquirir a disponibilidade, isto é, enquanto ele não tiver o direito de dispor sobre a renda, sem a realização de qualquer condição. O fato de essa condição depender do poder de decisão do próprio contribuinte não altera o argumento, pois antes que essa decisão seja tomada, ele ainda não adquire o direito incondicional à renda.” (ÁVILA, Humberto. Disponibilidade jurídica e poder decisório. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 86).

⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Parecer emitido em solicitação da Associação Brasileira de Companhias Abertas, juntado aos autos do RE n. 870.214/DF*, p. 19 e ss.

¹⁰ Vale esclarecer que, quando se trata de MEP relativo a investimentos no Brasil, o resultado positivo não tem efeitos tributários na controladora, conforme se extrai do Regulamento do Imposto sobre a Renda, Decreto n. 9.580/2018, art. 426: “A contrapartida do ajuste de que trata o art. 425, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada para fins de determinação do lucro real, observado o disposto no art. 446 (Decreto-lei n. 1.598, de 1977, art. 23, *caput*)”.

de cálculo tributável no Brasil, porém não o resultado positivo do MEP previsto na IN/SRF n. 213/2002.

Note-se que o art. 74 da MP n. 2.158 é expresso ao referir-se ao **lucro auferido por controladas e coligadas no exterior**, o qual considera-se ficticiamente disponibilizado para que possa ser adicionado à base do IRPJ e da CSLL da empresa controladora brasileira. Da mesma forma dispunha o art. 2º, § 7º, da IN n. 213/2002, que regulamentou o art. 74 da MP n. 2.158. Entretanto, na tentativa de esconder que a tributação recairia sobre o lucro da empresa investida no exterior e afirmar a tributação da investidora brasileira, a regulamentação em evidência determinou que o acréscimo patrimonial para sujeição ao imposto sobre a renda na controladora brasileira fosse apurado através do ajuste do valor do investimento na controlada estrangeira, o que acabou sendo declarado ilegal pelo STJ. A manobra se revelou evidente. Fosse de fato o acréscimo patrimonial da investidora brasileira objeto de incidência do imposto, e não o lucro da investida no exterior, os resultados negativos decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial não deveriam ser desconsiderados e adicionados para fins de determinação do lucro real da controladora e coligada brasileiras¹¹, e os prejuízos da investida deveriam ser compensados contra os lucros da investidora.

Essa mesma manobra é identificada no art. 77 da Lei n. 12.973, quando estabelece que “a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil”.

Quanto aos resultados negativos, seguem eles sem poder compensar lucros gerados na controladora brasileira, o que reforça o fato de não ser o acréscimo patrimonial dessas empresas controladoras o foco da regra¹².

A distinção mais relevante, introduzida pela Lei n. 12.973, está no tratamento individualizado, dado ao lucro de cada entidade no exterior, como se estivessem diretamente ligadas à controladora brasileira, apesar da possível consolidação de resultados das controladas no exterior até o ano calendário de 2029.

A tributação individualizada do lucro das controladas no exterior, após esse período de carência, reforça ainda mais o entendimento de que o acréscimo patrimonial objeto de incidência da tributação brasileira não é o acréscimo patrimonial das empresas controladoras estabelecidas no Brasil, mas das controladas no exterior.

Por conseguinte, é por demais evidente que o que se está a tributar com a disponibilização fictícia do lucro das controladas no exterior, através do MEP, ou

¹¹ Art. 7º, § 2º, da IN RFB n. 213/2002.

¹² Art. 11, § 4º, da Instrução Normativa RFB n. 1.520, de 4 de dezembro de 2014.

pela direta aplicação do art. 74 da MP n. 2.158 bem como do art. 77 da Lei n. 12.973, não é o lucro da empresa brasileira, mas o lucro de empresa controlada residente no exterior. Chamar a noite de dia, não faz da noite dia!

III. A violação ao art. 7º dos acordos brasileiros que seguiram o CM-OCDE

O art. 7º da CM-OCDE prevê competência exclusiva do estado da residência da empresa para tributação do respectivo lucro. Também, a partir do que dispõe o art. 1 a) da CM-OCDE¹³, a empresa é pessoa destinatária das proteções acordadas pelos Estados Contratantes e, portanto, distinta da de seus sócios. *Daí que o lucro da empresa não se confunde com a renda dos sócios*. Como regra o lucro da empresa será renda dos sócios *somente quando* disponibilizado, quando distribuído aos sócios, a não ser que se trate de uma entidade ou empresa “transparente”, nos termos previstos no art. 1 (2) da CM-OCDE¹⁴. Até lá só deverá ser tributado no estado onde está localizada a empresa.

Porém, agarrados no argumento da distinção de personalidades, há quem defenda, inclusive com base nos Comentários à CM-OCDE, que o lucro da empresa poderia ser tributado na pessoa de seus sócios, pois as convenções para evitar a dupla tributação teriam por objeto a dupla tributação jurídica e não a dupla tributação econômica. Ou seja, no entendimento desta corrente, com a qual parece ter se alinhado o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 870.214, a dupla tributação que se busca evitar deveria caracterizar-se pela presença de quatro identidades: (i) identidade de contribuinte, (ii) identidade do imposto, (iii) identidade do objeto e (iv) identidade do período-base. Daí que o art. 74 da MP n. 2.158, ao determinar a tributação de lucros da investidora brasileira, não poderia estar afrontando o art. 7º dos tratados firmados pelo Brasil, que excluiriam a competência brasileira somente para tributar o lucro das empresas investidas residentes nas jurisdições dos tratados.

Tal entendimento, entretanto, deveria encontrar-se já superado. E certamente no que tange à interpretação do art. 7º da CM-OCDE, uma vez que este tem por objeto um fator objetivo, qual seja, a definição da competência exclusiva para *tributação de determinado lucro*. O elemento subjetivo (quem foi tributado) é, e deve ser, até certo ponto, irrelevante, sob pena de a determinação da competência

¹³ Art. 1 da CM-OCDE: “1. For the purposes of this Convention, unless the context otherwise requires: a) the term ‘person’ includes an individual, a company and any other body of persons; b) the term ‘company’ means any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes.”

¹⁴ Art. 1(2) da CM-OCDE: “2. For the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State.”

exclusiva tornar-se “letra morta”. Basta tributar o mesmo lucro em outra pessoa, residente de outro estado, para que a competência exclusiva do estado da empresa geradora do lucro deixe de ser exclusiva, e aquele lucro específico, seja duplamente tributado¹⁵.

Ao analisar a tributação do lucro das controladas como se lucro das controladoras brasileiras fosse, Alberto Xavier já afirmava que “A tributação da pessoa jurídica brasileira é um artifício destinado a criar uma aparente compatibilidade, mas que no fundo revela uma violação oblíqua (em fraude) ao tratado, com o intuito de manipular a qualificação da renda para escapar à sua aplicação”¹⁶.

Nesse mesmo sentido, Ramon Tomazela Santos¹⁷ lembra que

“Em artigo seminal publicado em 1986, Klaus Vogel pontuou que os Estados Contratantes, por vezes, contornam as obrigações assumidas em seus acordos de bitributação, seja mediante a edição de leis que deliberadamente evitam uma situação protegida pelas cláusulas convencionais, seja mediante a edição de leis que artificialmente criam um mecanismo indireto para a tributação de determinada materialidade protegida pelas cláusulas convencionais. Na visão de Vogel, esse fenômeno, conhecido como *treaty dodging*, constitui uma violação aos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*, ambos consagrados expressamente na CVDT, que representam princípios basilares para a ordenação de qualquer sistema de convivência, assumindo ainda maior relevância em um contexto descentralizado, como se verifica na sociedade internacional”.

O entendimento de que o art. 7º dos acordos firmados pelo Brasil teria por objetivo unicamente impedir que empresas estrangeiras fossem tributadas pelo imposto brasileiro sobre a renda, evitando com isso bitributação, revela incompreensão do verdadeiro objetivo daquela disposição e do art. 7º da CM-OCDE qual seja, a repartição de competências.

¹⁵ “É irrelevante o fato de que as regras de CFC tributam o mesmo rendimento nas mãos de diferentes contribuintes, constituindo hipótese de dupla tributação econômica da renda. Isso porque o art. 7(1) da CM OCDE tem uma limitação objetiva: os lucros das empresas estrangeiras. Esses lucros, protegidos pelo acordo de bitributação, não poderão ser tributados no outro Estado Contratante, independentemente do mecanismo de tributação utilizado: adição do lucro do exterior, tributação consolidada, transparência fiscal completa ou reflexo da avaliação do investimento pelo Método da Equivalência Patrimonial. Até porque, a eleição de outra pessoa jurídica como contribuinte não passa de simples técnica de arrecadação, utilizada para viabilizar a tributação dos lucros do exterior, sem violação dos limites territoriais.” (TOMAZELA SANTOS, Ramon. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021, p. 279-280 – Série Doutrina Tributária, v. XLI).

¹⁶ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 489.

¹⁷ TOMAZELA SANTOS, Ramon. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021, p. 285-286 (Série Doutrina Tributária, v. XLI).

Essa incompreensão dos objetivos do art. 7º da CM-OCDE vem sendo desde sempre alertada por Luís Eduardo Schoueri, conforme o qual,

“O raciocínio assim desenvolvido peca, entretanto, ao não perceber que não é verdade que o artigo 7º se limita a proteger do imposto brasileiro as empresas sediadas no exterior. O escopo do artigo 7º não é subjetivo (as empresas), mas objetivo (os lucros das empresas). Assim, é falso o dilema que examina quem assume o ônus do imposto: a limitação do artigo 7º alcança os lucros de uma empresa de um Estado Contratante. Pouco interessa, *in casu*, indagar quem suporta o encargo. Seja a empresa estrangeira, seja a nacional, o que importa é que nem uma nem outra estão sujeitas ao imposto brasileiro calculado sobre o lucro da empresa localizada no exterior.”¹⁸

A crítica de Schoueri fica ainda mais clara quando faz menção à ilustração figurativa criada por Vogel que compara os acordos de bitributação a uma máscara que cobre o direito interno, impedindo que ele produza efeitos naquilo que é coberto e liberando a sua aplicação no que resta descoberto¹⁹.

Diante de tudo isso, a conclusão a que se chega do disposto tanto no art. 74 da MP n. 2.158, como do art. 77 da Lei n. 12.973, é que ambos afrontam o art. 7º dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil, uma vez que as referidas disposições legais, ao tributar lucro de empresas investidas no exterior como se fossem lucro de suas investidoras brasileiras, apenas fazem circundar a limitação da competência acertada na regra convencional, a qual exclui a competência brasileira para tributação de lucro gerado em empresas investidas não residentes.

E não se diga que tais disposições são regras CFC (Controlled Foreign Company)²⁰, cuja coexistência com o art. 7º da CM-OCDE decorreria do disposto no art. 1(3) da CM-OCDE e cuja aplicação seria expressamente admitida pelos Comentários à CM-OCDE. De fato, os Comentários ao § 1º do art. 7º da CM-OCDE afirmam que

¹⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordo de bitributação: reflexão sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. São Paulo: Dialética, dez. 2013, p. 74.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Parecer emitido em solicitação da Associação Brasileira de Companhias Abertas, juntado aos autos do RE n. 870.214/DF*, p. 11.

²⁰ Nas palavras de Brian Arnold: “The fundamental tax policy objective of CFC rules is to prevent taxpayers resident in one country from shifting or diverting certain income to CFCs established in lower-tax countries and from accumulating specified income in such CFCs, but at the same time, not to interfere with the use of CFCs to engage in legitimate offshore business activities, i.e. in relation to international competitiveness. In broad terms, CFC rules are intended to protect against the erosion of a country’s domestic tax base by eliminating any benefit from the diversion of tainted income to CFCs. In other words, they are intended to be prophylactic, not to raise revenue.” (ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Bulletin for International Taxation* v. 73, n. 12. Amsterdam: IBFD, dez. 2019, p. 633).

“the paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents’ participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (see also paragraph 81 of the Commentary on Article 1).”²¹

Ocorre que, além de os Comentários à CM-OCDE não configurarem interpretação cogente da Convenção, essa ressalva feita nos Comentários, que externa a possibilidade de os Estados Contratantes tributarem seus residentes mesmo diante da competência exclusiva do estado da residência, prescrita no art. 7º da CM-OCDE, só foi articulada na CM-OCDE em novembro de 2017²², razão pela qual somente os acordos celebrados pelo Brasil a partir dessa data passaram a conter disposição equivalente. E, de mais a mais, os efeitos dessa cláusula convencional, conhecida como cláusula de salvaguarda, obviamente não são interpretativos, no sentido de que seria ela desnecessária à definição dos limites de aplicação dos acordos. É regra que, caso o acordo não a contenha, não deveria ser presumida. E quando presente, seus efeitos deveriam ser produzidos a partir de sua inclusão.

Nesse sentido, mais uma vez, cirúrgicas as lições de Ramon Tomazela Santos:

“Na visão da OCDE, o art. 1(3) da CM OCDE apenas confirmaria o princípio geral de que os acordos de bitributação não restringem o direito de um Estado de tributar os seus próprios residentes, salvo nos casos expressamente excepcionados pelos Estados Contratantes. Embora o § 18 dos Comentários ao art. 1(3) da CM OCDE utilize a expressão ‘general principal’, essa cláusula convencional não pode ser considerada meramente interpretativa. Conforme apontam Georg Kofler e Isabel Verlinden, esse suposto ‘princípio geral’ jamais foi destacado antes da edição dos Comentários à CM OCDE de 2017 e, na sua ausência, a aplicação das regras distributivas dos acordos de tributação poderia restringir o direito de um Estado de tributar os seus próprios residentes. Os autores citam, como exemplo, o art. 8(1) da CM OCDE, que, antes das alterações promovidas em 2017, atribuía competência exclusiva ao Estado em que estava localizada a sede de administração efetiva da empresa de tráfego internacional aéreo ou marítimo, restringindo, assim, o poder de tribu-

²¹ Item 14 dos Comentários ao art. 7º da CM-OCDE.

²² Art. 1(3) da CM-OCDE.

tar do Estado da residência nos casos em que esses elementos (sede de administração e sede de constituição) não coincidem.”²³

De qualquer forma, as regras CFC a que se referem os Comentários são aquelas regras excepcionais, estabelecidas para evitar a transferência abusiva de renda à jurisdição alheia e o diferimento eterno da sua tributação, alcançado pela localização de subsidiárias estrangeiras ou estabelecimentos permanentes em jurisdições de baixa ou nenhuma tributação, e que subsistem exclusivamente de rendas passivas. É o que se extrai a partir do item 54 ao item 81 dos Comentários ao art. 1º da CM-OCDE. Lá a preocupação em se permitir a convivência entre normas CFCs e as demais regras da Convenção, dentre elas o art. 7º, está em evitar a utilização abusiva de acordos, de tal forma a que se construa situações de não tributação em fraude aos objetivos da CM-OCDE.

Não é o caso da regra contida no art. 74 da MP n. 2.158, tampouco da regra contida no art. 77 da Lei n. 12.973. Essas regras não são regras CFCs nos termos referidos pela CM-OCDE²⁴. Essas regras atingem o lucro de toda e qualquer controlada estrangeira, de forma incondicional, e cancelam, como explicado, os efeitos do acerto da competência exclusiva, prevista no art. 7º da CM-OCDE. Se levadas ao limite de abranger qualquer lucro apurado pela empresa controlada no exterior, fariam letra morta a competência exclusiva prevista no art. 7º da CM-OCDE e a violação ao *pacta sunt servanda*, caso não previstas no acordo que estabelece a competência exclusiva do estado da residência da empresa para tributar os lucros por esta gerados.

Assim, nem o argumento de que o art. 74 da MP n. 2.158 e o art. 77 da Lei n. 12.973 estariam a tributar lucro da controladora brasileira, nem a alegação de que estas regras se consistiriam em regras CFC revelam-se verdadeiros a ponto de afastar violação ao art. 7º dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil.

IV. A violação aos acordos que contêm cláusula de isenção para os dividendos distribuídos à controladora brasileira

Se a regra do art. 7º da CM-OCDE, eventualmente, não tem o condão de bloquear a aplicação do art. 74 da MP n. 2.158 e do art. 77 da Lei n. 12.973, é certo que tais disposições não têm o condão de afastar a isenção do imposto de renda acertado em alguns dos acordos firmados pelo Brasil como método de eliminação da dupla tributação. É o caso, por exemplo, dos acordos firmados com a Áustria e com a Espanha, os quais estabelecem, respectivamente, nos arts. 23.²⁵

²³ TOMAZELA SANTOS, Ramon. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021, p. 279-280 (Série Doutrina Tributária, v. XLI).

²⁴ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 493.

²⁵ “Os dividendos pagos por uma sociedade residente da Áustria a uma sociedade residente do Bra-

e 23.4²⁶ que os dividendos recebidos por uma sociedade residente no Brasil serão isentos do imposto brasileiro.

Assumindo-se o argumento de que os lucros tributados pelo art. 74 da MP n. 2.158 e pelo art. 77 da Lei n. 12.973 são lucros da controladora brasileira, apurados com base no método da equivalência patrimonial, o que seria a justificativa para permear a tributação exclusiva do estado da residência onde se encontra a empresa estrangeira controlada, tal premissa necessariamente impõe o reconhecimento de que esse lucro deveria equivaler aos lucros a serem distribuídos por essa controlada no exterior, ou seja, aos dividendos a serem pagos por essa entidade. Não havendo tal equivalência, não haveria como se sustentar a disponibilidade desse lucro pela controladora.

Assim, ao fim e ao cabo, a tributação de lucros junto à controladora brasileira, apurados com base no ajuste do valor do investimento na controlada estrangeira, ou mesmo pela direta adição de lucros da controlada à base tributável no Brasil, nada mais é do que uma distribuição fictícia desses lucros. Tanto é assim que o art. 1º, § 6º, da IN n. 213/2002, que regulamenta o art. 74 da MP n. 2.158, determina a consolidação no exterior do lucro das controladas indiretas na controlada direta para, só depois, aferir o montante a ser adicionado à base tributável no Brasil. Se devem ser consolidados antes de adicionados à base tributável no Brasil é porque se equiparam aquilo que poderia ser distribuído à controladora brasileira – àquilo que poderia ser o dividendo recebido.

Para Alberto Xavier, “Em favor desta tese pesa o fato de a legislação brasileira considerar que os prejuízos das controladas estrangeiras não são passíveis de compensação no Brasil, pelo que os lucros tributáveis correspondem grosso modo aos valores passíveis de serem pagos ao controlador no Brasil a título de dividendo.”²⁷

O art. 74 da MP n. 2.158 e suas disposições regulamentares determinam, por conseguinte, a distribuição fictícia de lucros de controladas no exterior, antecipando a tributação no Brasil dos correspondentes dividendos para o final de cada ano-calendário. Trata-se de norma antidiferimento.

A partir da vigência da Lei n. 12.973²⁸ a consolidação na controlada direta deixou de existir, uma vez que o art. 76 da lei determina que a controladora brasileira “deverá registrar em subcontas da conta de investimentos ... o resultado

sil que possua no mínimo 25 por cento das ações do capital da sociedade que paga os dividendos serão isentos do imposto de sociedade no Brasil.” (Art. 23, § 2º, do Acordo Brasil-Áustria).

²⁶ “Quando um residente do Brasil receber dividendos que de acordo com as disposições da presente Convenção sejam tributáveis na Espanha, o Brasil isentará de imposto esses dividendos.” (Art. 23, § 4º, do Acordo Brasil-Espanha)

²⁷ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 482.

²⁸ Possível somente até 2029, como se concessão fosse, conforme prescreve o art. 78 da Lei n. 12.973.

contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta se suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior, ...". Ou seja, a personalidade jurídica da controlada direta no exterior é desconsiderada para fins de tributação do lucro das controladas indiretas.

Tal disposição, entretanto, não invalida a que se chegue à mesma conclusão: tributa-se lucros de empresas residentes no exterior que só seriam tributados no Brasil caso distribuídos na forma de dividendos. No caso das controladas indiretas há, ainda, o agravante de que esses lucros fictícios tributados no Brasil podem sequer corresponder ao montante de lucros reais que seriam distribuídos, pois se consolidados em controladora direta que apresenta prejuízo seriam parcial ou totalmente consumidos, o que significa que no Brasil se estaria a tributar acréscimo patrimonial e a estabelecer presunção de disponibilidade inexistentes. A inconstitucionalidade parece ser flagrante.

A inclusão dos lucros das controladas diretas e indiretas na base de cálculo do IRPJ e da CSLL da controladora brasileira consiste, para fins tributários, em distribuição *ex lege* do lucro das controladas no exterior, apresentando o mesmo efeito da tributação de dividendos a serem distribuídos por essas controladas, e se não isso, tributação inconstitucional de acréscimo patrimonial inexistente e obviamente indisponível.

Assim, em se tratando de tributação de dividendos, ou como se dividendos fossem, pois o nome que se dê a eles e a forma de sua apuração não deveriam alterar sua natureza, não há como serem aplicadas as regras do art. 74 da MP n. 2.158 e do art. 77 da Lei n. 12.973 sem que se afronte o art. 98 do CTN, caso haja acordo de bitributação estipulando isenção no Brasil sobre dividendos que seriam tributados no estado da residência da controlada. Ao determinar a inclusão desses fictícios dividendos na base de cálculo da controladora brasileira, o art. 74 da MP n. 2.158, assim como o art. 77 da Lei 12.973 estão tirando todo o efeito da isenção acordada no acordo de bitributação, o que afronta não só o acordo, mas indiretamente o art. 98 do CTN.

Note-se que a aplicação do art. 74 da MP n. 2.158 ou do art. 77 da Lei n. 12.973, à revelia do que dispõem os acordos que prescrevem isenção, submete a empresa controladora a uma tributação muito mais onerosa que seria aquela em que ela tivesse efetivamente, e não presumidamente, recebido dividendos distribuídos pela controlada. É que com a distribuição presumida de dividendos pela controlada a controladora brasileira terá essa renda tributada a uma alíquota de 34%, aplicável, como regra, àquelas empresas sujeitas ao lucro real. Doutra banda, caso os dividendos sejam efetivamente distribuídos pela controlada, essa tributação deve ser isenta no Brasil, conforme dispõe o art. 23 dos Acordos que prescrevem o método de isenção, e no máximo de 15% no estado da fonte paga-

dora da renda, conforme prescreve, por exemplo, o art. 10.2 dos acordos com a Áustria e a Espanha²⁹.

Tal constatação demonstra que a aplicação do art. 74 da MP n. 2.158 ou do art. 77 da Lei n. 12.973 cancela os efeitos dos acordos que prescrevem isenção aos dividendos distribuídos por empresas controladas e coligadas, o que parece configurar claramente uma situação de abuso de tratado³⁰, e, conseqüentemente, afronta a tais acordos e ao art. 98 do CTN.

O entendimento externado pelo Ministro Gilmar Mendes acaba por reforçar essa conclusão. Conforme visto, de acordo com o seu voto no RE n. 870.214, o art. 74 da MP n. 2.158 não afrontaria o art. 7º dos acordos firmados pelo Brasil, porque a regra teria o propósito de evitar a bitributação, o que não aconteceria com a aplicação do art. 74. Como o art. 74 da MP n. 2.158 estaria sujeitando lucro da controladora brasileira à tributação no Brasil e o art. 7º dos acordos o lucro da controlada na jurisdição de sua residência, não haveria que se falar em bitributação, porque tais regras estariam tratando da tributação de diferentes entidades. Não haveria bitributação jurídica. Quando muito haveria dupla tributação econômica, o que escaparia ao objeto dos tratados.

Se assim for, o art. 74 da MP n. 2.158 não poderia se sobrepor ao que dispõe o art. 23 dos acordos de bitributação que preveem isenção para renda apurada por empresa investidora brasileira advinda por meio de dividendos, ou seja, lucro distribuído pela controlada ou coligada. Isso porque o art. 23 dos acordos tem justamente a função de evitar a dupla tributação econômica, a qual ocorre quando ambos os estados contratantes se reservam o exercício de competência tributária sobre a mesma renda. No caso da distribuição de dividendos, tanto o estado fonte como o estado da residência têm tal competência³¹. Assim, para que se evite ou minimize a dupla tributação, decidem as partes, em regra, pela conferência de crédito ou de isenção à entidade beneficiária da renda. Daí que, nos casos em que há isenção, determinar a tributação de beneficiária de renda advinda de lucro de controlada, mesmo que apurada na forma de distribuição presumida, calculada por equivalência patrimonial, ajustada ou não, nada mais é do que desconsiderar a isenção determinada pelo acordo. Tem-se, por consequência, violação ao acordo e ao art. 98 do CTN.

V. Conclusões

1. Os arts. 74 da MP n. 2.158 e 77 da Lei n. 12.973 estabelecem de fato a tributação da renda – lucro – de empresas controladas no exterior.

²⁹ Acordos que preveem a isenção no Brasil para dividendos pagos por empresas estabelecidas nos estados da fonte pagadora.

³⁰ Ver sobre o tema LANG, Michael. CFC regulations and double taxation treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation: Tax Treaty Monitor* v. 57, n. 2. Amsterdam, 2003, p. 57.

³¹ Art. 10 da CM-OCDE.

2. A aplicação do MEP para apuração do resultado tributável da controladora brasileira é um artifício utilizado para contornar a competência exclusiva do estado da residência da empresa controlada, onde se originou o lucro apurado pelo MEP.

3. Os acordos para evitar a dupla tributação da renda não necessariamente excluem de seus objetivos a dupla tributação econômica da renda.

4. O art. 7º da CM-OCDE tem por objetivo evitar a dupla tributação de determinado lucro, que só perde identidade e a proteção do artigo quando distribuído como dividendo. Tributar lucro na empresa controladora, que não tenha originado diretamente esse lucro, vai de encontro aos objetivos do art. 7º da CM-OCDE.

5. As regras CFC que afastam a aplicação do art. 7º da CM-OCDE preveem circunstâncias excepcionais. São regras que têm por objetivo evitar o diferimento eterno da tributação da renda, alcançado pela localização de subsidiárias estrangeiras ou estabelecimentos permanentes em jurisdições de baixa ou nenhuma tributação, e que subsistem exclusivamente de rendas passivas.

6. As regras brasileiras encontradas no art. 74 da MP n. 2.158 e no art. 77 da Lei n. 12.973 não são regras CFC, pois atingem o lucro de toda e qualquer controlada estrangeira, de forma incondicional, e cancelam os efeitos do acerto da competência exclusiva, prevista no art. 7º da CM-OCDE.

7. Os acordos de bitributação firmados pelo Brasil que contêm cláusula que isenta os dividendos de tributação no Brasil bloqueiam a aplicação dos arts. 74 da MP n. 2.158 e 77 da Lei n. 12.973. A aplicação dessas regras à revelia da isenção prevista nesses acordos levaria a uma tributação mais onerosa que aquela incidente caso os lucros fossem efetivamente distribuídos à controladora brasileira.

Bibliografia

- ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Bulletin for International Taxation* v. 73, n. 12. Amsterdam: IBFD, 2019.
- ÁVILA, Humberto. Disponibilidade jurídica e poder decisório. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Direito tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019.
- DOURADO, Ana Paula. The role of CFC rules in the BEPS initiative and in the EU. *British Tax Review* n. 3. Londres, 2015.
- LANG, Michael. CFC regulations and double taxation treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation: Tax Treaty Monitor* v. 57, n. 2. Amsterdam, 2003, p. 51-58.

- PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O novo regime de tributação em bases universais das pessoas jurídicas previsto na Lei n. 12.973/2014: as velhas questões foram resolvidas? *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: IBDT, 2015.
- ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022.
- SANDLER, Daniel. OECD Model Treaty and CFC legislation. In: SANDLER, Daniel. *Tax treaties and controlled foreign company legislation: pushing the boundaries*. 2. ed. The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1998. cap. 4, p. 85-108.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordo de bitributação: reflexão sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. São Paulo: Dialética, dez. 2013.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Parecer emitido em solicitação da Associação Brasileira de Companhias Abertas, juntado aos autos do RE n. 870.214/DF*.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Controlled foreign company legislation in Brazil. In: KOFLER, Georg et al. (ed.). *Controlled Foreign Company Legislation*. Amsterdam: IBFD, 2020. cap. 7.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional. Acordos de bitributação. Imposto de Renda: lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior. Disponibilidade. Efeitos do artigo 74 da MP n. 2.158-35. *Revista Direito Tributário Atual* v. 16. São Paulo: IBDT, 2001.
- TOMAZELA SANTOS, Ramon. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021. (Série Doutrina Tributária, v. XLI).
- TOMAZELA SANTOS, Ramon. *Tributação global da renda: Pillar 2, Regras de CFC e tributação em bases universais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/R T, 2026.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. rev. e atual. Colab. Roberto Duque Estrada e Renata Emery. Rio de Janeiro: Forense, 2015.