

## Possibilidade de Tributação em Bases Territoriais no Sistema Jurídico Brasileiro – Ofensa ao Princípio da Universalidade?

### *Is a Territorial-based Taxation Possible in Brazilian Legal Order – Offense to the Principle of Universality?*

Michell Przepiorka

*Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito  
Tributário – IBDT. Pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Tributário  
Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT.  
Advogado em São Paulo. E-mail: michellprzepiorka@hotmail.com.*

#### *Resumo*

Nos últimos anos, o direito tributário internacional passou por inúmeras reformas, entre as quais as mais importantes seriam o projeto BEPS patrocinado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e a recente reforma americana realizada sobre o imposto sobre a renda. Apesar de adotar algumas medidas sugeridas pelo projeto BEPS, pode-se afirmar que por enquanto o Brasil saiu incólume a estes movimentos internacionais, mas a pressão internacional demandará reformas no sistema tributário atual, principalmente no imposto sobre a renda. Neste contexto, o presente artigo buscará identificar se uma migração para um sistema territorial seria autorizada pela atual Constituição Federal. Para tanto apresentaremos as principais características de um sistema universal e de um sistema territorial, como os elementos de conexão que lhe são comuns – fonte e residência –, e as principais críticas que lhe são postas pela doutrina em âmbito internacional e doméstico. Ao fim, analisamos as características do sistema tributário nacional e quais os argumentos favoráveis e contrários a uma possível adoção do sistema territorial.

*Palavras-chave:* tributação em bases universais, territorialidade, fonte e residência.

#### *Abstract*

In recent years, the international taxation testified many reforms, among which the most important are the BEPS project fostered by The Organization for Economic Co-operation and Development and the recent Tax Jobs and Cuts Act enacted by President Trump in the United States of America. Despite adopting some proposal of the BEPS project, it could be said that Brazil has not been seriously affected by such reforms for now, but eventually Brazil is going to study a comprehensive reform due to in-

ternational pressure. In this context, the present paper aims to examine whether a migration towards a territorial-based taxation would comply with the Brazilian Constitution. In order to do so, we present the key characteristics of a worldwide-based and of a territorial-based tax system, such as economic links normally associated with which one, and the main critics made over them. Finally, we analyze the key features of the Brazilian tax system to identify reasons for or against the adoption of a territorial-based taxation.

*Keywords:* worldwide-based taxation, territoriality, source and residency.

## Introdução

O Direito Tributário Internacional passou por uma revolução, um furacão chamado BEPS que prometia derrubar os alicerces do sistema tributário internacional tal como este havia se consolidado desde o início do século XX. Passada a tormenta, entretanto, percebe-se que o BEPS derrubou telhados, mas não alterou fundações<sup>1</sup>.

O modo pelo qual rendimentos oriundos de transações internacionais são tributados é uma questão de política fiscal dos Estados, ainda que influenciados pelo cenário internacional<sup>2</sup>. Os países em desenvolvimento devem adaptar sua política fiscal internacional às suas necessidades políticas, jurídicas e econômicas (VALADÃO, 2017, p. 176-180), pois como bem observa Valadão, “a relação do sistema tributário nacional (de cada país especificamente considerado) e a forma como os gastos tributários são concebidos (benefícios fiscais) e de como são efetivadas as despesas públicas tem implicação direta com o desenvolvimento” (2017, p. 181).

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o Brasil passou a adotar o critério da universalidade da tributação de rendimentos, mas só veio alterar seu sistema jurídico para implementá-lo em relação a pessoas jurídicas em 1995. Atualmente, o mundo passa por uma grande incerteza no que diz respeito às políticas tributárias internacionais com o início da implementação dos resultados do Projeto BEPS, de um lado, e a recente reforma americana de outro.

---

<sup>1</sup> “The BEPS project left the fundamental structure of the international tax system unchanged but proposed a number of actions with the aim of eliminating or narrowing some of the main tax-planning routes available at the time.” (DEVEREUX; VELLA, 2018, p. 551)

<sup>2</sup> “International tax policies are not crafted in a vacuum. Residence and host countries make strategic policy choices that result in an outcome affected by the interaction of those policies with the chosen strategies of other countries. In other words, one country’s policies affect the outcome of another country’s policies and vice versa. Therefore, policy planners must be aware of actions taken by other countries with tax policies that may influence domestic economic behavior and must devise their country’s policy in a way that would best serve the country’s interests.” (DAGAN, 2000, p. 949)

Nesse contexto que ora se apresenta é que o Brasil pode ter de adaptar a sua própria política relativa à tributação de rendimentos auferidos no exterior, com o objetivo de tornar o ordenamento jurídico mais competitivo no âmbito internacional da perspectiva de atração de investimentos diretos.

O presente trabalho tem por objetivo problematizar a potencial adoção de tal critério pelo Brasil, a partir do princípio da Universalidade constitucionalmente contemplado. Para isso dedicaremos aos princípios que tradicionalmente orientam os países na formatação de sua política tributária internacional.

Na segunda seção, passaremos a apresentar as dificuldades relacionadas à adoção de uma tributação em bases universais, principalmente quando vinculada à residência como elemento de conexão.

Na terceira seção, tentaremos responder se a tributação em bases territoriais é a resposta aos problemas decorrentes da tributação em bases universais, para, ao fim, verificarmos se haveria impedimentos para a tributação em bases territoriais no ordenamento jurídico brasileiro.

## **1. Universalidade e territorialidade: a tradicional dicotomia fonte x residência em xeque**

A tributação exerce importante papel na arrecadação dos Estados, servindo como meio de apropriação legítima de recursos dos particulares para conformação das despesas públicas. Com a concepção de um Estado Democrático de Direito, o poder de tributar deixa de ser uma liberdade absoluta dos governantes e passa a sofrer limitações, de ordem quantitativa (e.g., princípio da proibição ao confisco), como de ordem qualitativa (e.g., legalidade e igualdade).

Quando se pensa na elaboração de um sistema tributário doméstico, cabe ao legislador determinar a política fiscal de seu ordenamento de acordo com os valores normativos compartilhados por seus constituintes (DAGAN, 2013, p. 57), manto sob o qual se tenta acomodar o *trade-off* entre equidade e eficiência (SCHOUERI, 2018, p. 32), na medida em que tentam alcançar certos objetivos econômicos<sup>3</sup>, que podem variar de país a país de acordo com seu grau de desenvolvimento<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> “Many of the goals or objectives commonly attributed to tax policy in developing countries are really those of public policy as a whole. Economic growth, internal and external stability, and the attainment of an appropriate distribution of income and wealth fall into this category. Taxation is of course only one, and by no means necessarily the most important, means of achieving such national objectives. Indeed, the potential efficacy of taxes in achieving many of these purposes has often been exaggerated. Nevertheless, since taxes are one of the most pervasive instruments of government policy in any economy it is both inevitable and proper that the effects of taxation on such general public policy objectives as growth, stability and distribution should be taken explicitly into account in designing the tax system.” (BIRD, 1990, p. 400)

<sup>4</sup> “Literature on the subject generally assumes that the goals of promoting economic growth and

A princípio, a escolha pela tributação ou não das operações internacionais, seu grau de intensidade (base de cálculo e alíquota) e momento de incidência também estariam dentro do quadro de opções do legislador quando da elaboração de uma política fiscal (SCHINDEL, 2005, p. 798).

Se até o advento da Primeira Guerra Mundial não existiam “regras claras, admitidas internacionalmente, que servissem como parâmetro para o poder de tributar dos países em relação às situações, pessoas ou objetos que tangenciassem dois ou mais ordenamentos jurídicos” (VASCONCELLOS, 2005, p. 154), a partir da década de 1920, pode-se afirmar que se consolidou o modelo de tributação internacional desenvolvido a partir dos trabalhos de Bruins, Stamp, Seligman e Eunadi (LEAGUE OF NATIONS ECONOMIC AND FINANCIAL COMMISSION, 1923).

Da ausência de normas passou-se paulatinamente à consolidação de alguns princípios gerais<sup>5</sup>, dentre os quais se destacaria a necessidade de um elemento de conexão entre os fatos que ensejam a tributação e o Estado tributante (SCHOUERI, 2005, p. 326)<sup>6</sup>.

O elemento de conexão é, segundo nos ensina Xavier, “o elemento da previsão normativa que, determinando a ‘localização’ de uma situação da vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação” (2015b, p. 213). Referida conexão pode ser pessoal (residência ou nacionalidade) ou real (fonte, pertença econômica, local de pagamento, enfim, uma situação material ligada ao território) (SCHOUERI, 2005, p. 336-337).

A opção pelo elemento de conexão deve ser realizada considerando, entre outros fatores, a política de atração de investimentos do país. As políticas fiscais não são criadas no vácuo, os Estados interferem e sofrem interferência da política fiscal dos demais Estados na conformação de sua estratégia fiscal internacional (DAGAN, 2000, p. 949).

Nesse cenário caótico, os países tendem a formular sistemas jurídicos com elementos de conexão diversos a depender de se está tratando de um residente ou um não residente (SCHINDEL, 2005, p. 799). Regra geral, os

---

social justice are shared by developed and developing countries; however, a number of major differences between developed and developing countries may call for different tax designs. These differences include variations in industry type (primarily the relatively high shares of agricultural and small businesses in developing countries), in the size of administrative and compliance costs, in the levels of corruption, in the levels of monetization in the economy, in political constraints, and in the relative size of the informal economy.” (AVI-YONAH; MARGALIOH, 2007, p. 4)

<sup>5</sup> O que inclusive levou Avi-Yonah a sustentar a existência de um sistema tributário internacional (AVI-YONAH, 2007, p. 1).

<sup>6</sup> Stjepan Gadžo expõe os fundamentos e as críticas que se colocam à corrente minoritária que defende a possibilidade de tributação sem a existência de um nexo (2018, p. 198-199).

residentes estão submetidos a critérios de conexão pessoais e não residentes a elementos de conexão materiais, dificilmente se atendo a uma única espécie de neutralidade.

Nessa toada, os economistas iniciaram a desenvolver teorias que justificassem a tributação no plano jurídico doméstico e no plano jurídico internacional<sup>7</sup>. Embora os princípios da capacidade contributiva e do benefício pudessem ser apontados como guias para implementação de regras de alocação de competência, no plano internacional, a tributação ótima seria orientada pelo ideal de neutralidade do capital (TURLEY; CHAMBERLAIN; PETRICIONE, 2017, 4.1.1. Principles and policies), cujas principais vertentes são a neutralidade da importação de capitais (CIN), apontada como base teórica para a tributação na fonte, e a neutralidade da exportação de capitais (CEN), base teórica para a tributação na residência (GRAETZ, 2001, p. 1.365), ainda que outras sejam apresentadas hodiernamente na doutrina, como a neutralidade da propriedade do capital (CON), a neutralidade nacional (NN) ou a neutralidade do mercado (MN)<sup>8</sup>.

A doutrina tradicionalmente aponta a superioridade do CEN, indicando uma prevalência da tributação na residência sobre a tributação na fonte<sup>9</sup>. Seus defensores sustentam que só o país da residência pode verificar as circunstâncias pessoais dos contribuintes, de acordo com o princípio da capacidade contributiva, e apurar sua renda universal (BECKER, 2016, p. 199). Afirmação que hoje poderia ser posta em xeque com a grande rede de troca de informações e assistência administrativa.

Ainda assim, essa visão da prevalência da tributação na residência acabou refletida nos modelos OCDE e ONU para evitar a dupla tributação em que prevalecem dispositivos que atribuem à residência os direitos de tributar os rendimentos (BIANCO; SANTOS, 2016, p. 324). O que atraiu a crítica de alguns autores quanto à necessidade e à pertinência de países em desenvolvimento assinarem novos tratados para evitar a dupla tributação<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> “History can serve to show us that, ever since the uncertain beginnings of income tax in England amidst the Napoleonic wars, governments have always found it necessary to justify its imposition in respect of a particular segment of the society. This is a natural consequence of the basic economic effect of income tax: a share of the pretax income derived by the private actors (individuals and legal entities) is extracted from them in the form of income tax by the government, thus reallocating the economic power from the hands of the private sector to the public sector. Justifying this effect entails not only a consideration of the role of taxes in general and income taxes in particular, but also the intertwined issue of ascertaining the persons that ought to share the burden of public financing via taxation.” (GADŽO, 2018, p. 204)

<sup>8</sup> Sobre o tema vide: WEISBACH, 2018.

<sup>9</sup> “One of the most powerful theorems in the literature on international taxation and capital allocation is that residence based taxation is superior to source based taxation.” (BECKER; FUEST, 2011, p. 28)

<sup>10</sup> Por todos, DAGAN, 2000, p. 939-996.

Passados quase 100 anos deste modelo, percebe-se uma latente insubsistência do paradigma clássico com a deterioração dos conceitos tradicionais de fonte e de residência (SCHÖN, 2009, p. 68-70). O mundo gira e o contexto econômico evolui drasticamente<sup>11</sup>, a globalização impacta bruscamente o modelo de negócios e com o aumento da importância da economia digital, surge a necessidade de novos ou a aprimoração dos antigos elementos de conexão (BIANCO; SANTOS, 2016, p. 320).

A competição fiscal é elemento que interfere na dicotomia entre CIN e CEN<sup>12</sup>, e, portanto, na política fiscal dos países<sup>13</sup>, o que tem ganhado o enfoque da doutrina (BRAUNER, 2013, *en passant*) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>14</sup>, repercutindo principalmente no modo pelo qual países em desenvolvimento desenham seus ordenamentos jurídico-tributários na perspectiva internacional<sup>15</sup>.

Em termos econômicos, deve ser dada voz às críticas de Devereux, que após demonstrar as dificuldades que hoje enfrentam os tradicionais conceitos de neutralidade, afirma que em um mundo em que a taxa de retorno pós-impostos corporativos requerida para todas as empresas é a mesma, a eficiência produtiva não pode ser alcançada através de tributação na fonte ou na residência<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> “El esquema de dichos tratados se estructuró em función de las características del mundo económico de la primera mitad del siglo XX. El comercio internacional se basaba, fundamentalmente, en el intercambio de bienes entre empresas generalmente independientes y en el que la presencia física para conducir un negocio o prestar un servicio era prácticamente indispensable.” (SCHINDEL, 2005, p. 799)

<sup>12</sup> Sobre o tema vide, por exemplo, Galendi Júnior, 2015, p. 396 e ss.

<sup>13</sup> Nessa linha a crítica de Dagan: “Rather than a regime governed by a state with an almost monopolistic power to set the rules for a pre-determined group of constituents – where the state can dictate the rules and enforce them by using its coercive power, states now face a competitive market where they increasingly act as recruiters, bidding for residents. In this market states increasingly rely on their market power, rather than their coercive sovereign powers in order to collect taxes. Competition, has thus transformed tax sovereignty. Although sovereigns insist on preserving their formal exclusive authority in tax matters, the truth of the matter is that under competition, it is often the international market of states, rather than the individual sovereign state, that shapes tax policies.” (DAGAN, 2017, p. 13-14)

<sup>14</sup> Por exemplo, o projeto BEPS ou o relatório sobre competição tributária danosa de 1998.

<sup>15</sup> Nessa toada, percebe-se o direcionamento da carga tributária aos elementos de produção de riqueza menos voláteis, perdendo-se de vista elementos clássicos na orientação de políticas fiscais, como os ideais de eficiência e equidade (DAGAN, 2013, p. 63 e seguintes).

<sup>16</sup> “In a world where the post-corporation tax rate of return required for all companies is the same, production efficiency cannot be achieved by residence – or source-based taxes unless they are fully harmonised. In the absence of sufficient international agreement to achieve that outcome, a question arises as to whether it is possible to identify which of these two forms of taxation generate the greater welfare costs? Source-based taxation distorts location choice and competition generated by international trade; residence-based taxation distorts competition generated by cross-border investment and international trade. However, given that all these factors are closely related – for example, decisions of location involve the choice between cross-border investment and

Importante consignar, por fim, a crítica de Dagan de que sob o véu teórico da neutralidade esconde-se em verdade os interesses dos Estados em conformar seu sistema jurídico tributário como melhor lhe convém. Segundo a autora, a neutralidade parcial que os Estados objetivam alcançar derivara sua validade de uma neutralidade global, e na medida em que esta não pode ser realisticamente alcançada, a primeira não possui validade, tratando tão somente de um conflito de interesses entre os Estados (DAGAN, 2018, p. 10-11).

Na próxima seção trataremos das dificuldades específicas relativas a tributação na residência em um contexto internacional e as particularidades brasileiras, principalmente no que diz respeito à aplicação de normas CFC.

## **2. A tributação em bases universais**

### **2.1. Dificuldades comuns**

A dicotomia entre fonte e residência é o vetor principal que orienta as políticas fiscais desde o início do século XX (ROSENZWEIG, 2015, p. 473), em que pese a inexistência de uma aplicação uniforme destes termos<sup>17</sup>. Importante notar, entretanto, que na ausência de uma uniformidade acerca do que se deve entender por fonte ou residência, não se pode afirmar que sejam conceitos arbitrários<sup>18</sup>.

Não há, portanto, uma definição específica do termo “residência”, sendo deixado aos Estados definir os critérios que serão adotados para que determinada pessoa física ou jurídica esteja sujeita à tributação em bases universais, em seu território. Ocorre que existem diversos critérios que podem ser utilizados pelos Estados para que um contribuinte (pessoa física ou jurídica) seja apontado como residente em um Estado, entre os quais se pode citar, por exemplo, o lugar de administração efetiva, o lugar da incorporação etc.

Sabe-se que pelos mais diversos motivos, a atualidade é marcada pela concentração de atividades em pessoas jurídicas, o que causa grande dificuldade na definição da competência para tributação, pois como se trata de uma ficção jurídica, além da possibilidade de suas funções serem realizadas em diferentes lugares, sua residência pode ser alterada com maior facilidade que a de um indivíduo (CUI, 2017, p. 246).

---

trade – any argument in favour of one form of taxation on this basis would be precarious.” (DEVEREUX, 2008, p. 17)

<sup>17</sup> Ver as críticas de Cui, 2017, p. 245-270 e de Vogel, 1998, p. 216-229.

<sup>18</sup> Segundo Schoueri: “Os princípios da fonte e da residência, vale insistir, não têm origem arbitrária. Foram, ao contrário, as respostas encontradas pelos diversos ordenamentos para a identificação de capacidade contributiva e, portanto, para a pertinência econômica exigida pelo Direito Tributário Internacional. Ou seja: não se busca a residência ou fonte, por si mesmas, o que se procura é um elemento que indique suficiente conexão com o Estado (pertinência econômica), sendo a residência ou fonte, pois índices daquela pertinência.” (SCHOUERI, 2012, p. 150)

Essa artificialidade da residência de pessoas jurídicas e a globalização das atividades econômicas levam Devereaux a pôr em dúvida a validade dos elementos de conexão que tradicionalmente justificaram a tributação em bases universais por um Estado<sup>19</sup>. Além disso, a pluralidade de fatores de alocação de competência na residência pode ter como consequência que um indivíduo possua dupla residência ou, a depender, que não possua residência para fins de tributação. Essas situações podem acontecer ao acaso ou serem implementadas deliberadamente por contribuintes com o escopo de implementar planejamentos tributários (agressivos).

Não se pode esquecer também da importância crescente da economia digital e das novas tecnologias, entre as quais se cita a impressão 3-D, a disponibilização de serviços na nuvem (e.g., *Software as a service*) e a utilização de criptomoedas no pagamento de transações internacionais, o que implica a desnecessidade de vinculação a um ordenamento jurídico específico e dificulta ainda mais a captação dessas riquezas pelos Estados<sup>20</sup>. A alta mobilidade de intangíveis permite a dissociação entre o local de sua criação e onde serão alocados os lucros decorrentes de sua disponibilização no mercado<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> “In a typical multinational company, then, some activity of the company may be taking place in the country of the headquarters, but those activities are best seen as just one of the many and varied activities that the company undertakes worldwide. It is not clear why that justifies that country taxing the worldwide income of the company. Certainly it is hard to make a case that the location of the management, or the place at which the company primarily raises finance, or the place in which it is listed, or some other aspect of the headquarters, is the crucial element of the company which justifies the government of that country taxing the worldwide income of the company.” (DEVEREUX, 2008, p. 21) No mesmo sentido a observação de Dagan: “Residence-based taxation could have served to ensure that taxes are paid by MNEs on their world-wide income. The reality of tax competition, however, is different, as old concepts that have guided the taxation of corporations, most prominently – the concept of corporate residency are being challenged. When (even) residency is a choice, and in particular when it can be separated from other features of corporate activity, states find it increasingly hard to tax corporations, and are continuously looking for ways to bring corporate taxpayers under their respective taxing jurisdictions.” (DAGAN, 2017, p. 3)

<sup>20</sup> Sobre as dificuldades da captação de riquezas relacionadas a serviços digitais: Ostwal, 2017, p. 48-69.

<sup>21</sup> “De la Feria described the digital economy as a collective name for a range of different activities, all with their own specific characteristics and including online shopping, the ‘sharing economy’ (Uber, Airbnb), the way in which new economic structures are being created and the dominance of intangibles. The combined effect of these separate aspects is having an impact on the very foundations of our international tax system, where states’ right to impose tax is based on two fundamental elements: ‘substantive jurisdiction’ and ‘enforcement jurisdiction’. The first of these elements relates to the legitimacy of taxes imposed, while the second relates to a state’s ability to collect taxes imposed. Together, these elements form the basis for determining in a relatively straightforward way – at least in a traditional, physical and territorial economy – which state is entitled to impose tax. The situation is very different, however, in a globalized and digitalized economy, where it is almost impossible to determine which state has both substantive and enforcement jurisdiction. From this, De la Feria concluded that today’s new reality is seriously under-



Além disso, a assimetria de informações entre autoridades administrativas e contribuinte retira em grande medida a eficácia das normas de tributação em bases universais em sociedades com pouca tendência à conformidade tributária espontânea, o que acarreta o aumento de custos para fiscalização dos contribuintes ou a ineficácia da norma. É verdade que hoje com o aumento exponencial da rede de acordos de troca de informações essa assimetria tende a desaparecer, mas não necessariamente haverá a diminuição de custos para fiscalização, haja vista a necessidade de filtrar a informação recebida do exterior e alocar agentes para a fiscalização<sup>22</sup>.

Esse ponto pode ser bem exemplificado com a experiência brasileira na tributação de bases universais de pessoas físicas. Apesar desta ter sido introduzida em 1988, com a promulgação da Lei n. 7.713/1988, a norma dependia muito da declaração do contribuinte para incidência do imposto sobre a renda, o que às vezes escapava ao controle da Receita Federal, conforme se depreende das listas vazadas no Swissleaks<sup>23</sup> e no Panama Papers<sup>24</sup>.

O que resultou na introdução de um programa de abertura (Regime especial de regularização cambial e tributária – RERCT<sup>25</sup>) – decorrente da transição de um regime de sigilo fiscal para um regime de transparência (FERREIRA NETO; PAULSEN, 2016, p. 15-19) – que, associado à implementação da troca de informações decorrente da assinatura da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária<sup>26</sup> e da implementação do FATCA<sup>27</sup>, reverteu em uma arrecadação de quase 50 bilhões de reais<sup>28</sup>, revelou a ineficiência da norma de tributação em bases universais em seu potencial arrecadador.

De outra parte, a alocação de fatores de produção e organizacionais de multinacionais em nível global associada à desmaterialização da economia e o crescimento da importância dos intangíveis demonstrou a fragilidade dos elementos de conexão tradicionalmente utilizados. A crescente erosão de bases e

---

mining the very foundations of our current tax system.” (SCHIPPERS; VERHAEREN, 2018, p. 62)

<sup>22</sup> “It is this author’s opinion that OECD countries may have a greater benefit from the instruments to exchange information. The main reason is that exchange of information may result in more revenue for countries that have the technological and administrative resources to deal with the information exchanged.” (VALDERRAMA, 2015, 5.1. General issues)

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/swissleaks-pf-mira-660-brasileiros-com-contas-secretas-na-suica-22642151>>.

<sup>24</sup> Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160405\\_panama\\_papers\\_america\\_latina\\_lab](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160405_panama_papers_america_latina_lab)>.

<sup>25</sup> Lei n. 13.254/2016.

<sup>26</sup> Decreto n. 8.842/2016.

<sup>27</sup> Decreto n. 8.506/2015.

<sup>28</sup> Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/noticias/2016/novembro/receita-fala-sobre-diferenca-entre-valores-declarados-e-arrecadados-no-rerct>>.

transferência de lucros entre empresas associadas reveladas com a exposição de grandes planejamentos tributários demonstraram a fragilidade da aplicação das tradicionais regras de tributação internacional.

Todos esses problemas evidenciam algumas das dificuldades que os Estados enfrentam na aplicação de suas atuais e na elaboração de novas normas capazes de captar a riqueza e, portanto, ensejar a tributação na atualidade.

## **2.2. “Jaboticabas”: tributação em bases universais brasileiras**

O regime de tributação universal foi adotado como regra geral para as pessoas físicas após sua adoção inicial pelo Decreto-lei n. 1.168/1939 (PE-DREIRA, 1969, cap. 2, p. 83), ainda que a apuração tenha variado ao longo do tempo, até chegar ao modelo adotado atualmente na Lei n. 7.713/1988. De outro lado, para pessoas jurídicas, a tributação em bases universais somente foi instituída em 1995 com a promulgação da Lei n. 9.249/1995<sup>29</sup>, revelando um descompasso de tratamento até então.

Note-se que quando se pensa em tributação em bases universais, talvez a maior particularidade no sistema jurídico brasileiro seja o alcance de suas regras de controladas e coligadas no exterior (Controlled Foreign Corporation rules – CFC). Adotaremos a nomenclatura “normas de TBU” para nos referir ao que seriam as normas brasileiras CFC, pois estas fogem às características normalmente associadas a essas regras no plano internacional<sup>30</sup>.

Historicamente referidas normas foram criadas nos Estados Unidos em 1962 com o objetivo de fiscalizar a tributação em bases universais, sendo posteriormente adotadas por outros países, normalmente implementadas como normas específicas antielisivas para alcançar rendimentos passivos, autorizando o diferimento ou isentando rendimentos ativos (AVI-YONAH, 2008, p. 471).

Após estudo comparado, Bianco concluiu que as características desses regimes costumam ser “a existência de controle societário; a localização da empresa controlada em país de baixa tributação; e a submissão a esse regime principalmente dos lucros decorrentes de operações passivas ou de operações realizadas entre partes relacionadas” (2007, p. 39).

Nessa mesma linha, Schoueri indica que os critérios normalmente utilizados para aplicação de normas CFC são: constituição em país diverso da re-

---

<sup>29</sup> Em que pese a tentativa de instaurar a tributação em bases universais pela promulgação dos Decretos-lei n. 2.397/1987 e n. 2.413/1988, eles foram logo revogados pelo Decreto-lei n. 2.429/1988 (XAVIER, 2015b, p. 434-435).

<sup>30</sup> Em sentido contrário, Sergio André Rocha busca afastar a crítica da doutrina brasileira quanto à não qualificação das normas brasileiras de tributação em bases universais como normas CFC sustentando que estas seriam tipos jurídicos que dispensam o caráter antiabusivo como elemento essencial de seu núcleo normativo (ROCHA, 2016, p. 246-247).

sidência do sócio; sujeição à carga tributária inferior ao do país da residência do controlador; retenção de parte ou totalidade dos dividendos; e identificação de objetivo evidente de economizar impostos (2003, p. 311). Tais fatores levaram Xavier a afirmar que as normas brasileiras de TBU não eram regras CFC, pois:

“O sistema de transparência fiscal internacional consagrado na Lei nº 9.249/95 era, porém, aplicável a todas e quaisquer sociedades estrangeiras controladas ou coligadas, sem as ressalvas e limitações restritivas das leis estrangeiras ‘antiabuso’, notadamente as de tais sociedades se localizarem em países de baixa tributação e de a sua renda ser essencialmente ‘passiva’, ou seja, não produtiva ou não operacional, pelo que não revestia a natureza de um ‘regime CFC’ propriamente dito, de aplicação excepcional, mas de uma modalidade técnica de tributação de alcance geral.” (2010, p. 373)

O art. 25 da Lei n. 9.249/1995 instituiu regras de tributação em bases universais em que prescrevia que “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”, independentemente de sua efetiva disponibilização para o sócio no Brasil.

Os efeitos deletérios desta norma não se fizeram sentir em decorrência de sua regulamentação pela Instrução Normativa n. 38/1996 (EMERY, 2016, p. 662). O regime jurídico infranormativo acabou ganhando ares de legalidade com a promulgação da Lei n. 9.532/1997, o que alinhou as normas de TBU ao disposto no art. 43 do Código Tributário Nacional (SCHOUERI, 2003, p. 306).

Em 2001, promulgou-se a Lei Complementar n. 104/2001, que acrescentou o § 2º ao art. 43 do CTN, que assim dispôs: “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.”

Uma leitura açodada deste dispositivo levaria à impressão de que ele estaria a autorizar a tributação dos rendimentos auferidos no exterior sem sua disponibilização, interpretação que não se sustenta, conforme explicita Schoueri, pois (i) nos termos do art. 11 da Lei Complementar n. 95/2000, um parágrafo tem a função de complementar ou excepcionar o *caput* de um artigo; (ii) o § 2º não é uma exceção, pois não prescreve uma norma completa, apenas autorizando que a lei defina as condições e o momento em que se dará a disponibilidade prevista no *caput* (SCHOUERI, 2003, p. 315).

Em que pese a crítica doutrinária, o Governo Federal adotou a primeira postura e promulgou a MP n. 2.158-35/2001 em que voltou a adotar a tributa-

ção automática dos rendimentos provenientes de controladas e coligadas no exterior<sup>31-32</sup>.

A norma supra foi então objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.588, que após quase 12 anos de julgamento, foi finalmente decidida, sem, contudo, trazer definitividade à questão da aplicabilidade das normas brasileiras de TBU a controladas e coligadas no exterior. Isto porque foram adotados critérios diferentes pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>33</sup>, o que implicou a necessidade de se verificar o voto médio para ver como a questão foi decidida.

Aqui é importante consignar que ao adotar como critério a localização em paraíso fiscal ou não, embora o Ministro Joaquim Barbosa tenha votado de forma a alinhar a legislação brasileira aos padrões internacionais, acabou adotando critério que não houvera sido prestigiado em nosso ordenamento jurídico, o que não passou despercebido por seus pares e acabou sendo alvo de crítica doutrinária (EMERY, 2016, p. 666).

O quadro abaixo resume o resultado que se alcançou no julgamento da ADI n. 2.588 (SANTOS, 2017, p. 11):

---

<sup>31</sup> “Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, 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. Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.”

<sup>32</sup> As principais críticas direcionadas ao art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 foram sistematicamente elencadas em Santos, 2017, p. 17-18.

<sup>33</sup> Resumidamente ter-se-ia: (i) Inconstitucionalidade Incondicional – Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello; (ii) Constitucionalidade Incondicional – Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, César Peluso, Ayres Britto; (iii) Inconstitucionalidade Condicional (Controladas x Coligadas) – Ministra Ellen Gracie; (iv) Inconstitucionalidade Condicional (Função Antievasiva) – Ministro Joaquim Barbosa (EMERY, 2016, p. 664-666).

<sup>34</sup> No julgamento do Recurso Extraordinário n. 541.090, sem repercussão geral reconhecida, declarou-se a constitucionalidade da norma para controlada fora de paraíso fiscal:

“Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Lucros provenientes de investimentos em empresas coligadas e controladas sediadas no exterior. Art. 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001. 1. No julgamento da ADI 2.588/DF, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados ‘paraísos fiscais’); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados ‘paraísos fiscais’). Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes a essa deliberação. 2. Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do *caput* do art. 74 da referida Medida Provisó-

<i>Investida</i>	<i>Localização</i>	<i>Validade do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001</i>	<i>Eficácia erga omnes e efeito vinculante</i>
Coligada	Jurisdição normal	Inconstitucional	Sim
	Paraíso Fiscal	Constitucional (Não alcançou maioria)	Não
Controladas	Jurisdição normal	Constitucional (Não alcançou maioria)	Não <sup>34</sup>
	Paraíso Fiscal	Constitucional	Sim

Após esse julgamento, o Governo brasileiro editou a Medida Provisória n. 627/2014, posteriormente convertida na Lei n. 12.973/2014, que passou a tratar a matéria em seus arts. 76 e seguintes. Na novel legislação<sup>35</sup>, separou-se o tratamento de controladas e coligadas, mas o binômio jurisdição normal ou paraíso fiscal, critério que daria ares de norma antielisiva, não foi utilizado para definir acerca da aplicação da norma ou não, tendo sido usado para outros fins (crédito presumido, diferimento no pagamento e consolidação) (EMERY, 2016, p. 686-687).

Nesse cenário, Barreto e Takano pontuaram que o legislador ordinário perdeu a oportunidade de implementar uma medida legislativa que visasse fomentar a segurança jurídica e a internacionalização das empresas brasileiras (2014, p. 358), insistindo em permanecer na contramão do mundo, e não incentivar a competitividade das empresas nacionais (2014, p. 354).

Nessa mesma toada, Galendi afirma que o Brasil insere a tributação em bases universais quando a grande maioria dos países está migrando para bases territoriais, ao menos no que diz respeito à tributação de rendimentos ativos de controladas e coligadas no exterior, objetivando incentivar a competitividade das empresas nacionais (2015, p. 390-391). Interessante notar o relato de Bianco de que os Estados Unidos da América tentaram introduzir normas semelhantes às brasileiras, mas que acabaram sendo rechaçadas no Congresso Americano porque teriam um efeito negativo na competição das empresas americanas (BIANCO, 2007, p. 39).

---

ria relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, afirma-se a inconstitucionalidade do seu parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002. 3. Recurso extraordinário provido, em parte.”

<sup>35</sup> Sobre o regime jurídico de tributação em bases universais atual vide: Santos, 2017 e Rocha, 2016.

Avi-Yonah apontava uma tendência às limitações na aplicação de regras CFC com o objetivo de atrair a sede de multinacionais (2008, p. 472), o que deveria ser observado pelo Brasil em sua política também.

Sem adentrar na legitimidade constitucional das novas regras de TBU<sup>36</sup> ou sua compatibilidade com os tratados para evitar a dupla tributação (FARO; MEIRA, 2016, p. 519-537), pode-se afirmar que estas regras tendem a sofrer grande resistência por parte dos contribuintes e gerar grande contencioso, enquanto ainda desestimulam a internacionalização das empresas brasileiras, ou pior, estimulam inversões de grandes multinacionais.

Todos esses problemas evidenciam algumas das dificuldades que os Estados e em maior escala o Brasil enfrentam na aplicação de suas atuais e na elaboração de novas normas capazes de captar a riqueza ao adotar a residência como critério de conexão. Por essa razão, na próxima seção verificaremos em que medida uma tributação em bases territoriais é mais adequada na atualidade, e se o ordenamento jurídico brasileiro permitiria sua adoção.

### **3. A tributação em bases territoriais é uma solução?**

A pergunta que inicialmente se coloca é se a tributação em bases territoriais é a solução para as inúmeras celeumas que se apresentam quando se pensa na residência como critério de conexão.

A resposta talvez seja parcial, alguns dos problemas elencados poderiam ser resolvidos através da adoção de bases territoriais. A ausência de tributação dos rendimentos auferidos no exterior poderia implicar maior conformidade voluntária dos contribuintes, bem como a diminuição de planejamentos para possibilitar o investimento no exterior. Não se ignora também a possibilidade de em um ambiente de competição internacional, a migração para um sistema em bases territoriais atrair maior número de empresas para uma determinada jurisdição, na medida que daria maior competitividade às empresas ali sediadas.

Perceba-se que aqui não se está confundindo a residência como elemento de conexão com a tributação em bases universais. Observe-se que, embora normalmente o critério de conexão pessoal esteja associado à uma tributação em bases universais (CUI, 2017, p. 248), isto não significa dizer que isto sempre deva ocorrer (SCHOUERI, 2012, p. 152).

A tributação em bases territoriais pode ter como elemento de conexão tanto um aspecto pessoal (residência), como um aspecto objetivo (fonte)<sup>37</sup>. Enquanto neste caso há tributação apenas de fontes domésticas, sem qualquer

<sup>36</sup> Vide Oliveira, 2016, p. 761-776 e Xavier, 2015a, p. 7-18.

<sup>37</sup> Também é verdade que elementos objetivos possam ser utilizados para determinação em bases universais, como propõe Rosenzweig, 2015, p. 501.

tentativa de tributação de fontes estrangeiras, independentemente de ser auferida por residente ou não residente, no primeiro caso, o efeito territorial é alcançado através da isenção de rendimentos auferidos no exterior via legislação doméstica ou via tratados.

Mas como dificilmente se verifica uma opção exclusiva pela fonte ou pela residência como elemento de conexão, as jurisdições dificilmente optam por um sistema territorial ou um sistema universal puro (SEE, 2017, p. 45).

Para Xavier, uma atenuação ao princípio da universalidade consistiria na outorga unilateral de crédito de imposto pago no país da fonte, ainda que condicionado a reciprocidade e não passível de restituição ou compensação naquele país (2015b, p. 430). Enquanto para SEE, o diferimento da tributação dos rendimentos auferidos por subsidiárias legalmente independentes para o momento da remessa para a empresa-mãe é reflexo do princípio da territorialidade (2017, p. 45).

Embora se verifique hoje uma tendência à adoção de um sistema territorial pela maior parte dos países<sup>38</sup>, esta não é uma iniciativa que só tenha passado a existir agora. A partir dos anos 1950, inúmeras organizações internacionais iniciaram uma defesa dessa modalidade<sup>39</sup>. O que se verifica atualmen-

---

<sup>38</sup> “Many countries that purportedly adopt a worldwide tax system have, to a certain extent, embraced the territoriality principle. This trend of a reduced scope of residence jurisdiction and an increased emphasis on source jurisdiction can be observed from as early as 1994. In fact, territoriality, at least in the form of residence-based territorial tax systems, is now the norm in OECD member countries. Under many of these residence-based territorial tax systems, foreign dividends arising from direct investment in foreign countries generally qualifies for exemption, or a 95% exemption. Active income attributed to a foreign PE may also be exempted in many of these cases. Consequently, the residence principle adopted in these countries is effectively mutated into a form of territoriality principle. The most recent high profile cases involving a shift from worldwide taxation to residence-based territoriality occurred in Japan and the United Kingdom in 2009. As a result, the United States is now the only country within the Group of 7 (the G7) to tax its MNEs on a worldwide basis. Within the 34 OECD member countries, only a handful of countries, including Chile, Ireland, Israel, Korea (Rep.), Mexico and United States are regarded as having retained a predominantly worldwide tax system. Most other OECD member countries have implemented some form of exclusion regime, such as dividend received deduction or a participation exemption.” (SEE, 2017, p. 45)

<sup>39</sup> “In addition, a change of trends in favour of the territoriality principle has occurred among international bodies. The International Chamber of Commerce was one of the primary advocates of worldwide income taxation during the twenties. In 1955, however, the Chamber, after extensively investigating the problem, adopted a resolution conceding the source country ‘the sole right’ to taxation of international income. This resolution has been continuously reaffirmed ever since. In 1961 the International Fiscal Association at a congress in Jerusalem adopted a suggestion forwarded by Jacobus van Hoorn JI, according to which taxation in the country of residence should be limited to those parts of the foreign income which have been remitted to the residence country. In 1984, at a congress in Buenos Aires, the association reinforced its position, emphasizing again the inequalities and economic disadvantages of worldwide taxation and recommending ‘a system of territorial taxation or exemption’. In addition the association appealed to legislators in countries who have adopted worldwide income taxation to reconsider and to reverse their position.”

te é a difusão de um regime de tributação em bases territoriais apenas para rendimentos ativos, o que não afasta *in totum* a necessidade de uma regra CFC pra combater o diferimento<sup>40</sup>.

A preferência por sistemas territoriais parciais pode ser atribuída, segundo Tomazela, a dois fatores: (i) a crescente integração do mercado global na nova era de economia digital; e (ii) a severa competição entre Estados por bases tributárias (SANTOS, 2018, p. 925).

Os Estados Unidos da América, recentemente uniram-se ao rol de países que adotaram modalidade de tributação em bases territoriais, quando implementaram uma reforma em seu sistema jurídico que entre outras medidas adotou um sistema de *participation exemption*, com a isenção de rendimentos auferidos por empresas localizadas no exterior quando a empresa americana possui mais de 10% de participação, acompanhado de regra específica para intangíveis (SARAIKY; HIRSCHFELD, 2018).

Em que pese as críticas<sup>41-42</sup>, segundo as premissas adotadas por este estudo, trata-se da passagem de um sistema universal para um sistema territorial,

---

(VOGEL, 1998, p. 222)

<sup>40</sup> “In the case of tax systems that do not follow a strict worldwide taxation concept but operate on an – at least partially – territorial basis, the issue of deferral is less problematic. It is critical to note, however, that most partially territorial tax systems provide for an exemption of foreign-source income only in case of active business income and – under participation exemption regimes – for intra-company dividends. When it comes to passive income like interest and royalties in the sense of Articles 11 and 12 of the OECD Model as well as foreign-source business income stemming from cross-border activities that are – from a tax treaty perspective – not taxable in the source state (either because they are not attributable to a permanent establishment or because no treaty exists at all), the residence state will be able to assume a right to unrestrictedly tax the foreign-source income. In these cases, the underlying jurisdictional allocation of taxing rights for states applying a partially territorial tax system is identical to a system that operates on a strict worldwide basis. This also means that the underlying policy issues with respect to CFC rules are the same.” (BLUM, 2018, p. 301)

<sup>41</sup> “While a participation exemption helps ease the burden of double taxation associated with CFC earnings, it could also be said that, before the TCJA, the FTC helped ease the burden of double taxation. Under the prior worldwide tax system, professionals and news media did not confuse the FTC system with a territorial system. Likewise, adding a participation exemption does not create a territorial tax system. I therefore propose we call the new tax system a ‘worldwide antiabuse system.’ We clearly still have a worldwide tax system given that foreign-source income is still taxed. Moreover, the BEAT and GILTI antiabuse rules that were originally considered afterthoughts upon initial passage of the law may turn out to be driving pillars in the new tax system. Also, calling the new tax system a worldwide antiabuse system removes any confusion about whether the United States has a territorial or modified territorial tax system.” (NYLEN, 2018)

<sup>42</sup> “With this in mind, an exemption system can only effectively replicate the effect of a pure territorial system only to the extent that the exemption is: (1) unconditional; (2) applies to all types of foreign income; and (3) to the effect that the exempt income does not in any way affect the taxation of other income. However, many worldwide tax systems with an exemption regime do not have such characteristics and, therefore, should be distinguished from territorial tax systems. For these reasons, even though the exemption of foreign active income and foreign dividend income serves as a ‘backdoor’ that allows countries with worldwide tax systems to mimic the effect of the



cujos objetivos são aumentar a competitividade das empresas americanas com atuação no exterior<sup>43</sup>, bem como atenuar o fenômeno das inversões (POMERLEAU, 2018a.).

Esta passagem ao sistema territorial limitada a pessoas jurídicas (*C companies*) veio acompanhada de uma redução da alíquota do imposto sobre a renda de 35% para 20% (POMERLEAU, 2018b), o que potencialmente pressionaria o Brasil por uma reforma similar visando a manutenção de investimentos diretos americanos.

Nesse contexto, pergunta-se: o Brasil possuiria limitações em sua esfera constitucional que impediriam a migração para um sistema similar?

A Constituição Federal prescreve em seu art. 153, § 2, I, que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza *será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei*.

Tradicionalmente, a generalidade é associada ao escopo pessoal do imposto sobre a renda, determinando que o imposto deva incidir sobre todas as pessoas que realizam seu fato imponible, enquanto a universalidade diria respeito ao escopo objetivo, determinando a incidência do IR sobre todos os ganhos ou lucros, de quaisquer espécies ou gêneros, no Brasil e no exterior (CARRAZZA, 2009, p. 68-69).

Nesse sentido, Queiroz sustenta que “a universalidade [...] deve ser entendida como alcançando todas as rendas e proventos das pessoas, considerados como espécies do gênero renda” (2004, p. 36). E continua a prestigiada autora afirmando que “por meio do princípio da consagração da universalidade, buscou o texto constitucional assegurar e evitar, de modo rígido, que o legislador ordinário pudesse dar isenções ou incentivos fiscais em relação a determinados tipos de rendimentos” (2004, p. 37).

Da doutrina mais tradicional, chama atenção a posição divergente de Mariz de Oliveira, para quem generalidade, em oposição à ideia de seletividade, trataria do escopo objetivo, ao exigir que “o imposto deve tratar por igual todo e qualquer tipo de renda ou provento, de modo que qualquer acréscimo patrimonial universal receba o mesmo tratamento que seja atribuído aos demais” (2008, p. 253), enquanto a universalidade demandaria que “todo o pa-

---

territoriality principle, such exclusion regimes generally do not result in full territoriality. Consequently, the tax systems of these countries are, in substance, a hybrid of worldwide taxation and territorial taxation.” (SEE, 2017, p. 51)

<sup>43</sup> “In contrast to worldwide tax systems applying the credit system, territorial systems with exemption intend to create a level playing field for resident investors investing in the source jurisdiction. In economic terms, exemption systems are based on the idea of capital import neutrality (CIN). By exempting the foreign-source (active) business income, investors can compete with local competitors in the source state on an equal tax footing.” (BLUM, 2018, p. 301)

trimônio do contribuinte deve ser considerado na sua integralidade, sem qualquer fracionamento” (2008, p. 255).

Adotar-se-á como premissa nesse estudo o entendimento prevalecente na doutrina, tal como defendido por Carrazza e Queiroz, acima.

Delineado o princípio da universalidade, alguns questionamentos podem ser levantados: (i) viola o princípio da universalidade atribuir tratamento tributário distinto a rendimentos de origens distintas?; e (ii) o princípio da universalidade proibiria a adoção de tributação em bases territoriais?

Em relação à pergunta (i) concorda-se com Santos quando este afirma que “a atribuição de tratamento tributário distinto de acordo com a natureza jurídica do rendimento não viola, necessariamente, o princípio da universalidade, desde que exista um critério de *discrīmen* constitucionalmente respaldado (2012, p. 284-308).

Em relação à (ii), a questão que se põe é se o legislador poderia reduzir o princípio da universalidade a ponto de adotar o princípio da territorialidade. Importa recordar que não se trataria de situação nova para o ordenamento jurídico brasileiro, pois para as pessoas jurídicas, a concretização deste princípio só veio em 1995 pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995, aplicando-se até então o princípio da territorialidade.

É claro que se poderia sustentar que tal situação só foi possível pois até então vigia o art. 171 da Constituição Federal de 1988, revogado em 1995, que assim prescrevia:

“I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95.

§ 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

*I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;*

II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do ‘caput’ se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)”

Percebe-se que o inciso I do § 1º do referido art. 171 da CF daria uma base Constitucional para que os investimentos no exterior de empresas constituídas com capital nacional não fossem tributados, sem que se constituísse uma ofensa ao princípio da universalidade.

Outra leitura, entretanto, afastaria essa proposição, na medida em que a ausência de legislação que implementasse a tributação em bases universais valia tanto para empresas constituídas com capital nacional, quanto para aquelas constituídas com capital estrangeiro. Ou seja, a ausência de tributação não era fundamentada em eventual proteção ao capital nacional, não passando de coincidência (ou política governamental) a revogação do art. 171 da CF e a instituição da tributação em bases universais no mesmo ano.

Assim, se adotarmos este último posicionamento como verdadeiro, não haveria impedimentos para que se retornasse à tributação em bases territoriais pura. Pensando ainda na tributação de pessoas jurídicas como uma forma de captar a capacidade contributiva de indivíduos, a limitação da tributação das pessoas jurídicas em bases estritamente territoriais não estaria excluindo integralmente o princípio da universalidade, pois este estaria apenas sendo atenuado em relação ao indivíduo.

É claro que, em se tratando de uma reforma ao estilo da que se realizou nos Estados Unidos da América, não haveria mitigação total do princípio da universalidade, pois estaríamos passando a um sistema territorial parcial (*participation exemption*), submetendo à tributação no Brasil os rendimentos passivos auferidos no exterior.

Por fim, deve-se registrar que a migração de bases universais para bases territoriais pode potencializar a transferência de lucros e atividades para o exterior, na medida em que retiram o ônus tributário na repatriação de dividendos, o que exige um reforço nas regras de tributação na fonte e de preços de transferência (SANTOS, 2018, p. 929).

## **Conclusões**

Os tradicionais elementos de conexão cristalizados no sistema jurídico internacional desde o início do século XX já não se prestam mais a orientar as políticas fiscais internacionais no ambiente globalizado. A oportunidade de se revolucionar os paradigmas da tributação internacional, leia-se Projeto BEPS, acabou não tendo o efeito que se esperava; invés de reverberar as bases

da tributação internacional, adotou-se postura mais tímida na vã tentativa de remendar o sistema atual.

A tributação em bases universais sofre grave ameaça no contexto atual, a concorrência fiscal somada à grande mobilidade dos fatores de produção restringe cada vez mais sua aplicabilidade plena. O incentivo à participação de empresas no ambiente internacional exige que se adote a tributação em bases territoriais, ao menos no que diz respeito aos rendimentos ativos.

A postura brasileira em tributar rendimentos ativos auferidos por controladas e coligadas estrangeiras, ainda que atenuada nas regras atuais, além de críticas de ordem jurídica no âmbito nacional por ofensa à Constituição e aos Tratados para Evitar a Dupla Tributação assinados pelo Brasil, tende a sofrer críticas de ordem econômica por seus efeitos deletérios no âmbito internacional.

A migração para um sistema de tributação em bases territoriais poderia ter efeito positivo na participação brasileira no comércio internacional, sem haver restrições de ordem constitucional que a impedissem, mas tal reforma deveria ser feita com parcimônia, reforçando-se as regras de preços de transferência brasileiras.

### **Bibliografia**

- AVI-YONAH, Reuven S. Back to the future? The potential revival of territoriality. *Bulletin for International Taxation* v. 62, n. 10, out. 2008.
- \_\_\_\_\_. *International tax as international law: an analysis of the international tax regime*. Cambridge: Cambridge University, 2007.
- \_\_\_\_\_; e MARGALIO, Yoram. Taxation in developing countries: some recent support and challenges to the conventional view. *Virginia Tax Review* v. 27, n. 1, 2007.
- BARRETO, Paulo Ayres; e TAKANO, Caio Augusto. Tributação dos resultados de coligadas e controladas no exterior, em face da Lei nº 12.973/2014. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18.
- BECKER, Adam. The principle of territoriality and corporate income taxation – part 1: what territoriality means and whether or not it guides country practice. *Bulletin for International Taxation* v. 70, n. 4, abr. 2016. Disponível em: <[https://online.ibfd.org/document/bit\\_2016\\_04\\_int\\_4](https://online.ibfd.org/document/bit_2016_04_int_4)>. Acesso em: 11 jun. 2018.
- BECKER, Johannes; e FUEST, Clemens. Source versus residence based taxation with international mergers and acquisitions. *Journal of Public Economics* v. 95, n. 1-2, fev. 2011.
- BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

- \_\_\_\_\_; e SANTOS, Ramon Tomazela. A mudança de paradigma: o artigo 7º dos acordos de bitributação e a superação da dicotomia fonte *versus* residência. In: ROCHA, Sergio André; e TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Prof. Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- BIRD, Richard M. The role of the tax system in developing countries. *Australian Tax Forum* v. 7, n. 4, 1990.
- BLUM, Daniel W. Controlled foreign companies: selected policy issues – or the missing elements of BEPS Action 3 and the anti-tax avoidance directive. *Intertax* v. 46, n. 4, abr. 2018.
- BRAUNER, Yariv. The future of tax incentives for developing countries. In: BRAUNER, Yariv; e STEWART, Miranda (ed.). *Tax, law and development*. Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA): Edward Elgar, 2013.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda* (perfil constitucional e temas específicos). 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CUI, Wei. Minimalism about residence and source. *Michigan Journal of International Law* v. 38, n. 2, dez.-fev. 2017.
- DAGAN, Tsilly. The costs of international tax cooperation. Public law and legal theory. *Research paper* n. 02-13. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.315373>>. Acesso em: 13 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. *The future of corporate residency*. Bar Ilan University, 2017.
- \_\_\_\_\_. The tax treaties myth. *New York University Journal of International Law and Politics* v. 32, n. 4, mai.-set. 2000.
- \_\_\_\_\_. The tragic choices of tax policy in a globalized economy. In: BRAUNER, Yariv; e STEWART, Miranda (ed.). *Tax, law and development*. Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA): Edward Elgar, 2013.
- DEVEREUX, Michael P. Taxation of outbound direct investment: economic principles and tax policy considerations. *Oxford University Centre for Business Taxation*, 2008. Disponível em: <[https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business\\_Taxation/Docs/Publications/Working\\_Papers/Series\\_08/WP0824.pdf](https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/Business_Taxation/Docs/Publications/Working_Papers/Series_08/WP0824.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2018
- \_\_\_\_\_; e VELLA, John. Debate: implications of digitalization for international corporate tax reform. *Intertax* v. 46, n. 6/7, jun.-jul. 2018.
- EMERY, Renata. Os vícios do regime de tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior previsto na Lei nº 12.973/14. In: ROCHA, Sergio André; e TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Prof. Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- FARO, Maurício Pereira; e MEIRA, Thais de Barros. As novas regras de tributação de lucros no exterior e o artigo 7º dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação. In: ROCHA, Sergio André; e TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Prof. Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

- FERREIRA NETO, Arthur M.; e PAULSEN, Leandro. *A Lei de “Repatriação” – regularização cambial e tributária de ativos mantidos no exterior e não declarados às autoridades brasileiras*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- GADŽO, Stjepan. The principle of “nexus” or “genuine link” as a keystone of international income tax law: a reappraisal. *Intertax* v. 46, n. 3, mar. 2018.
- GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Fundamentos da tributação de lucros no exterior: entre competitividade e harmonização. *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: Dialética e IBDT, 2015.
- GRAETZ, Michael J. Taxing international income – inadequate principles, outdated concepts, and unsatisfactory policy. *Brooklyn Journal of International Law* v. 26, n. 4, jan. 2001. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol26/iss4/8/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- LEAGUE OF NATIONS ECONOMIC AND FINANCIAL COMMISSION. Report on double taxation submitted to the Financial Committee – Economic and Financial Commission report by the experts on double taxation – Document E.F.S.73. F.19 (April 5th 1923) – Legislative History of United States Tax Conventions, 1923. Disponível em: <<http://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=split/law/xml-main-texts/brulegi-source-bibl-1.xml>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- NABAIS, José Casalta. A soberania fiscal no actual quadro de internacionalização, integração e globalização económicas. *Direito Público* [S.l.], v. 1, n. 6, jan. 2010. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1365>>. Acesso em: 30 maio 2018.
- NYLEN, Paul C. United States – we once had a worldwide tax system. What do we have now? *Journals Tax Analysts*. 11 de maio de 2018. Disponível em: <[https://online.ibfd.org/document/tni\\_28074](https://online.ibfd.org/document/tni_28074)>. Acesso em: 16 jun. 2018.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Aspectos inconstitucionais da Lei nº 12.973 em matéria de tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior (segundo Alberto Xavier). In: ROCHA, Sergio André; e TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Prof. Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- OSTWAL, T. P. The internet: Achilles heel of the current international taxation regime? *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 1. São Paulo: IBDT, mar. 2017. Disponível em: <[http://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2016/09/03\\_Artigo\\_TP.pdf](http://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2016/09/03_Artigo_TP.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto de Renda*. Rio de Janeiro: APEC, 1969.
- POMERLEAU, Kyle. Inversions under the new tax law. 13 de março de 2018. Disponível em: <<https://taxfoundation.org/inversions-new-tax-law/>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- \_\_\_\_\_. The United States’ corporate income tax rate is now more in line with those levied by other major nations. 12 de fevereiro de 2018. Disponível

- em: <<https://taxfoundation.org/us-corporate-income-tax-more-competitive>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- QUEIROZ, Mary Elbe. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Barueri: Manole, 2004.
- ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- ROSENZWEIG, Adam H. Source as a solution to residence. *Florida Tax Review* v. 17, n. 6, jun. 2015.
- SANTOS, Ramon Tomazela. O princípio da universalidade na tributação da renda: análise acerca da possibilidade de atribuição de tratamento jurídico-tributário distinto a determinados tipos de rendimentos auferidos pelas pessoas físicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012.
- \_\_\_\_\_. *O regime de tributação dos lucros auferidos no exterior na Lei nº 12.973/2014*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- \_\_\_\_\_. Territorial tax systems: motivations and key considerations for effective change. *Tax Notes International* v. 89, n. 10, mar. 2018.
- SARAIISKY, Steven M.; e HIRSCHFELD, Philip R. *International tax reform: adoption of territorial system and GILTI tax*. Disponível em: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=97299f8b-ec86-4a91-9902-e09cc4a-fla67>>. Acesso em: 17 jun. 2018.
- SCHINDEL, Ángel. Los criterios de la fuente y de la residencia – los países con economías en desarrollo frente a los convenios para prevenir o mitigar la doble imposición internacional. In: PISTONE, Pasquale; e TÓRRES, Heleno Taveira. *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar*. Buenos Aires: Ábaco, 2005.
- SCHIPPERS, Martijn L.; e VERHAEREN, Constantijn E. Taxation in a digitizing world: solutions for corporate income tax and value added tax. *EC Tax Review* v. 27, n. 1, jan.-fev. 2018.
- SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). *World Tax Journal* v. 1, n. 1, out. 2009.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- \_\_\_\_\_. Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7.
- \_\_\_\_\_. Princípios do direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- \_\_\_\_\_. Residência fiscal da pessoa física. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012.
- SEE, Wei Hwa. The territoriality principle in the world of the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative: the cases of Hong Kong and Singapo-

- re – part I. *71 Bulletin of International Taxation* v. 71m n. 1, jan. 2017. Journals IBFD.
- SHAVIRO, Daniel N. *Fixing the U.S. international taxation*. New York: Oxford, 2014.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas* Trad. Luis João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. II.
- TEODOROVICZ, Jeferson. Tributação ótima, tributo justo, ciência do direito tributário no Brasil e direito financeiro. *Cadernos da Escola de Direito. Unibrasil* v. 2, n. 23, jul./dez. 2015.
- TURLEY, Conrad; CHAMBERLAIN, David; e PETRICCIONE, Mario. *A new dawn for the international tax system: evolution from past to future and what role will China play?* Amsterdam: IBFD, 2017. Disponível em: <[https://online.ibfd.org/document/ndi\\_head](https://online.ibfd.org/document/ndi_head)>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. O sistema tributário internacional contemporâneo sob a perspectiva dos países em desenvolvimento: análise crítica. *NOMOS* v. 37, n. 1, jan./jun. 2017.
- VALDERRAMA, Irma Johanna Mosquera. *World Tax Journal* v. 7, n. 3, 2015. Disponível em: <[https://online.ibfd.org/document/wtj\\_2015\\_03\\_int\\_3](https://online.ibfd.org/document/wtj_2015_03_int_3)>. Acesso em: 13 jun. 2018.
- VASCONCELLOS, Roberto França de. Aspectos econômicos dos tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário Internacional* ano 1, n. 1. São Paulo, out. 2005.
- VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income – a review and re-evaluation of arguments. *Intertax* v. 16, n. 8-9, 1998.
- WEISBACH, David A. The use of neutralities in international tax policy (August 18, 2014). University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics. *Research Paper* No. 697. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482624>>. Acesso em: 9 jun. 2018.
- XAVIER, Alberto. Aspectos inconstitucionais da Lei nº 12.973/2014 em matéria de tributação de controladas e coligadas no exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 239. São Paulo: Dialética, ago. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.