

dadas e, num fiscalismo infrene, desenfreado, malfez-se a norma fundante. "Interpreta-se" o Direito a partir do sopé da pirâmide.

É lastimável constatar que, enquanto uns poucos prosseguirem atuando, assim como nefelibatas, sob um sistema tributário totalmente irreal e distorcido; enquanto continuarem atribuindo valor incommensurável aos atos administrativos, pondo-os sobranceiros à lei; enquanto a alguns julgados administrativos se der maior força do que aos judiciais; enquanto não perceberem que toda atividade-meio, despidida que é de conteúdo econômico, não pode, por imperativo constitucional, ser suscetível de tributação, estar-se-á, cumulativamente, agindo com desdém pela doutrina, descaso pela jurisprudência, desprezo ao Poder Judiciário, pela desconsideração dos seus julgados, desprezo aos princípios constitucionais e total desvalia à Lei Maior, deslustrando aquele que pretende ser um Estado de Direito.

A TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DE EMPRESAS BRASILEIRAS NO EXTERIOR NOS TRATADOS CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO

ALBERTO XAVIER

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa e da PUC-SP

I — O regime de transparência fiscal internacional: A) Do princípio da territorialidade ao princípio da universalidade; B) A tributação das controladas e coligadas no exterior; II — Natureza e fundamentos da transparência fiscal internacional; III — A incompatibilidade com os Tratados contra a dupla tributação: A) A incompatibilidade genérica do regime da Lei brasileira com o Art. 7º dos Tratados; B) A questão do dividendo; C) A questão das controladas indiretas; D) A incompatibilidade com cláusulas especiais de certos tratados; E) Cláusulas excepcionais de compatibilização; IV — A incompatibilidade com os Tratados na Doutrina e na Jurisprudência.

I — O regime de transparência fiscal internacional

A) Do princípio da territorialidade ao princípio da universalidade

Em 27 de julho de 2001, foi editada a Medida Provisória 2.158-34,¹ cujo art. 74 dispõe o seguinte:

"Para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda pessoal jurídica e da CSL, nos termos do art. 25 da Lei n. 9.249, de 26 de

1. Referido preceito foi introduzido na 3ª edição da Medida Provisória 2.158 e reproduzido na sua última versão (35ª) de 24.8.2001 (atualmente vigente nos termos do art. 2º da EC 32, de 11.9.2001) à qual respecta a ADI 2588-1-IDF, pelo que, doravante, iremos nos referir apenas a esta última reedição.

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 dessa data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.”

A Lei 9.249, de 26.12.95, para cujo art. 254 remete a disposição citada, introduziu profunda alteração no sistema brasileiro de tributação da renda externa das pessoas jurídicas, que se traduziu essencialmente pela abolição do até então tradicional princípio da territorialidade.²

De harmonia com o *princípio da territorialidade*,³ anteriormente vigente no Brasil, nenhuma renda cuja fonte de produção se localize no exterior recai no âmbito de incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas: nem a renda obtida diretamente através de uma atividade funcional (o exercício do próprio objeto social) ou de uma atividade jurídica (o exercício de direitos a rendimentos, tais como juros, *royalties* e dividendos), nem a renda obtida indiretamente através de uma organização de pessoas e bens localizada no exterior, quer se trate de filiais ou sucursais, sem personalidade jurídica, quer se trate de sociedades controladas ou coligadas, com individualidade jurídica própria.

No polo oposto ao princípio da territorialidade situa-se o *princípio da universalidade* (ou do *world-wide-income*), segundo o qual toda a renda da pessoa jurídica deve ser tributada no país de domicílio,

2. O art. 74 da Medida Provisória 2.158-34/2001, hoje em vigor, restabeleceu a sistemática da Lei 9.249/96, após numerosas e intrincadas vicissitudes, cuja descrição não é relevante para o presente texto. Também nele não se examinam os problemas constitucionais suscitados pela tributação de rendimento indisponível para o sócio e que são objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI 2.588-1-DJ) apresentada em curso no Supremo Tribunal Federal. Cf. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 6ª ed., Rio de Janeiro, 2004, pp. 443 e 461 e ss.

3. Na sua aceção mais restrita, relacionada com a conexão ao país da fonte, no sentido em que Klaus Vogel fala num *ursprüngliche Bedeutung des Territorialprinzips* cf. *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnormen*, Frankfurt/Berlin, 1965, p. 121.

incluindo a renda externa, seja esta decorrente de atividade funcional ou jurídica, seja esta obtida através de filiais ou de subsidiárias. No que respeita às subsidiárias, com personalidade jurídica própria, a lógica do princípio da universalidade conduz à tributação dos dividendos por esta distribuídos, que são renda efetiva da sociedade controladora, mas não dos lucros acumulados ou retidos na subsidiária, que são renda própria desta, não tornada disponível para a controladora.

Este é o sistema adotado, via de regra, pela generalidade dos países mais desenvolvidos.

Como se disse, inovando radicalmente na matéria e rompendo uma antiga tradição, a Lei 9.249/95 aboliu o princípio de territorialidade no que toca ao imposto de renda das pessoas jurídicas, consagrando em sua substituição o princípio da universalidade, ao dispor no *caput* do art. 25 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”.

Neste dispositivo, enquanto a expressão “rendimentos e ganhos de capital” se aplica à *atividade direta* no exterior, o conceito de “lucros” reporta-se à *atividade indireta* exercida através de filiais, sucursais, controladas ou coligadas no exterior (cf. Instrução Normativa 213, de 7.10.2002, art. 1º, §§ 1º e 2º).⁴

Ao contrário do que sucedia ao abrigo do princípio de territorialidade, passaram a ser tributáveis os rendimentos e ganhos de capital imputáveis a atividades exercidas diretamente no exterior no âmbito de uma *atividade funcional* (exploração do próprio objeto social) ou de uma *atividade jurídica* (com a consequente tributação de juros, *royalties*, lucros, dividendos pagos por sociedades não controladas ou coligadas, imputáveis a fontes localizadas no exterior). É o que resulta do *caput* do art. 25, atrás citado.

4. Este alargamento do âmbito de incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas não atingiu inicialmente a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) criada pela Lei 7.689/88, que se manteve exclusivamente territorial. O certo, porém, é que a partir da Medida Provisória 1.838-7, de 29.7.99, também esta contribuição passou a reger-se pelo princípio da universalidade.

Os lucros das filiais e sucursais estrangeiras (destituídas de personalidade jurídica) são adicionados integralmente ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro de cada ano (art. 25 da Lei 9.249/95). Esta regra viria a ser modificada pela Instrução Normativa 38/96 (art. 2º, §§ 1º e 2º), no sentido de que a adição apenas deveria ocorrer no ano-calendário em que tivessem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, ou seja, em que tivessem sido creditados ou pagos à matriz.

Certo é, porém, que a Lei 9.532/97 (art. 1º, § 1º, “a”) considerou tais lucros disponibilizados na data do balanço no qual tiverem sido apurados, fazendo coincidir necessariamente o momento da “disponibilização” com o momento da apuração, já que, não tendo as filiais personalidade jurídica para efeitos de Direito privado, elas não praticam um ato comparável ao da distribuição de dividendos praticado pelas sociedades coligadas ou controladas.

A verdade é que os rendimentos auferidos e as despesas incorridas pelas filiais estrangeiras não são registrados direta e imediatamente na escrituração da matriz brasileira, antes são considerados sinteticamente para efeitos de apuração de um resultado líquido no seu próprio balanço, resultado esse que será adicionado ao da matriz brasileira (art. 1º, §§ 1º e 4º, da Instrução Normativa 213/2002), não ocorrendo, porém, o fenômeno da “distribuição” de lucros, dada a inexistência de personalidade jurídica.

B) A tributação das controladas e coligadas no exterior

Em matéria de sociedades controladas e coligadas no exterior, o art. 25 da Lei 9.249/95 veio dispor nos seus §§ 2º e 3º que os lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, serão computados na apuração do lucro real mediante adição ao respectivo lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da controlada ou da coligada.

É importante salientar que este sistema de tributação vai mais longe que o princípio da universalidade, na pureza dos seus contornos,

pois manda adicionar ao lucro da sociedade domiciliada no Brasil a totalidade do lucro obtido pelas controladas ou coligadas no exterior, na proporção da participação no capital social destas, ainda que tais lucros tenham sido integralmente retidos e não distribuídos. Assim sendo, o imposto brasileiro atingiria renda que não é da própria sociedade brasileira, mas renda de titularidade jurídica de sociedades estrangeiras independentes. Trata-se, portanto, de um sistema de “universalidade ampliada” de tributação extraterritorial ou ultraterritorial de ultraterritorialidade ofensiva, no dizer de Rosenbuj:⁵

O sistema de transparência fiscal internacional consagrado na Lei 9.249/95 (e estabelecido no artigo 74 da MP 2.158-35) era, porém, aplicável a todas e quaisquer sociedades estrangeiras controladas ou coligadas, sem as ressalvas e limitações restritivas das leis estrangeiras “antibus”, 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.

E daí que João Francisco Bianco e Luís Eduardo Schoueri afirmem que ela ofende o princípio da proporcionalidade, dada a inadequação e desnecessidade dos meios adequados (legislação contendo regra genérica e não restrita a certos territórios e rendimentos) para atingir os fins antielisivos em vista.⁶

A adição direta ao lucro de sociedade brasileira do lucro das controladas e coligadas no exterior, independentemente de este ter sido distribuído ou não (designada na lei inglesa sobre as *Controlled Foreign Corporations* como *apportionment of foreign accumulated income*) representa, pois, a concepção das sociedades estrangeiras como “sociedades fiscalmente transparentes”, cuja personalidade jurídica é desconsiderada *ex lege* para efeitos fiscais, de tal modo que os seus lucros são considerados automaticamente distribuídos para as sociedades brasi-

5. Tulio Rosenbuj, “Transparência fiscal internacional. Aspectos críticos” (separata da *Revista de la Economía Social y de la Empresa* 27(28)), idem, *Derecho Fiscal Internacional*, Barcelona, 2001, pp. 174 ss.

6. Cf. J. F. Bianco, *Transparência fiscal internacional*, São Paulo, 2007, pp. 80 ss.;

L. E. Schoueri, “Transparência fiscal, proporcionalidade e disponibilidade”, *RDDT* 14(7/19) 66, 2007.

leiras, que passarão a ser tributadas numa *arising basis* e não numa *distribution basis*.⁷

7. Além das três monografias dedicadas ao tema (Taísa Oliveira Maciel, *Tributação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras*, Rio de Janeiro, 2007; João Francisco Blanco, *Transparência fiscal internacional*, São Paulo, 2007; André Martins de Andrade, *A tributação universal da renda empresarial*, Belo Horizonte, 2008) veja-se ainda: Antonio Carlos Rodrigues do Amaral e Douglas Yamashita, "Norma antielisão: tributação de lucros no exterior: Disponibilidade de renda e tratados internacionais", in Luis Eduardo Schoueri (org.), *Direito Tributário, homenagem a Alcides Jorge Costa*, vol. II, São Paulo 2003, p. 893; Pedro Anan Junior, "Institucionalidade da tributação dos lucros auferidos no exterior – Medida Provisória n. 2.158-35/01 e Instrução Normativa SRF n. 213/02", *RDDT* 93/69 (2003); Eliana Karsten Anceles, "Transparência fiscal internacional (*Controlled Foreign Corporations* – CFC): uma visão analítica a luz da sistemática tributária brasileira", *RFDT* 8/77 (mar.-abr./2004); André Martins de Andrade, "Consequências possíveis da ADI n. 2.588", *RFDT* 32/89 (mar.-abr./2008); idem, "Os limites de tributação universal da renda e a ADI n. 2.588", *RFDT* 29/9 ss., 2007; Humberto Ávila, "O imposto de renda, a contribuição social sobre o lucro e os lucros auferidos no exterior", in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes questões atuais do Direito Tributário*, vol. 7, São Paulo 2003, p. 215; Márcio Ávila, "A ADI 2.588-DF e a tributação dos lucros oriundos do exterior", *RTFP* 64/11 (set.-out./2005); Marco Antônio Behrndt, "Análise de norma inaugural da tributação em base universal no Brasil e as decisões do Conselho de Contribuintes", *RDTT* 7/1223 (dez./2007); Eliêde Palma Bifano, "Investimentos em sociedades coligadas e controladas: âmbito e o imposto sobre a renda", in Eurico Marcos Diniz de Santi e Fernando Aurelio Zilveit (orgs.), *Direito Tributário: tributação empresarial*, São Paulo, 2009, p. 203; Fernando Netto Boileux, "As sociedades coligadas, controladoras, controladas, e a tributação dos lucros obtidos no exterior", *RDDT* 105/20 (2004); Sacha Calmon Navarro Coelho, Misabel Derzi, "Tributação pelo IRPJ e pela CSLL de lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior – Inconstitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01", *RDDT* 130/135 (2006); Paulo Faleiro Ferreira, "O instituto das *Controlled Foreign Corporations* – CFC e o ordenamento jurídico brasileiro", *RDDT* 3/233 (jan.-jun./2005); Jayr Viégas Gavalhão Jr., "Considerações acerca da transparência fiscal internacional e do descompasso da legislação brasileira", in Marcelo Magalhães Peixoto (org.), *Planejamento tributário*, São Paulo 2004, p. 295; Marciano Seabra de Godoi, "O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior", in Valdir de Oliveira Rocha (org.), *Grandes questões atuais do Direito Tributário*, vol. 6, São Paulo 2002, p. 275; José Henrique Longo, "O lucro de subsidiária no exterior e o tratado internacional", in *Tributação e processo – IV Congresso Nacional de Estudos Tributários*, São Paulo 2007, p. 291; Ciro Cesar Oliveira, "Extensão do princípio da universalidade para fins de tributação pelo imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ)", *RDDT* 5/9 (2007); Ricardo Mariz de Oliveira, "Lucros de coligadas e controladas no exterior e aspectos de elisão e evasão fiscal no Direito brasileiro e no internacional", *RDDT* 102/95 (2004); Clóvis Panzarin Filho e Raffaele Russo, "A compatibilidade entre as regras de CFC e os tratados internacionais", *RDDT* 3/9 (jun./2006); Helenilson Cunha Pontes, "A tributação dos lucros do exterior e os tratados para evitar a dupla tributação da renda", in Adilson Rodrigues Pires e Heleno Taveiro Tôrres (orgs.), *Prin-*

II – Natureza e fundamentos da transparência fiscal internacional

As medidas adotadas traduzem-se essencialmente em, por ficção legal, "desconsiderar" a personalidade jurídica das sociedades cuja constituição ou funcionamento tenha sido ou seja inspirada predominantemente por razões de ordem fiscal, consideradas "transparentes" (*pass-through entity*) em termos de permitir a tributação dos respectivos sócios, como se tivessem auferido diretamente os lucros, sem aguardar pelo momento da distribuição dos lucros em montante acumulados.

Foi a reforma Kennedy de 1962 que levou mais longe, em matéria tributária, a doutrina do *piercing the veil of the corporate entity*. As disposições (designadas *Subpart F do Internal Revenue Code*) visaram, na verdade, a combater a forma de elisão fiscal decorrente da utilização de dois tipos de sociedades: as *foreign personal holding companies*, ou seja, sociedades constituídas no exterior cuja renda seja integrada, ao menos em 90%, por "renda passiva" – juros, aluguéis, *royalties* – e em que mais de 90% das ações sejam possuídas, direta ou indiretamente, por cinco pessoas físicas sujeitas ao imposto de renda norte-americano; e as *controlled foreign corporations* (CFC), sociedades cujas receitas sejam constituídas por lucros de comercialização ou de serviços e em que mais de 90% das ações pertençam a cidadãos norte-americanos, possuindo cada um pelo menos 10% do direito de voto.⁸

opções de Direito Financeiro e Tributário – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, 2006, p. 863; João Dácio Rolim e Gilberto Ayres Moreira, "Tributação de lucros auferidos no exterior e limites relativos de normas antielisivas", *RDDT* 3/103 (jun./2006); Raphael Palmieri Salomão, "Os lucros das empresas nos tratados internacionais destinados a evitar a dupla tributação da renda e do capital", *RDDT* 8/97 (abr./2008); Luis Eduardo Schoueri, "Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35", *RDDT* 142/39 (2007); Heleno Taveira Tôrres, "Lucros auferidos por meio de controladas e coligadas no exterior", in Heleno Taveira Tôrres (org.), *Direito Tributário Internacional Aplicado*, vol. III, São Paulo, 2005, p. 105; Ericson Amaral, "Das conexões entre a tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior", in Sérgio André Rocha (coord.), *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A*, vol. II, São Paulo, 2010, pp. 205 ss.

8. E daí as legislações que nela se inspiraram passaram a ser denominadas de "subpart F" ou do tipo "CFC".

Em ambos os casos a lei determinou o afastamento da regra do diferimento do imposto (*tax deferral*) incidente sobre as rendas obtidas no exterior por subsidiárias de sociedades norte-americanas, corolário da separação das suas personalidades jurídicas, segundo o qual tais rendas só serão tributadas, junto dos acionistas, quando os lucros lhes forem efetivamente distribuídos sob a forma de dividendos. Ora, nos casos acima referidos, os acionistas serão tributados independentemente da distribuição do lucro, isto é, por lucros que juridicamente ainda se inserem na titularidade da sociedade, cuja personalidade é assim “desconsiderada” para efeitos fiscais.⁹

O movimento tem-se alastrado de tal modo que grande parte dos Estados-membros da OCDE adotaram legislações do tipo *CFC* como instrumento de preservação de receitas fiscais ameaçadas pela migração de “atividades geograficamente móveis”.¹⁰

O exame do Direito Comparado revela que enquanto umas legislações atribuem maior relevância ao fato de a sociedade intermediária estar localizada em território de baixa tributação, independentemente da natureza do rendimento por ela auferido (o chamado *jurisdictional approach*, na terminologia da OCDE), outras (Canadá, Estados Unidos) atribuem preponderância à natureza do rendimento, pretendendo alcançar imediatamente certas classes de renda, especialmente os “rendimentos passivos”, independentemente do local de domicílio da sociedade intermediária (*transactional approach*).¹¹

9. *U.S. International Taxation Base Company Taxation International Business Taxation* 111; Philip A. Stoffregen/Stewart R. Lippeles, “United States Antiavoidance Measures affecting Multinational Corporations”, in Dennis Campbell (org.), *International Tax Planning*, 1995, p. 251; Alexander, “Foreign Personal Holding Companies and Foreign Corporations that are Personal Holding Companies”, *Yale Law Journal*, 1958, p. 1.173; A. Rado, *United States Taxation of Foreign Investment: the New Approach*, Amsterdam, 1963, p. 32; Bühler, *Principios*, p. 186; Schaumburg, *Internationales Steuerrecht*, p. 288; E. Sanz Gadea, *Transparencia fiscal internacional*, Madrid, 1996; Tulio Rosembuj, *Derecho Fiscal Internacional*, Barcelona, 2001, pp. 174 ss.

10. Cf. OCDE, *Controlled Foreign Company Legislation*, Paris 1996. Entre eles: Estados Unidos, Espanha e Suécia. Não têm legislação do tipo *CFC* a Áustria, a Bélgica, a Holanda, o Luxemburgo e a Suíça. Muito embora de natureza diferente, a reavaliação obrigatória a valores de mercado previsto na lei holandesa tem consequências similares às de um regime *CFC*. Veja-se o exame destas legislações em Taisa Maciel, *Tributação de lucros das controladas e coligadas estrangeiras*, Rio de Janeiro, 2007, pp. 38 ss.; João Francisco Bianco, *Transparencia fiscal internacional*, São Paulo, 2007, pp. 28 ss.

11. Cf. OCDE, *Controlled Foreign Company Legislation*, Paris 1996, passim.

O primeiro modelo pressupõe a caracterização dos “territórios-alvo” (*target territories*), via de regra os paraísos fiscais, seja pelo método das listas (*black, white e white/gray lists*), seja pela exigência de uma atividade mínima de tributação efetiva comparável ao do país de domicílio da sociedade controladora.

O segundo modelo, por sua vez, pressupõe a determinação dos rendimentos em relação aos quais ocorrerá a imputação automática dos “rendimentos contaminados” ou *tainted income*), os quais são via de regra considerados *rendimentos passivos* (juros, *royalties* etc.), por oposição aos *rendimentos ativos* ou *empresariais*.

A verdade, porém, é que tanto as legislações que se inspiraram neste modelo quanto no outro acabaram por se influenciar reciprocamente com vistas a aperfeiçoar os seus mecanismos, de tal modo que hoje é praticamente impossível descortinar um caso que obedeça, na sua pureza, a um tipo único.

Assim, a tendência predominante é de as legislações *CFC* atingirem os rendimentos passivos auferidos por sociedades controladas instaladas em território de baixa tributação.¹²

A lei brasileira, em matéria de sociedades controladas e coligadas no exterior, adotou um sistema que se afasta do tipo *CFC*, de caráter excepcional e finalidade antielusiva, pois pretende atingir a totalidade do lucro das sociedades controladas ou coligadas no exterior, independentemente da natureza dos rendimentos que o integram e do nível de tributação do país ou território de seu domicílio. Faltam-lhe, pois, o elemento antielusivo e o caráter de providência excepcional, em relação ao regime geral de tributação de controladas e coligadas, que supõe a distribuição de resultados.

A total inexistência de um elemento “abusivo” relacionado ou com o território de domicílio ou com a natureza do rendimento leva mesmo a afirmar que não se trata de uma lei “*CFC*”.

Nesta sistemática o instituto perde as suas características anti-elusivas para se tornar num instrumento antidiferimento, destinado a assegurar a neutralidade da exportação de capitais até às suas últimas consequências.¹³

12. Cf. J. F. Bianco, ob. cit., pp. 25 ss.

13. J. M. Almudi Cid, *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2005, p. 117.

Os regimes de tributação em causa têm sido explicados na doutrina de diversos modos:

(i) ou como desconconsideração da personalidade jurídica das controladas ou coligadas estrangeiras, que permitiria ao Fisco nacional “levantar o véu” da personalidade jurídica destas sociedades para atingir diretamente os seus lucros (*piercing the veil approach*, teoria da desconconsideração ou do *Durchgriff*);

(ii) ou como uma presunção legal de distribuição da totalidade do lucro auferido por aquelas sociedades (*fictive ou deemed dividend approach* ou teoria do dividendo ficto);

(iii) ou como uma desconconsideração do seu próprio domicílio estrangeiro, presumindo-as domiciliadas no país da sociedade controladora ou coligada;

(iv) ou ainda – como nos parece cientificamente mais correto – recorrendo à ideia de “transparência fiscal internacional” (*pass-through entity*) das sociedades controladas e coligadas estrangeiras, segundo a qual o lucro destas não lhes é imputado para efeitos fiscais, devendo apenas tributar-se os sócios na proporção em que estes participam naquele lucro.¹⁴

Tanto a teoria de desconconsideração da personalidade jurídica quanto a da transparência fiscal internacional têm de comum permitir à lei ignorar o intermediário formal representado pela pessoa jurídica estrangeira “aparente” (*disregarding, piercing the veil* ou *lifting the veil of the corporate entity* – na terminologia anglo-saxónica – ou *pene-pressão alemã*), para atingir diretamente os seus sócios. Na verdade, sendo a personalidade jurídica uma criação do direito, um simples instrumento de prossecução coletiva dos interesses dos sócios, como agudamente o revelou Ascarelli, tal criação só deve ser consagrada e respeitada na medida em que ela não se revelar, em si mesma, anti-jurídica. E sendo a personalidade jurídica realidade meramente instrumental não repugna que ela seja considerada para certos fins e descon siderada para outro ou outros.

14. Cf. Falcon y Tella, *Análisis de la transparencia tributaria*, Madrid, 1984, pp. 186 ss.; Tulio Rosembuj, “Transparencia fiscal internacional. Aspectos críticos” (separata da *Revista de la Economía Social y de la Empresa* 27/28), idem, *Derecho Fiscal Internacional*, Barcelona, 2001, pp. 174 ss.

A tensão entre uma e outra concepção está em que, enquanto o regime de transparência fiscal é obra da lei, a técnica da descon sideração da personalidade jurídica é obra do juiz.¹⁵ Certo, porém, é que o aperfeiçoamento da personalidade jurídica (e a consequente “transparência fiscal internacional”) como técnica de combate à elisão fiscal internacional só é possível nos ordenamentos que contenham disposições que explicitamente o autorizem. Nos demais, a questão deverá ser resolvida à luz das regras do direito interno que eventualmente delimitam a liberdade de utilização dos instrumentos facultados pelo direito com o fim de minorar o ônus fiscal.

Ao contrário do que frequentemente se afirma, estes regimes não são controlatório do *princípio da universalidade*, que, exigindo a tributação do rendimento mundial das pessoas físicas ou jurídicas (*world-wide income*), apenas conduz à tributação dos lucros efetivamente distribuídos pelas sociedades participadas estrangeiras, mas não à tributação dos lucros acumulados destas últimas, que são rendimentos próprios delas e não rendimentos das suas investidoras.

Os regimes em causa consagram, ao contrário, uma verdadeira *tributação extraterritorial*, pois atingem rendimentos de pessoa jurídica estrangeira, tratando-a como se fosse mero estabelecimento permanente de personalidade jurídica, alargando os poderes tributários do Estado de domicílio de sociedade controladora em termos dificilmente conciliáveis com as regras básicas dos tratados contra a dupla tributação.¹⁶

III – A incompatibilidade com os Tratados contra a dupla tributação

A) A incompatibilidade genérica do regime da Lei brasileira com o art. 7º dos Tratados

O regime de transparência fiscal internacional, criado pela Lei nº 9.249/95, é, como se verá de seguida, incompatível com os tratados

15. Cf. neste sentido Falcon y Tella, *Análisis de la transparencia tributaria*, Madrid, 1984, pp. 186 ss.; J. M. Almudí Cid, *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, cit., p. 145; J. E. Bianco, *Transparencia fiscal internacional*, cit., p. 23.

16. Cf. Tulio Rosembuj, *Derecho Fiscal Internacional*, Barcelona, 2001, p. 203; idem, *Transparencia fiscal*, p. 21, refere-se a uma *ultraterritorialidade ofensiva*.

contra a dupla tributação celebrados pelo Brasil, com base em considerações igualmente aplicáveis ao art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001.

O art. 7º dos referidos tratados (que seguem a redação do art. 7º da Convenção Modelo da OCDE) dispõe, no seu § 1º, que “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante *só podem* ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exercer sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento permanente”.

Estabelecimento permanente é, nos termos do art. 5º, § 1º, dos tratados (segundo também o art. 5º da Convenção Modelo da OCDE) “uma instalação fixa onde a empresa exerça toda ou parte da sua atividade”, compreendendo notadamente um local de direção, uma sucursal, um escritório, uma fábrica, uma oficina, uma mina ou uma pedreira.

São, pois, “estabelecimentos permanentes”, para efeito dos tratados, as sucursais ou filiais desituadas de personalidade jurídica própria.

Aplicando este preceito ao caso de uma empresa brasileira (EB) que tenha, por exemplo, em Portugal, uma filial (FP) ou controlada (CP), podem extrair-se as seguintes conclusões:

- a) O Brasil *pode* tributar os lucros da FP, por esta constituir um estabelecimento permanente no exterior (1ª frase, 2ª parte, do § 1º);
- b) Portugal *pode* tributar os lucros da FP unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento (2ª frase do § 1º);
- c) Só Portugal (“competência exclusiva”) *pode* tributar os lucros auferidos em Portugal pela CP, pois CP é empresa portuguesa (1ª frase, 1ª parte, do § 1º);
- d) O Brasil *não pode* tributar os lucros auferidos em Portugal pela CP, pois só pode tributar estabelecimentos permanentes no exterior e não entidades com personalidade jurídica própria existentes no outro Estado.

A confirmar esta última afirmação está o § 6º do art. 5º dos tratados, segundo o qual “o fato de uma sociedade residente de um Estado Contratante controlar ou ser controlada por uma sociedade residente do outro Estado Contratante ou que exerça a sua atividade nesse outro Estado, quer através de um estabelecimento estável, quer de

outro modo, não é, por si, bastante para fazer de qualquer dessas sociedades estabelecimento permanente da outra”.

Os conceitos de “empresa de um Estado Contratante” e “empresa do outro Estado Contratante” usados no art. 7º significam, nos termos do art. 3º, § 1º, alínea “F”, “respectivamente, uma empresa exercida por um residente de um Estado Contratante e uma empresa exercida por um residente do outro Estado Contratante”. Quando as empresas adotam a forma jurídica de sociedade ou qualquer outra que permita qualificar como “pessoas” e, por consequência, como “pessoa residente”, para efeitos do art. 4º, ela é automaticamente considerada empresa do Estado de residência.¹⁷ Assim, por exemplo, a sociedade denominada “empresa portuguesa”, só podendo ser tributada por Portugal.

É isto o que resulta também dos Comentários da OCDE (art. 5º, § 2º, item 40): “It is generally accepted that the existence of a subsidiary company does not, or itself, constitute that subsidiary company a permanent establishment of its parent company. This follows from the principle that, for the purpose of taxation, such a subsidiary company constitutes an independent legal entity”.

O art. 7º § 1º contém, na sua primeira parte, uma *norma de reconhecimento de competência exclusiva* do país em que se encontra domiciliada a sociedade controlada, como resulta claramente da expressão literal “só podem ser tributados”,¹⁸ ao invés da segunda parte do mesmo parágrafo que contém uma norma de *competência cumulativa* se se tratar, não de pessoa jurídica independente, mas de estabelecimento permanente.

Como recorda Ottmar Bühler,¹⁹ referida cláusula teve a sua origem em impedir a aplicação, no âmbito das relações internacionais, da chamada “teoria do órgão” (*Organtheorie*), consagrada em vários países europeus nas primeiras décadas do século XX por influência da jurisprudência e da lei alemã de 1934, que concebiam os grupos de sociedades, baseados numa relação de controle ou domínio, como uma

17 Cf. Klaus Vogel, *On Double Taxation Conventions*, 1997, p. 184.

18 Cf. sobre as normas de reconhecimento de competência exclusiva Alberto Abovén, *Manuel Tributário Internacional do Brasil*, cit., p. 673.

19 Cf. Bühler, *Principios de Derecho Internacional Tributario*, trad. esp., Madrid, 1999, pp. 133-96.

unidade, operando-se na controladora uma consolidação dos ganhos e perdas do grupo. E daí as sociedades controladas serem consideradas meros “órgãos” do conjunto, sendo desconsiderada ou mesmo recusada a sua personalidade jurídica.

Como é natural, a tentativa de aplicação desta doutrina à esfera internacional conduziria a uma deslocalização dos poderes tributários dos Estados onde se situam as empresas controladas para o Estado de sociedade controladora, conduzindo a uma plúrima tributação dos mesmos lucros.

Assim, sobretudo por influência dos países anglo-saxônicos, que sustentavam a individualidade jurídica e a tributação autônoma das subsidiárias, surgiu a regra de reconhecimento de competência exclusiva ao Estado de localização destas, constante já do Modelo Bilateral de Convenção Tributária da Liga das Nações (Modelo de Londres de 1946) como uma verdadeira “cláusula antiórgão”.²⁰

O objetivo da cláusula de competência exclusiva está, pois, em afirmar a supremacia do princípio da separação (*Trennungsprinzip*) sobre a teoria do órgão, em matéria de controladas e subsidiárias em geral, e impedir que os Estados de domicílio das controladoras tomem em consideração, por qualquer forma ou técnica legislativa, os lucros das controladas ou coligadas estrangeiras como base de cálculo dos seus próprios tributos incidentes sobre as sociedades-mãe.

Não é demais insistir em que a cláusula de competência exclusiva do art. 7º dos tratados constitui o “coração” dos tratados contra a dupla tributação. Sem ela, qualquer tratado fica privado de sentido, pois abre as portas a uma guerra fiscal entre Estados, permitindo que a riqueza tributável em uma delas seja objeto de pretensões fiscais cumulativas de outras, invasivas de soberania estrangeira. É o que ocorreria se os Estados Unidos pudessem tributar naquele país os lucros das subsidiárias brasileiras, o Brasil pudesse tributar os lucros das controladas na Dinamarca, e até *ad infinitum* em todos os elos de uma cadeia vertical de controle.

20. Dispunha o artigo VIII que os lucros não distribuídos por uma companhia que tem o seu domicílio fiscal em um Estado Contratante não estariam sujeitos a nenhum imposto no outro Estado Contratante em razão do fato de os lucros não distribuídos representarem, no todo ou em parte, rendimento derivado do território do outro Estado.

A incompatibilidade com os tratados contra a dupla tributação decorre ainda de a sistemática por eles adotada apenas prever um mecanismo de eliminação da dupla tributação dos lucros distribuídos quando a distribuição ocorre no momento da distribuição, tendo esta como fato gerador como sucede com o art. 10 combinado com o art. 23. Essa sistemática não prevê, porém, que a tributação ocorra em momento anterior à distribuição efetiva, quando ainda são lucros não distribuídos pela pessoa jurídica estrangeira, pelo que a dupla tributação neste caso não tem no tratado sistema de eliminação, que fica exclusivamente ao sabor da vontade das leis internas dos Estados em causa.

Por outro lado, ainda, a desaplicação da regra de competência tributária exclusiva, atribuindo às subsidiárias o mesmo tratamento fiscal aos estabelecimentos permanentes (filiais ou sucursais) traduz-se na desconsideração da sua personalidade jurídica e, com isso, na violação do art. 3º, que define o conceito de “pessoa”, não permitindo que um Estado desconsidere a personalidade jurídica outorgada pelo ordenamento jurídico do Estado estrangeiro do território da constituição da subsidiária, desde que conforme com aquela definição.²¹

Infimamente, por isso, frontalmente, os tratados, qualquer tentativa de aplicação de preceito legal que determinasse a adição à base de cálculo do imposto (lucro líquido da sociedade brasileira, contribuindo de um Estado) dos lucros próprios da sociedade controlada domiciliada em outro Estado contratante, pois tal significaria o Brasil arrogar-se uma competência tributária cumulativa, quando o tratado é expresso em atribuir ao Estado de domicílio da controlada ou coligada no exterior uma competência tributária exclusiva.²²

Note-se, porém, que os tratados contra a dupla tributação não preveem que no Brasil sejam tributados dividendos distribuídos por empresas estrangeiras a sócios domiciliados no Brasil.

Com efeito, nos termos da repartição dos poderes tributários dos diversos Estados operada pelas convenções contra a dupla tributação

21. Cf. Luis Eduardo Schoueri, *Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade*, cit., p. 45; Heleno Taveira Torres, “Lucros auferidos por meio de controladas e coligadas no exterior”, *Direito Tributário Internacional Aplicado*, III, 1999, pp. 137 ss.

22. Cf. Luis Eduardo Schoueri, “Acordos de bitributação e lei interna – Investimentos na Ilha da Madeira – Efeitos da Lei n. 9.249/95”, *RDDT* 17/110 ss. (1997).

que seguem o modelo da OCDE, procedeu-se a uma nítida distinção entre os *lucros das empresas* e os *dividendos* por elas distribuídos. Enquanto os *lucros das empresas* estão sujeitos à regra da atribuição de competência tributária *exclusiva* ao país de domicílio da empresa que os obteve (art. VII da Convenção Modelo), com a consequente exclusão de competência do país de domicílio da sociedade que participa no seu capital, os *dividendos* estão sujeitos à regra de atribuição de competência tributária *cumulativa* do país de domicílio da empresa que os distribui (país de fonte) e do país de domicílio da empresa que os auferir (país de residência).

É isto porque o lucro da empresa estrangeira, dotada de personalidade jurídica própria, é renda dessa mesma empresa e não da sua controladora, enquanto o dividendo distribuído, tendo embora a sua fonte na empresa estrangeira, é renda do sócio.

Dai que as convenções contra a dupla tributação permitem que tanto o Estado de fonte quanto o Estado de residência exerçam os seus poderes tributários no que concerne aos dividendos, embora com limitações para ambos: o Estado de fonte não poderá tributar a uma alíquota que exceda o limite convencionado e o Estado da residência deverá eliminar a dupla tributação ou pelo método da isenção ou pelo método da imputação, conforme dispuser o tratado.

Por isso não pode haver dívidas de que os tratados contra a dupla tributação autorizam a tributação dos dividendos distribuídos por sociedades controladas ou coligadas, determinando apenas a obrigação, para o Brasil, de reconhecer em relação a esses dividendos um crédito de imposto ou a sua isenção.²³

B) A questão do dividendo *facto*

A única especificidade que a questão da compatibilidade dos tratados com o art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 fez surgir é quanto à questão de saber qual o objeto da tributação em face do novo diploma legal e sua consequente qualificação à luz das disposições dos tratados,

23. Cf. a este respeito o Ato Declaratório n. 6, da SRF, de 30.1.97, relativo ao anterior tratado com Portugal (1971), bem como nossos comentários na edição anterior do *Direito Tributário Internacional do Brasil*, nas pp. 364 e ss.

A doutrina, na sua esmagadora maioria, continuou a manifestar-se no sentido de que o objeto da tributação do art. 74 era precisamente o mesmo do art. 25 da Lei n. 9.249/95, ou seja, os *lucros das sociedades controladas e coligadas estrangeiras* que, através da adição ao lucro líquido da sociedade brasileira, passaram a constituir base de cálculo do tributo sobre ela incidente.

Indo-lhe, a teoria concebida em face de certas legislações estrangeiras de que a tributação teria por objeto um *dividendo facto* (*deemed dividend*) acabou tendo ressonância no Brasil baseada na própria expressão do legislador segundo a qual os lucros das sociedades estrangeiras “são considerados disponibilizados” para a sociedade brasileira por ocasião da sua apuração no balanço.

Os defensores desta tese argumentam que, se tratando de um lucro fiscalmente disponibilizado, a sua qualificação perante os tratados internacionais seria a de dividendo, submetido ao art. 10 da Convenção Modelo, e não a de lucro, submetido ao art. 7º.²⁴

Não qualificação arrastaria como consequência a plena competência tributária do Brasil, pois enquanto o art. 7º contém uma cláusula de reconhecimento de competência tributária exclusiva do Estado de origem do lucro o art. 10 consagra uma norma de reconhecimento de competência tributária cumulativa, tanto do país da fonte quanto do país de residência.²⁵

24. Para interpretação foi adotada no Acórdão n. 108-08-765, do Conselho de Contribuintes de 23.3.2006 por influência do voto do Conselheiro José Henrique Longo e tem sido posteriormente manifestada em votos minoritários. Em artigo publicado posteriormente, o mesmo Conselheiro reiterou o seu ponto de vista sustentando que o art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 tem por objeto o lucro propriamente dito da controlada ou coligada no exterior, mas logo acrescenta que, para efeito da incidência do IRPJ e da CSLL, e mediante alteração do conteúdo do conceito, devem ser considerados como dividendos”. Cf. José Henrique Longo, “O lucro de subsidiária no exterior e o tratado internacional”, in *Tributação e processo* – IV Congresso Nacional de Estudos Tributários, São Paulo, 2007, p. 291. A tese já tinha sido acolhida, no curso do julgamento, ainda que de forma não conclusiva, no Acórdão n. 101-95,802, de 19.10.2006.

25. Cf. o Acórdão n. 107-07.532, de 18.2.2004, do então Primeiro Conselho de Contribuintes, que, apreciando a questão da compatibilidade da lei interna com o tratado Brasil-Portugal, concluiu precisamente no sentido de ser incompatível o regime do art. 25 da Lei n. 9.249/95 em face da regra de competência exclusiva do art. 10 do tratado e compatível o regime do art. 1º da Lei n. 9.532/97, em face da regra de competência cumulativa do art. 10 do mesmo diploma.

Esta construção não merece, porém, acolhimento por várias ordens de razões.

A principal crítica que deve ser dirigida a este entendimento está em que a lei interna que fundamenta a tributação (o art. 25 da Lei n. 9.249/95, para o qual remete o art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001) não permite a referida construção, eis que alude à adição ao lucro da pessoa jurídica brasileira dos próprios lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, independentemente de serem pagos ou creditados. A ficção de disponibilização mais não significa do que a determinação do momento temporal que esse crédito se deve verificar, não tendo o condão de alterar a natureza do objeto da tributação.

Que a lei interna trata de uma tributação de *lucro* e não de *dividendos* é confirmado pelo fato de os lucros serem computados pelos seus valores integrais, sem dedução do imposto pago do país de origem. Ora, não se distribuem dividendos em valor superior ao lucro disponível após a tributação.²⁶

Ainda, porém, que a lei interna consagrasse a tributação de um “dividendo ficto”, não poderia ela prevalecer em face do conceito de dividendo consagrado nos tratados contra a dupla tributação (art. 10, § 1º). A letra destes (em conformidade, aliás, com a Convenção Modelo da OCDE) se refere a dividendos “pagos”, expressão que revela inequivocamente a vontade de o regime de competência cumulativa nela consagrado apenas se aplicar a rendimentos efetivamente destacados do patrimônio das sociedades e transferidos para o de seus sócios, não permitindo uma interpretação ampla que abrangesse lucros não distribuídos imputados por mera ficção legal.²⁷

Acresce que a teoria geral do direito ensina ser ilegítimo o emprego, por uma fonte de direito, do mecanismo das ficções ou presunções legais (como o dividendo ficto) para invadir a esfera de competência

26. Cf. art. 1º, § 7º, da Instrução Normativa n. 213/2002. O art. 201 da Lei da S/A afirma que a companhia pode pagar dividendos à conta de lucro líquido e o art. 191 dispõe que este é o resultado do exercício que remanescer depois de deduzidas as participações do art. 190 e, antes destas, os prejuízos acumulados e a provisão para o imposto de renda (art. 189).

27. Cf. neste sentido J. F. Bianco, *Transparência fiscal internacional*, cit., pp. 152, 157.

de outra fonte, delimitada em razão da hierarquia ou da especialidade dessa fonte, com os tratados), com vista a evitar, de modo indireto ou alheio, a prevalência da sua aplicação. Nada mais fácil para burlar as disposições dos tratados do que criar, por lei interna, ficções legais que anulem exatamente o contrário do disposto nos preceitos internacionais. E é precisamente a este resultado que conduz a doutrina do dividendo ficto.

Não é demais recordar que a cláusula de competência tributária exclusiva do país estrangeiro de domicílio da controlada ou coligada é absolutamente de exclusão de competência do país de sociedade (residente), constante do art. 7º da Convenção Modelo da OCDE, é o “regime dos tratados”. Sem ela estaria permitida toda a sorte de guerra fiscal unilateral pelo qual os Estados se arrogassem o poder de taxar empresas estrangeiras, invadindo espaços de soberania alheios.

1.1.3 A questão das controladas indiretas

Coloca-se ainda a questão de saber qual o alcance da proteção conferida pelo art. 7º dos tratados nos casos em que a sociedade controlada no exterior detém participações em outras controladas ou coligadas em terceiros Estados.

Certos setores da jurisprudência administrativa já sustentaram que, “para fins de aplicação do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35, os lucros de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira, e sua tributação no Brasil não se admete às regras do tratado internacional firmado com o país de residência da controlada direta.”²⁸

De acordo com referido entendimento, a proteção conferida pelo art. 7º dos tratados contra a dupla tributação limita-se aos lucros diretamente apurados pela sociedade residente naquele País, não alcançando os lucros das suas próprias controladas e/ou coligadas que, muito embora não distribuídos, eventualmente tenham sido reconhecidos no balanço em razão da aplicação do método da equivalência patrimonial.

28. Cf. Acórdão do Conselho de Contribuintes n. 101-97.070, de 17.12.2008.

O entendimento em questão assenta nas seguintes premissas:

- (i) o art. 25 da Lei n. 9.249/95 instituiu a tributação sobre o lucro das controladas no exterior;
- (ii) o conceito de *sociedade controlada* da legislação societária (art. 244, § 2º, da Lei n. 6.404/76) abrange qualquer sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, exerça o poder de controle;
- (iii) o art. 16 da Lei n. 9.430/96 determina que “os lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas e coligadas no exterior, serão: I – considerados de *forma individualizada*, por filial, sucursal, controlada ou coligada”;
- (iv) o art. 7º dos tratados contra a dupla tributação (no caso concreto o Tratado com a Espanha) proíbe a tributação pelo Estado de residência (no caso o Brasil) dos lucros de sociedades residentes no Estado da fonte (no caso a Espanha);

como a adição ao lucro real da sociedade controladora no Brasil faz-se diretamente sobre os lucros de todas as controladas, ainda que indiretas, referida proteção dar-se-á apenas sobre os lucros obtidos diretamente pela sociedade residente no país que tenha celebrado tratado contra a dupla tributação com o Brasil (no caso a Espanha), não alcançando eventuais lucros das controladas indiretas, cuja suscetibilidade de tributação dependerá da existência ou não de tratado com o respectivo país de domicílio.

As premissas em que este entendimento assenta são, porém, equívocas.

A afirmação segundo a qual o conceito de sociedade controlada, adotado pela Lei n. 6.404/76, abrange não só as controladas diretas mas também as indiretas é indiscutivelmente exata, mas daí a permitir a conclusão de que o art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 impõe a adição dos lucros das controladas indiretas ao lucro líquido da controladora brasileira, para efeitos do art. 25 da Lei n. 9.249/95 (para o qual remete o art. 74), vai uma grande distância, constituindo um salto lógico, simplista e sedutor pela sua aparente literalidade, mas que o sistema jurídico não admite.

Antes de mais, a expressão “controlada”, utilizada no art. 74, não pode ser interpretada de modo desgarrado, pois ela se encontra siste-

mativamente relacionada na mesma proposição normativa com o conceito de “lucro disponibilizado”.

Era esta bem de ver que lucro disponível é, por definição, aquele que a lei permite à controlada disponibilizar à controladora brasileira, sem estar no exercício do seu poder de controle, delibera pela sua disponibilização. Com efeito, só em relação a estes lucros se aplica a lógica de transparência fiscal internacional, que tributa imediatamente junto dos sócios os lucros que estes poderiam ter determinado e distribuído, mas por ato de sua exclusiva vontade não o fizeram. Mas já não poderão ser tributados nas mãos dos sócios lucros que, devido às circunstâncias do caso concreto, poderão ser insuscetíveis de disponibilização, como sucede com os lucros de controladas indiretas, inicialmente na hipótese de serem absorvidos por perdas de sociedades intermediárias situadas em degraus ascendentes da cadeia de controle e outras circunstâncias, como adiante se verá.

A questão de saber que lucros são disponibilizáveis para uma sociedade controladora brasileira — se apenas os lucros da controlada indireta estrangeira ou se também, *per saltum*, os lucros das controladas indiretas, por esta controladas — deve ser resolvida em face do direito brasileiro. É o que determina o § 2º, inciso I, do art. 25 da Lei n. 9.249/95 (para o qual remete o art. 74): “As filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, *segundo as normas da legislação brasileira*”.

Orn, a lei brasileira apenas permite a distribuição de lucros de uma sociedade a quem for *sócio* (Código Civil, art. 997, VIII, e art. 1.007), sendo nula qualquer deliberação que tenha como destinatários terceiros, inclusive os sócios de sócios.²⁹

A regra segundo a qual os lucros auferidos por filiais controladas e coligadas no exterior serão considerados de *forma individualizada* (art. 16 da Lei n. 9.430/96) significa apenas que os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, somente poderão ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada (Instrução Nor-

²⁹ Veja-se o art. 205 da Lei das S/A: “A companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação”.

mativa n. 213/2002, art. 4º, § 2º), não podendo consequentemente ser compensados com lucros de outras controladas e coligadas no exterior, nem com lucros da sociedade investidora domiciliada no Brasil (art. 25, § 5º, da Lei n. 9.249/95).

É o que também esclarece o § 5º do art. 1º da Instrução Normativa n. 213/2002, segundo o qual, “para efeito de tributação no Brasil, os lucros serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, *de forma individualizada*, por filial, sucursal, controlada ou coligada, vedada a consolidação dos valores, ainda que todas as entidades estejam localizadas em um mesmo país, sendo admitida a compensação de lucros e prejuízos conforme disposto no § 5º do art. 4º desta Instrução Normativa”.

Vedou-se, pois, a *consolidação horizontal*.

No que concerne à *consolidação vertical*, os princípios do direito societário brasileiro foram corretamente interpretados pelo § 6º do art. 1º da referida Instrução Normativa n. 213, que dispõe que “os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão considerados no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil”.

Significa isto que os lucros das controladas indiretas não podem ser adicionados *per saltum* ao lucro da sociedade brasileira; antes devem ser consolidados gradativamente, por níveis ou degraus da cadeia vertical, em cada um dos quais serão considerados como componentes do lucro de cada controladora intermédia, a ser apurado de “forma individualizada”. E assim sucessivamente na cadeia ascendente, até que a consolidação opere no nível da primeira controlada direta estrangeira, quando então o lucro (ou prejuízo) próprio desta será adicionado ao da controladora brasileira, como determina o art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35.

Tal *consolidação vertical* se faz em reconhecimento, no plano fiscal, de que no direito societário brasileiro não há uma participação direta da controladora no Brasil nos resultados de controlada ou coligada indireta, mas apenas através da necessária intermediação da pessoa jurídica interposta, pelo que os resultados individuais desta

deve ser necessariamente considerados para efeitos de determinar a base tributável no Brasil.³⁰

base é o sistema de reconhecimento do lucro numa cadeia vertical de participações consagrado pela lei brasileira e que deve ser obedecido no regime de transparência fiscal internacional.

Nesse sistema, os lucros das controladas indiretas não podem ser consolidados disponibilizados *per saltum* para a controladora brasileira e, tanto a ela tributados, pois tal tributação poderá estar incidindo sobre um resultado que jamais chegará às mãos daquela controladora.

tal ocorrerá na hipótese de existência de prejuízos ou perdas em entidades estrangeiras situadas em degraus mais elevados do elo societário, que absorverão referidos lucros, e ainda na hipótese de o controlador brasileiro alienar a participação na primeira controlada estrangeira, quando deixa *ipso iure* de ter qualquer vínculo jurídico com as controladas indiretas legitimador de uma disponibilização, eis que um relatório societária passa necessariamente pela primeira controlada.

Porte-se que a lei poderia ter determinado que a consolidação dos lucros das controladas e coligadas estrangeiras operasse diretamente no balanço da controladora no Brasil, mas ao invés disso optou por consolidar os resultados ao nível da primeira controlada estrangeira, abandonando assim qualquer influência que os resultados individuais da controladora brasileira pudessem ter sobre os resultados consolidados da cadeia de participações no exterior.

Ao determinar, porém, a *consolidação ao nível da controlada direta estrangeira* e não da *controladora brasileira*, a lei reconheceu que apenas os resultados dessa primeira controlada (no qual se inserem os resultados das demais) é que são passíveis de tributação no Brasil, pois ao estes podem ser efetivamente disponibilizados sob a forma de dividendos. Ora, como se disse, é apenas em relação aos lucros disponibilizáveis que se aplica o sistema de tributação automática do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35.

Logo, a tributação no Brasil de lucros de uma controlada *indireta* no exterior *per saltum* da primeira controlada direta representa verdadeira ofensa ao art. 43 do Código Tributário Nacional, na medida em

30. O § 6º da Instrução Normativa n. 213 não é, pois, mera “norma técnica de aplicação”, mas disposição que contém a única interpretação possível da lei.

30
L. 12.117/03

que se está tributando o patrimônio da controladora, tomando-se por base renda alheia, que no máximo constitui expectativa de renda para a controlada direta, mas jamais para a controladora no Brasil.

A incongruência lógica da interpretação para a qual deve ser feita a adição *per saltum* dos lucros das controladas indiretas fica bem evidenciada pela circunstância de que tais lucros seriam protegidos pelo tratado que protege a primeira controlada direta, caso lhes tivessem sido efetivamente distribuídos, compondo então o lucro próprio desta.

Assim, de harmonia com a referida interpretação, os mesmos lucros das controladas indiretas ficarão sujeitos a regimes de tributação distintos consoante tenham sido distribuídos ou não para a sua controladora direta. Caso tivessem sido distribuídos, passarão a ser considerados pelo Brasil como lucros da própria controlada direta e, em virtude do art. 7º dos tratados, impedidos de serem tributados pelo Brasil enquanto, por outro lado, se forem retidos na controlada indireta domiciliada num terceiro Estado sem tratado com o Brasil (v.g. Estados Unidos), poderão (sempre na mesma interpretação) ser integral e imediatamente tributados pelo Brasil, independentemente da sua efetiva distribuição.

Imagine-se agora que a controlada direta domiciliada num país com tratado com o Brasil (v.g. Espanha) tenha registrado prejuízos ao longo do exercício e que os lucros da sociedade norte-americana sua controlada são distribuídos para neutralizar as perdas, fazendo com que se registre um resultado nulo.

Nesse caso, o Brasil terá tributado integral e antecipadamente um lucro que nunca lhe pertenceu e que jamais lhe pertencerá. O absurdo fala por si só.

É certo que algumas legislações CFC propriamente ditas permitem que o país da sociedade controladora inclua na sua base tributável rendimentos auferidos por controladas indiretas. Deve, porém, ter-se presente que tais legislações têm por objeto apenas certas classes de rendimentos, os “rendimentos passivos”, e não, como a Lei brasileira, “lucros” em sentido técnico, os quais pela sua própria natureza só podem ascender até à sociedade controladora por meio de distribuições às controladas intermediárias.

Pode, pois, concluir-se que o objeto exclusivo da tributação pelo art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35 é o lucro da primeira contro-

lada direta estrangeira, após a consolidação vertical, de tal modo que, se esta estiver domiciliada em país signatário de tratado, o art. 7º impõe a totalidade desse lucro sem qualquer distinção quanto à origem.

13) A incompatibilidade com cláusulas especiais de certos tratados

Além da incompatibilidade genérica do regime de tributação auferida do art. 25 da Lei n. 2.949/95 (e do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001) com o art. 7º dos tratados, existem ainda incompatibilidades específicas com outras cláusulas convencionais empregadas apenas em tratados celebrados com certos países.

É o que se passa com a cláusula de intributabilidade de lucros não distribuídos, prevista especificamente nos Tratados com a Dinamarca e com as Repúblicas Tcheca e Eslovaca (art. 23, § 5º), segundo a qual os lucros não distribuídos de uma sociedade anônima de um Estado contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de outro Estado Contratante não são tributáveis no último Estado.³¹

Trata-se de simples corolário implícito do § 1º do art. 7º, pois os lucros não distribuídos de uma sociedade controlada domiciliada num Estado são lucros próprios desta e não renda da sua controlada domiciliada no outro Estado. A reafirmação solene deste princípio na cláusula relativa aos métodos para a eliminação da dupla tributação não dissipa dúvidas que pudessem existir sobre se a competência tributária exclusiva do país de domicílio de uma sociedade podia ser abdicada pela existência de uma relação de controle com sociedade de Estado estrangeiro.

Outro tipo de cláusula com a qual o regime brasileiro de transferência fiscal internacional é incompatível é a cláusula de isenção de dividendos distribuídos a sociedades brasileiras por sociedades estrangeiras.

31. A disposição do tratado com a então Tchecoslováquia não alude à exigência de tratamento de “sociedade anônima”, a qual nos parece apenas basear-se numa interpretação restritiva da versão em língua portuguesa.

Esta cláusula encontra-se prevista nos Tratados com a Áustria (art. 23, § 2º), a Argentina (art. XXIII, § 2º), o Equador (art. XXIII, 2º), a Espanha (art. 23, § 4º) e a Índia (art. 23, § 3º). O Tratado com a Áustria exige que a sociedade brasileira possua no mínimo 25% de capital da distribuidora; os Tratados com a Argentina e o Equador fixam esse percentual em 10%; os Tratados com a Espanha e a Índia exigem apenas como condição que os dividendos sejam tributáveis no país da fonte.

Trata-se, na verdade, de incompatibilidade lógica entre a lei interna e o tratado, pois a isenção do dividendo não pode coexistir com a evidência pelo fato de que os dividendos, cuja isenção é assegurada pelo tratado, já terão sido tributados quando distribuídos, a título de lucros automaticamente adicionados, e o imposto de renda na fonte eventualmente cobrado pelo país de origem sobre os dividendos não será suscetível de neutralização por crédito de imposto, conduzindo assim à dupla tributação que o tratado tem precisamente por fim evitar.

A incompatibilidade atrás referida é reforçada pelas disposições da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo as quais uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27) e um tratado deve ser interpretado de boa-fé à luz do seu objetivo e finalidade (art. 31).³²

E) Cláusulas excepcionais de compatibilização

Tendo em vista a incompatibilidade de princípio do regime de transparência fiscal internacional com os tratados contra a dupla tributação, certas convenções introduzem, por vezes, cláusulas de derrogação a esse princípio, afirmando que nas relações recíprocas entre os dois Estados o referido regime pode ser aplicado legitimamente.

No que concerne às convenções brasileiras, o único caso é constituído pela Convenção com o México, cujo art. 28, § 3º, dispõe: "As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Con-

32. Em casos análogos os Comentários da OCDE consideram que disposições deste tipo constituem "obstrução do tratado" (Comentários, art. 10, §§ 5º e 3º).

quanto aplique as disposições de sua legislação nacional relativa à participação inafectante ou para combater o diferimento, incluída a lista de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou outra legislação similar".

Tendo em vista a afirmação, por vezes feita, de que o princípio de não discriminação vedaria a aplicação dos regimes de transparência fiscal internacional, outras convenções celebradas pelo Brasil, como as da Índia do Sul (art. 24, Protocolo, item 6, alínea "F"), e do Peru (art. 24, Protocolo, item 5, alínea "d"), esclarecem que as disposições de art. 24, relativo à não discriminação, não impedem um Estado contratante de aplicar as disposições da sua legislação interna a respeito das sociedades controladas no exterior, do tipo CFC ou similar.

Na verdade, em face dos precisos termos do art. 24 dos tratados que regem o Modelo OCDE, tanto no § 1º quanto no § 2º, não pode afirmar-se que a legislação brasileira em causa preveja uma tributação diferente ou mais onerosa das sociedades brasileiras controladoras de empresas estrangeiras em função da nacionalidade ou da residência dos titulares do capital da investidora brasileira.

Trata-se, pois, de preceitos meramente declaratórios ou interpretativos que vedam às partes invocar este argumento nas suas relações recíprocas, embora não impeçam de alegar uma eventual incompatibilidade baseada em outros princípios não ressaltados nos protocolos, como a regra da competência exclusiva do art. 7º.

IV A incompatibilidade com os Tratados em Doutrina e na Jurisprudência Internacional

A questão da compatibilidade dos regimes de transparência fiscal internacional com os tratados contra a dupla tributação só muito recentemente chamou a atenção da doutrina e da jurisprudência estrangeira precisamente porque as legislações que os consagram, quase sempre de caráter excepcional e antiabusivo, tinham apenas como alvo sociedades domiciliadas em países ou territórios de baixa tributação, que em geral não celebram tratados daquela natureza. Apenas em anos mais próximos passaram a abranger regimes fiscais preferenciais ou privilegiados adotados em países de tributação normal e signatários de ampla rede de tratados.

Tenha-se presente que esta discussão teve por objeto legislação do tipo CFC puro, de natureza antielisiva, e não regimes de tributação automática de caráter geral, como o da Lei brasileira, que abstrai tanto da natureza do território de domicílio da controlada quanto do rendimento auferido.

No sentido de incompatibilidade da legislação do tipo CFC com os tratados contra a dupla tributação, pronunciaram-se diversos juristas e tribunais.

No Reino Unido Philip Baker³³ afirma: "The issue also arises with respect to controlled foreign company ("CFC") legislation which attributes the income of a subsidiary to its parent and taxes the parent on that income. Where the subsidiary is a resident of a treaty state, prima facie this violates Article 7".

Este é também o ponto de vista suíço, expresso a respeito da legislação australiana sobre *controlled foreign entities*.³⁴

Na França, o *Conseil d'État* confirmou o julgado da Corte de Apelação de Paris, que havia decidido ser o art. 209^o-B do *Code Général des Impôts*, incompatível com a convenção franco-suíça contra a dupla tributação (*caso Schneider*), sendo tal entendimento aplicável a todos os tratados contra a dupla tributação assinados pela França que se guem a Convenção Modelo da OCDE.³⁵

A questão foi debatida, de modo amplo, na Espanha, em face do regime de "transparência fiscal internacional" adotado pela Lei n. 43/95, de 27 de dezembro, sobre o imposto de sociedades, tendo a generalidade dos doutrinadores opinado pela sua incompatibilidade com os tratados contra a dupla tributação.³⁶

33. Cf. *Double Taxation* (2^a ed.), cit., p. 82.

34. Cf. T. Dwyer, "The CFC Tax Versus Double Tax Agreements", 1991, *Bulletin of the World Tax Bulletin* (Austrália), par. 813.

35. *Conseil d'État* 28 de Junho, "SA Schneider Electric".

36. Cf. Estanislao Rodríguez-Ponga Salamanca, *Transparência fiscal internacional*, Joaquim de Arespacochaga, *Planificación Fiscal Internacional*, Madrid, 1996, p. 89; Luis Alberto Malvárez Pascual, *La nueva regulación del impuesto sobre sociedades - Regímenes especiales* vol. II, Madrid, 1996, p. 255. No mesmo sentido Velasco Plaza, *Tributación internacional en el proyecto de ley del impuesto sobre sociedades* (comunicação ao V Congresso Nacional de Economia); Tulio Rosembuj, *Transparência, pp. 11 ss.*, e *Derecho Fiscal Internacional*, cit., pp. 203 ss.; J. M. Almundi Cid, *El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*, cit., pp. 322 ss.

No mesmo sentido se pronunciou a esmagadora maioria dos relatores na tomada da obra coletiva *CFC Legislation, Tax treaties and EC law*, coordenada por Lang, Eigner, Scheuerle e Stefaner (2004).³⁷

Um argumento em favor da compatibilidade das legislações do tipo CFC com os tratados internacionais, invocado nos Comentários à Lei n. 43/95, § 13), alega que não se estaria tributando as sociedades estrangeiras, mas as investidoras nacionais, embora com referência aos lucros das primeiras. E acrescenta-se: "O imposto cobrado por um Estado sobre os seus próprios residentes não reduz os lucros das empresas do outro Estado e não se pode, por conseguinte, dizer que foi lançado sobre esses lucros".

tal argumento colide, porém, com a letra e o espírito dos tratados, que têm por fim impedir a dupla tributação do mesmo lucro, ainda que nas mãos de dois sujeitos passivos distintos, reservando a competência tributária exclusiva ao Estado de domicílio das participações. Acresce que a tributação dos lucros das participadas estrangeiras,

37. Esta alda também discutida a compatibilidade das regras CFC com os princípios de Direito Comunitário que regem a União Europeia. Está em causa principalmente a questão de saber se o tratamento diferenciado entre residentes e não residentes nos princípios da liberdade de estabelecimento, da livre circulação de capitais, do livre direito, da não discriminação e da proporcionalidade, tais como formulados no Regulamento do Tribunal de Justiça das Comunidades. No tocante à eventual incompatibilidade das disposições CFC do Reino Unido com as regras e os princípios comunitários, sobretudo com o disposto nos arts. 43^o e 49^o do Tratado, tenha-se presente o parecer do TJCE no *Caso Cadbury Schweppes*. Neste caso, o TJCE concordou com grande parte das conclusões do Advogado-Geral, concluindo que as legislações nacionais do Reino Unido, relativa às sociedades estrangeiras controladas, estão geralmente em conformidade com o Tratado, na medida em que prossigam o objetivo legítimo de combater a fraude ou a evasão fiscal. Todavia, estas regras serão contrárias aos arts. 43^o e 49^o do TCE, quando se aplicarem a expedientes que não constituam "exceções puramente artificiais". Tal como o TJCE salientou, são fatos determinantes para a existência de tais expedientes saber se o contribuinte tem uma intenção específica de obter uma vantagem fiscal estabelecendo-se noutra Estado-membro, se esta tem estabelecimento no Estado-membro que prossiga atividades económicas e que estabelecimento dispõe de uma existência física em termos de instalações, pessoal e equipamento. Contudo, conforme salienta, a questão de determinar se algum agente em particular é "puramente artificial" deve ser resolvida nos tribunais do próprio caso. Relativamente à legislação CFC do Reino Unido, são ainda relevantes os seguintes casos: Processo C-201/05, *Caso The Test Claimants in the CFC and Hybrid Group Litigation* e Processo C-203/05, *Caso Vodafone 2*. Cf. Saldanha Sanchez, *As fronteiras do planeamento*, pp. 439 ss. Para maiores esclarecimentos, cf. Alberto Xavier, *Imposto Tributário Internacional* (2^a ed.), Coimbra, 2007, pp. 427 ss.

consideradas “transparentes”, equivale à descon sideração da personalidade jurídica destas últimas, descon sideração esta que os tratados não consentem, tanto mais que eles próprios definem o conceito de *pessoa* como “uma pessoa física, uma sociedade ou qualquer outro agrupamento de pessoas”, não sendo possível a um Estado unilateralmente a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída no outro Estado. Enfim, a argumentação em causa conduziria a que o alcance efetivo da primeira parte do § 1º e art. 7º (aliás, o “coração” dos tratados tributários) ficasse esvaziado de conteúdo, pois não se concebe num mundo moderno e civilizado que um Estado se possa arrogar a tributação dos lucros de sociedade estrangeira, que não seja pela adição de seu valor à base de cálculo do imposto incidente sobre a sociedade nele domiciliada, pois de contrário isso significaria o exercício extraterritorial de poderes públicos, como o lançamento e a arrecadação, ofensivos da soberania do Estado estrangeiro. Em que casos se poderá verificar a absurda hipótese, invocada pelos Comentários da OCDE, de o imposto de um Estado reduzir os lucros do outro?

Outra linha de argumentação no sentido de que os tratados seriam compatíveis com as legislações *CFC* consiste em sustentar que essas legislações, na sua essência, consagram uma presunção ou ficção de distribuição de dividendos, dividendos esses cuja tributação é permitida pelo Modelo OCDE, em termos cumulativos, ao Estado de residência do titular.

Daqui decorreria a pretensa legitimidade da tributação de um “dividendo fictício”, tal como construído pelos regimes *CFC*.

E isto porque, como já se disse, enquanto o lucro da empresa estrangeira, dotada de personalidade jurídica própria, é rendimento dessa mesma empresa e não da sua participante (*Trennungsprinzip*), o dividendo, tendo embora a sua fonte na empresa estrangeira, é rendimento próprio da sociedade que participa no seu capital.

O referido argumento parte do princípio – em si mesmo exato – de que nos termos da repartição dos poderes tributários dos Estados operada pelas convenções contra a dupla tributação, que seguem o modelo da OCDE, procedeu-se a uma nítida distinção entre os *lucros das empresas* e os *dividendos* por elas distribuídos. Enquanto os *lucros das empresas* estão sujeitos à regra da atribuição de competência tributária

do país de domicílio da empresa que os obteve (art. 7º da Convenção Modelo), com a consequente exclusão de competência do país de domicílio da sociedade que participa no seu capital, os *dividendos* estão sujeitos à regra de atribuição de competência tributária do país de domicílio da empresa que os distribuiu (país de fonte) e do país de domicílio da empresa que os auferiu (país de residência) (art. 10 da Convenção Modelo).

A pretensa não autoriza, porém, as conclusões, em razão de dois fundamentos decisivos.

O primeiro é de que a letra dos tratados (em conformidade, aliás, com o Modelo OCDE) se refere a dividendos “pagos”, expressão esta que revela a vontade de o regime de competência cumulativa nele consagrado apenas se aplicar a rendimentos efetivamente destacados pelo participante das sociedades e transferidos para o de seus sócios, não constituindo uma interpretação ampla, sem suporte em nenhum elemento hermenêutico, segundo a qual o conceito convencional de dividendo seria de tal sorte largo que abrangeria lucros imputados abstratamente por presunção ou ficção legal operada pela lei interna.

O segundo reside em que é ilegítimo o emprego, por uma fonte de direito como a lei interna, do mecanismo das ficções legais (como acontece no caso presente, em que se alega a existência de um “dividendo fictício”) para invadir a esfera de competência de outra fonte, o tratado, adotada em razão da hierarquia ou da especialidade, com vista a evitá-lo de modo indireto ou obliquo a prevalência da sua aplicação.

Item se ainda alegado que o § 5º do art. 10 do Modelo OCDE seria incompatível com as legislações *CFC*: “Quando uma sociedade residente de um Estado Contratante obtiver lucros ou rendimentos provenientes de outro Estado Contratante, esse outro Estado não poderá exigir nenhum imposto sobre os dividendos pagos pela sociedade, exceto na medida em que esses dividendos forem pagos a um residente desse outro Estado ou na medida em que a participação geradora dos dividendos estiver efetivamente ligada a um estabelecimento permanente situado nesse outro Estado, nem sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a um imposto sobre os lucros não distribuídos, mesmo que os dividendos pagos ou os lucros não distribuídos consistam total ou parcialmente, em lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado”.

Quanto a este argumento concordamos com os Comentários da OCDE (art. 10, § 37), segundo os quais o § 5º do art. 10 trata apenas de tributação na fonte, não tendo qualquer implicação no país de residência, além de que trata apenas de tributação da companhia e não do acionista.

Os Comentários da OCDE ao art. 1º da Convenção Modelo (art. 1º, §§ 22 e ss., com remissão ao art. 7º, § 13, e art. 10, § 7º) concluem desde a versão de 1993, pela compatibilidade dos regimes *CFC* com o Modelo OCDE, e afirmam que, em consequência, não se torna necessário clarificar a referida compatibilidade por via de disposição convencional expressa.

E acrescentam – com considerações extrajurídicas de política legislativa – que os referidos regimes visam a manter a equidade e a neutralidade dessas leis num ambiente internacional caracterizado por muito diversos níveis de tributação. Assim, tais regimes deveriam ser adotados para atingir o referido objetivo, não devendo ser aplicados quando o rendimento por eles tributável estiver sujeito à tributação comparável à do país de residência do contribuinte. Acolhe assim a chamada *jurisdictional approach*.

Seja, porém, como for, o certo é que os Comentários da OCDE não obstante a sua respeitabilidade, mais não são do que um documento que exprime o entendimento preponderante das Administrações fiscais dos Estados-membros, não sendo vinculante nem para os cidadãos nem para os tribunais.

Acresce que, do ponto de vista jurídico, a argumentação nela expendida, além de sumária,³⁸ reflete ostensivamente o unilateralismo científico, como atrás se apontou.

Isto levou vários países a exprimirem reservas formais ao referido entendimento, como a Bélgica, afirmando categoricamente a existência do conflito. A Irlanda e a Holanda sustentam não ser possível defender a conformidade *in abstracto*, de tal modo que só em face das circunstâncias do caso concreto se poderia configurar um abuso. Idem

38. "Actually the Commentary expressed the different views of the administrations of the OECD countries without providing many arguments" (destaque nosso, Cf. Lang e outros, *CFC Legislations...*, cit., p. 29).

referir na expressão pela Suíça. Para além do plano puramente jurídico de interpretação dos tratados existentes, pode até admitir-se que, desde quando expressa a regra de um tratado, ambos os Estados recorrem a uma derrogação à regra de competência exclusiva do art. 7º do caso excepcional e por concretas razões antielisivas, como é o caso das legislações *CFC* propriamente ditas, que apenas abrangem certos tipos de rendimentos. E talvez seja até neste sentido político que a OCDE tem afirmado, em termos mais ou menos precisos, se não uma verdadeira compatibilidade, pelo menos a possibilidade de coexistência a título de regime excepcional. Esta possibilidade é, porém, invocável em face de uma legislação, como a brasileira, que contém a disciplina regra de tributação automática de sociedades controladas estrangeiras, sendo destituída de qualquer finalidade ou finalidade antielisiva. E, em termos gerais, não pode ser pretendida na ausência de cláusula convencional expressa, feita a insistência de um princípio geral antiabuso implícito nos tratados contra a dupla tributação.