

GRANDES QUESTÕES ATUAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

18º volume

Coordenador

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA

Autores

ALBERTO XAVIER
ALCIDES JORGE COSTA
BETINA TREIGER GRUPENMACHER
CAIO AUGUSTO TAKANO
EDUARDO JUNQUEIRA COELHO
FÁBIO PALLARETTI CALCINI
FERNANDO FACURY SCAFF
GABRIEL LACERDA TROIANELLI
GUILHERME CEZAROTI
HELENO TAVEIRA TÔRRES
HUGO DE BRITO MACHADO
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO
LUÍS EDUARDO SCHOUEI
MARCIANO SEABRA DE GODOI
MISABEL ABREU MACHADO DERZI
PAULO AYRES BARRETO
PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA
RENATO LOPES BECHO
ROBERTO FERRAZ
SACHA CALMON NAVARRO COELHO
SERGIO ANDRÉ ROCHA
VALTER DE SOUZA LOBATO

DIALÉTICA

São Paulo - 2014

PATRIMÔNIO

BM&A

Biblioteca - RJ

Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior, em face da Lei nº 12.973/2014

PAULO AYRES BARRETO

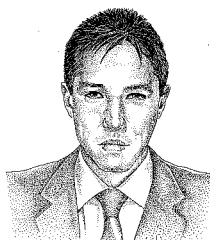
Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Livre-Docente pela Universidade de São Paulo - USP, onde é Professor-Associado.

CAIO AUGUSTO TAKANO

Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Convidado da Pós-Graduação da FGV Management. Advogado em São Paulo.



Paulo Ayres Barreto



Caio Augusto Takano

I - Introito

Dista de ser simples o exame da tributação no Brasil. A tônica prevalecente é a complexidade. Trata-se de característica imamente ao nosso sistema tributário, que gera, de um lado, insegurança e altos custos para os contribuintes que pretendem manter-se em conformidade com as suas obrigações tributárias e respectivos deveres instrumentais, e, de outro, dificuldades para as empresas brasileiras competirem no plano internacional.

Os primeiros desafios exurgem do modelo de federação escolhido pelo legislador constituinte. Dentre os entes tributantes temos, além da União, os Estados membros, os Municípios e o Distrito Federal, a colorir com matrizes próprias e peculiares a repartição de competência tributária impositiva, necessária para garantir-lhes autonomia. Se colocarmos sob foco as incidências sobre o consumo, identificaremos distintos tributos, criados e administrados por diferentes entes tributantes, em cenário propício às mais acirradas disputas tributárias e à crescente insegurança jurídica. Daí o porquê de o sistema tributário brasileiro ter ganhado a reputação de ser um dos mais complexos do mundo, notadamente em razão do

seu imposto sobre valor adicionado, conforme pertinente apontamento de Vitor Tanzi¹.

No que tange à tributação sobre a renda, insiste-se na busca de soluções dissonantes das melhores práticas internacionais, cunhadas após longo processo de aprendizado histórico. Nossas soluções para esse imposto - não raro - são únicas no mundo. É o que sucede com a legislação de preços de transferência, subcapitalização, tributação de lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior, juros sobre capital próprio etc.

Como ensina David Rosenbloom, os sistemas tributários refletem a história, a cultura, os valores e as necessidades de seus países². A evolução legislativa da tributação dos lucros auferidos no exterior revela precisamente a linha de raciocínio que tem norteado o legislador tributário: a preferência por um sistema que promova maior arrecadação, simplicidade e praticidade, a um que guarde consonância com o princípio da capacidade contributiva, que respeite as garantias dos contribuintes, que gere justiça tributária ou que fomente a internacionalização das empresas brasileiras. O que interessa é atender os interesses do Fisco!

Nesse cenário, as modificações introduzidas pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014³, longe de trazerem soluções satisfatórias à questão dos lucros auferidos no exterior, limitaram-se a cunhar regras de caráter meramente arrecadatório, que não se harmonizam com os padrões internacionalmente aceitos, nem permitem o adequado desenvolvimento da empresa nacional.

A partir do resultado do julgamento da ADIn nº 2.588/DF pelo Supremo Tribunal Federal e, fundamentalmente, do que não foi decidido naquela ocasião, confirmou-se a postura peculiar do Brasil em tributar a renda independentemente de efetiva distribuição dos lucros ou situações de abuso precisamente delimitadas pela lei, exce-

¹ Comentários conclusivos ao Colóquio Internacional do NEF.

² Cf. ROSENBLUM, H. David. "Where's the pony? Reflections on the making of international tax policy". *Bulletin for International Taxation*. Amsterdã: IBFD, 2009, p. 535.

³ Fazemos o registro de que este artigo, pelo tema que nos foi conferido pelo editor, terá como foco as alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014 em nosso ordenamento jurídico, embora estejamos cientes de que algumas das principais inovações e críticas já poderiam ser realizadas durante a vigência da Medida Provisória nº 627/2013.

to nos casos de coligadas localizadas em países sem tributação favorecida (que não sejam paraísos fiscais), cuja tributação foi reconhecida como inconstitucional.

Nesse intento, houve um esforço do legislador em aproximar o novo regime jurídico da tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior à legislação “CFC” (*Controlled Foreign Corporation*), na tentativa de se justificar a tributação, nas demais situações em que não houve expresso afastamento pela Corte Suprema, de algo que renda (disponível) não é. Podemos citar, exemplificativamente, a positivação do conceito de renda ativa, a diferenciação de tratamentos para empresas situadas em países de subtributação ou paraíso fiscal etc. Mera máscara, que esconde inequívoca preocupação de gerar receitas imediatas aos cofres públicos, mas que, como se verá, causa distorções sistêmicas e apenas em tese prestigia a arrecadação tributária. Não há, na nova dicção legal, uma clara e precisa distinção entre situações normais, em que há genuíno exercício da atividade empresarial, e aquelas excepcionais que, mudo afora, ensejam a aplicação de normas “CFC”, por conterem o elemento “abusivo”.

Tais aspectos serão abordados adiante, mas registre-se, por oportuno, que insistimos em permanecer na contramão do mundo, em não incentivar a competitividade das empresas nacionais, em não compreender o contexto em que o Brasil está inserido internacionalmente e o papel que exerce nele⁴. Novamente, com o argumento de tornar a legislação mais simples e a arrecadação mais eficiente, ignoram-se diretrizes fundamentais do Texto Constitucional, sempre em prejuízo do contribuinte.

Embora seja prematuro fazer afirmações peremptórias sobre as normas jurídicas veiculadas pela Lei nº 12.973/2014, nosso propósito, neste artigo, é o de discorrer sobre os contornos do novo regime jurídico da tributação dos resultados auferidos no exterior e os seus limites positivos, examinando as perspectivas da tributação da renda das pessoas jurídicas em bases universais no sistema tributário brasileiro.

⁴ Nesse sentido, a palestra proferida por Luís Eduardo Schoueri, por ocasião do XXIII Congresso brasileiro de Direito Tributário, realizado pelo Instituto Geraldo Ataliba - Idepe, publicada na *Revista de Direito Tributário* nº 111. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 140-146.

II - A Evolução do Tema - o Contexto da Publicação da Lei nº 12.973/2014

Desde a primeira tentativa da União, sob a égide da Constituição Federal de 1988, de tributar a renda das pessoas jurídicas em bases universais (*world-wide-income*) com a publicação da Lei nº 9.249/1995⁵, o tema tem gerado intensos debates na doutrina, com os correspondentes efeitos na jurisprudência. Embora este não seja o espaço para reproduzi-los, é inevitável uma breve digressão sobre o tratamento fiscal da matéria, que não tem sido linear, para que se compreenda o contexto no qual as alterações da Lei nº 12.973/2014 foram instituídas.

Com o advento da Lei nº 9.249/1995, pretendeu-se introduzir o princípio da universalidade na tributação sobre a renda das pessoas jurídicas. Passou-se a exigir que os lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior fossem computados na apuração do lucro real, proporcionalmente à participação da pessoa jurídica residente ou domiciliada no país em seu capital. Não obstante, olvidou o legislador que o Código Tributário Nacional exige, em seu art. 43, a disponibilidade, jurídica ou econômica, da renda para sua tributação.

Por esse mesmo motivo, não lograram êxito nem a Instrução Normativa nº 38/1996, que previu o “diferimento” da tributação para o momento em que os lucros auferidos por empresas estrangeiras fossem colocados à disposição da controladora ou coligada brasileira, e nem a Lei nº 9.532/1997, que atribuiu caráter legal às dicções contidas naquele ato normativo.

O cenário jurídico somente se tornou propício à pretensão de se tributar a renda em bases universais com a introdução do parágrafo 2º ao art. 43 do CTN pela Lei Complementar nº 104/2001, que prescreveu caber à lei ordinária estabelecer as condições e o momento em que se dará a disponibilidade de receitas e rendimentos oriundos do exterior. O dispositivo, entretanto, deve ser lido com cautela. Não

⁵ Em rigor, a primeira tentativa para a tributação em bases universais pelo IRPJ se deu com a edição dos Decretos-leis nº 2.397/1997 e nº 2.413/1988, revogados dois meses após a edição do último pelo Decreto-lei nº 2.429/1988, o qual restabeleceu o princípio da territorialidade. Sobre o encadeamento normativo do tema até a MP nº 627/2013, cf. BARRETO, Paulo Ayres. “Tributação dos resultados auferidos no exterior”. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito Tributário contemporâneo - estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 562-563.

é demais lembrar que referido parágrafo deve ser compreendido, interpretado e aplicado dentro do contexto do *caput* desse dispositivo, de modo que o legislador não é livre para eleger qualquer fenômeno como meio ou momento de disponibilização de renda⁶. Há um claro limite: a existência de um acréscimo patrimonial, disponível ao seu titular⁷. Sobre o tema, ensina Paulo de Barros Carvalho que “renda é, sempre e necessariamente, renda disponível, pelo que tributar renda indisponível importaria ultrapassar os limites postos pelo legislador do Código Tributário, para efeito de criar a regra-matriz da exação”⁸. Destarte, a definição do critério temporal da regra-matriz de incidência tributária não pode infirmar a base de cálculo e a materialidade do imposto.

No entanto, a modificação do CTN abriu espaço para que a União, novamente, pudesse buscar a tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior independentemente de sua efetiva disponibilização, com a edição da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, contendo, em seu art. 74, previsão normativa que restabelece o mesmo teor daquela inserta na Lei nº 9.249/1995. Por fim, passou-se a prever a incidência do imposto de renda sobre o resultado positivo de equivalência patrimonial, por meio da Instrução Normativa SRF nº 213/2002.

Diante do cenário descrito, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 2.588/DF) para questionar a constitucionalidade daquele dispositivo legal. E assim se iniciou uma acirrada discussão nos tribunais

⁶ Por todos, cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “A disponibilidade ficta de lucros de coligadas ou controladas no exterior”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 6º volume. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 405-408.

⁷ Relativamente a esta matéria, tivemos a oportunidade de manifestar nossa opinião: “O espaço para atuação do legislador ordinário nesta matéria é sobremodo limitado, razão pela qual a pretensa delegação fica de todo esvaziada. Poderá optar única e exclusivamente o legislador ordinário por prever a incidência do imposto: a) no exato instante em que a renda estiver disponível; ou b) em algum momento lógica e cronologicamente posterior ao da efetiva disponibilização.” (Cf. BARRETO, Paulo Ayres. “Imposto sobre a renda e os lucros auferidos no exterior”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 6º volume. São Paulo: Dialética, 2002, p. 340)

⁸ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: linguagem e método*. 3ª edição. São Paulo: Noeses, 2009, p. 675.

que perduraria mais de uma década e acumularia débitos tributários que somariam mais de R\$ 43,5 bilhões⁹.

Também no âmbito acadêmico, o tema foi enfrentado a partir de uma perspectiva constitucional, questionando-se se a tributação de disponibilidade ficta da renda estaria em consonância com o conceito constitucional de renda e a sua *definição* constante no art. 43 do CTN¹⁰. Além disso, sob uma perspectiva a infraconstitucional, contestou-se a ideia trazida pela Instrução Normativa nº 213/2002 de que o Método de Equivalência Patrimonial (MEP) teria o condão de apontar disponibilidade de renda¹¹, bem como a compatibilidade do art. 74 da MP nº 2.158 com os tratados internacionais que visam evitar a dupla tributação¹².

A espera por uma posição definitiva sobre o tema perdurou 12 anos. Entretanto, o julgamento da ADIn nº 2.588 trouxe mais dúvidas do que certezas. O Pretório Excelso pouco definiu sobre os limites a serem observados: decidiu, naquela ocasião, que o art. 74 da MP nº 2.158 seria inconstitucional para coligadas sediadas em países sem tributação favorecidas ou que não sejam paraísos fiscais, enquanto que seria constitucional para controladas sediadas em países com tributação favorecida ou que sejam paraísos fiscais. Não houve um posicionamento acerca das situações mais frequentes de investimentos em sociedades estrangeiras, tampouco foi objeto de deliberação pela Corte Suprema a questão das controladas e coligadas situadas em países com os quais o Brasil tenha firmado acordos de bitributação. Sequer houve uma manifestação objetiva sobre a possibilidade de tributação do resultado de equivalência patrimonial, que foi enfrentado apenas tangencialmente naquele julgamento.

⁹ Notícia publicada no jornal *Valor Econômico* em 8.4.2013.

¹⁰ Sobre o assunto, cf. BARRETO, Paulo Ayres. “A tributação, por empresas brasileiras, dos lucros auferidos no exterior por suas controladas ou coligadas”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. 17º volume. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 218-234.

¹¹ Por todos, cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 729-772.

¹² Por todos, cf. XAVIER, Alberto. “A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação”. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito Tributário contemporâneo - estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 53-85.

Foi nesse contexto de insegurança e inquietações dos empresários que a Lei nº 12.973/2014 foi publicada, buscando então preencher essas lacunas e impor novas diretrizes para a tributação dos lucros no exterior. O que se viu, contudo, não foi uma medida legislativa que visasse fomentar a segurança jurídica e a internacionalização das empresas brasileiras, a corresponder aos anseios dos contribuintes e a introduzir uma legislação “CFC” que diferenciase situações normais daquelas prejudiciais ao desenvolvimento econômico do país. Pelo contrário, teve-se medida que leva em consideração um único interesse: o da própria Administração Tributária.

Passaremos, ainda que em breves linhas, a perquirir os novos contornos da tributação do resultado de coligadas e controladas no exterior.

III - As Alterações Promovidas pela Lei nº 12.973/2014 e a sua não Caracterização como uma Legislação “CFC”

Em linhas gerais, duas foram as principais propostas da Lei nº 12.973/2014 sobre o tema: de um lado, garantir a arrecadação daquelas situações que anteriormente eram abarcadas pelo art. 74 da MP nº 2.158/2001 e que não foram expressamente declaradas inconstitucionais no julgamento da ADIn 2.588/DF; de outro, conferir uma base legal à tributação da renda com base nos ajustes do valor do investimento pelo Método de Equivalência Patrimonial, antes prevista apenas na Instrução Normativa nº 213/2002.

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal e, principalmente, da dualidade criada no voto do Ministro Joaquim Barbosa, a novel legislação buscou trazer conceitos de outros ordenamentos jurídicos para justificar as novas regras a partir de um pretenso caráter antiabusivo, mas que, por sua orientação nitidamente arrecadatória, continua sendo absolutamente diferente do que se pratica no mundo inteiro.

No tocante às coligadas sediadas no exterior, fora dos chamados “paraísos fiscais”, a Lei nº 12.973/2014 segue o caminho trilhado pela Corte Suprema no julgamento da ADIn 2.588/DF, tributando os lucros por elas auferidos quando tiverem sido efetivamente disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil. Determina, ainda, a observância de três condições para que se considere que uma empresa coligada esteja fora de paraíso fiscal ou país de tribu-

tação favorecida: (i) não estar sujeita a regime de subtributação, assim entendido aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior a alíquota nominal inferior a 20%; (ii) não estar localizada em jurisdição com tributação favorecida ou ser beneficiária de regime fiscal privilegiado; (iii) não ser controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica em país de tributação favorecida ou submetida aos referidos regimes fiscais.

Havendo o descumprimento de qualquer uma dessas condições, seus lucros serão considerados disponíveis já na data de apuração, como ocorria sob a vigência da MP nº 2.158/2001, independentemente de o investimento ser ativo ou passivo; se a investidora tem imediata disponibilidade sobre seus resultados; se emprega milhares de pessoas ou nenhuma; ou se consiste em denso complexo parque industrial ou mera empresa de papel.

Em relação às empresas controladas, a Lei nº 12.973/2014 impõe o cômputo na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL das parcelas do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, equivalente aos lucros auferidos no período. O método escolhido pelo legislador para concretizar a tributação desses lucros ainda não disponibilizados merece críticas, como será exposto abaixo, mas registre-se, desde logo, que revela a clara intenção de conferir uma base legal à tributação do resultado positivo obtido pelo Método de Equivalência Patrimonial, e induzir o intérprete ao entendimento de que não são os lucros das empresas controladas no exterior que são tributados, mas o seu reflexo no patrimônio da controladora, buscando com isso afastar o alcance dos acordos de bitributação.

A legislação diferencia, também para as controladas, a situação de estarem ou não sediadas em paraísos fiscais. Para esta última hipótese, haveria a possibilidade de se considerar de forma consolidada os seus resultados para fins de apuração do IRPJ e da CSLL da controladora sediada no Brasil, enquanto que nos demais casos a apuração deverá ser realizada de forma individualizada, registrando-se contabilmente o resultado de cada controlada direta e indireta, proporcionalmente à sua participação em cada uma delas.

Nesse ponto é que se nota, com maior intensidade, a tentativa do legislador de se aproximar das legislações “CFC”, pois se utilizam como critérios não apenas aqueles três elencados para as coliga-

das, como também outros dois: possuir renda ativa¹³ própria igual ou superior a 80% da sua renda total, e não estar sediada em país que não mantenha com o Brasil acordo ou cláusula específica em tratado para troca de informações para fins tributários, o que corresponde com a crescente preocupação da OCDE com os paraísos fiscais, centrada no grau de cooperação no combate ao sigilo e à opacidade em matéria de informações.

No entanto, estamos convencidos de que a nova legislação sobre lucros auferidos no exterior não pode ser considerada propriamente uma legislação “CFC”, já que esta possui como traço típico o caráter excepcional de sua aplicação, de forma a evitar casos específicos de abuso.

Um breve exame no Direito comparado indica que nossas regras de tributação dos lucros auferidos no exterior são diferentes do padrão internacionalmente aceito e das melhores práticas adotadas nos demais países. Consoante aponta Heleno Taveira Tôrres, há diversos testes que são utilizados no Direito comparado para identificar as hipóteses em que devem ser aplicadas as regras “CFC”.

“O primeiro é o da confrontação das alíquotas vigentes em ambos os ordenamentos, de tal sorte que a alíquota do país de localização da CFC não seja inferior a uma dada proporção em relação àquela do país de residência do controlador (90%, 75%, etc.). O teste do escopo social serve para verificar se a sociedade exerce um fim negocial legítimo (*business purpose*) ou presta-se apenas como um meio de economia de tributos. O terceiro é o teste da cotação em bolsa, para excluir a aplicação das medidas. O teste mais frequente é o da ‘distribuição aceitável’, satisfeito quando um percentual preestabelecido de rendimento disponível para distribuição é recebido dentro de um prazo razoável (18 meses, em média).

Um outro teste é o da data contábil, à qual as autoridades atribuem um vínculo de participação pelo período de tempo

¹³ “Art. 84. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - renda ativa própria - aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas decorrentes de: a) *royalties*; b) juros; c) dividendos; d) participações societárias; e) alugueis; f) ganhos de capital, salvo na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de 2 (dois) anos; g) aplicações financeiras; e h) intermediação financeira.”

que o sujeito manteve-se vinculado à sociedade. E, por fim, o teste de *minimis*, que não é mais do que um teto mínimo aceitável de distribuições em face do volume de investimentos e dentro de um dado período de tempo.”¹⁴

Em regra, algumas legislações estrangeiras conferem maior relevância ao fato de a sociedade intermediária estar localizada em território de baixa tributação (*jurisdictional approach*), enquanto outras atribuem preponderância à natureza do rendimento (*transactional approach*), muito embora hoje, influenciadas reciprocamente com vistas a aperfeiçoar seus mecanismos, é difícil encontrar uma que opere exclusivamente sob um desses modelos¹⁵.

Nos países europeus, predomina-se o critério objetivo, dependendo da conjugação de alguns requisitos para que se apliquem as normas CFC, tais como: (i) participação de residente em pessoa jurídica não residente, em posição que caracterize controle societário; (ii) natureza passiva dos investimentos; e (iii) domicílio tributário da empresa não residente em país com tributação favorecida¹⁶. Mesmo os Estados Unidos da América, que tradicionalmente se valeram do critério subjetivo (sendo decisivamente importante a participação societária na empresa do exterior), não ignoram a natureza do rendimento, tributando apenas rendas passivas, salvo algumas exceções¹⁷.

Eis porque Alberto Xavier afirma que a tendência predominante é de as legislações “CFC” atingirem os rendimentos passivos auferidos por sociedades controladas instaladas em território de baixa tributação¹⁸.

Não é o que ocorre no Brasil. Em relação às controladas, permaneceu a tributação indistinta dos lucros auferidos no exterior, independentemente de estarem sediadas ou não em paraíso fiscal, de

¹⁴ Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional. Planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: RT, 2001, pp. 127-128.

¹⁵ Cf. XAVIER, Alberto. “A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação”. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito Tributário contemporâneo - estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 60-61.

¹⁶ Cf. UCKMAR, Victor *et al.* *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 391.

¹⁷ Cf. ISENBERGH, Joseph. *International taxation*. 3ª edição. Nova York: Foundation Press, 2010, pp. 191-192.

¹⁸ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 287.

efetivamente existirem e exercerem alguma atividade, de haver um propósito empresarial nelas, ou de reter ou distribuir seus rendimentos. Os pretensos critérios “CFC” adotados na legislação brasileira prestam-se, pois, unicamente a determinar a forma de cálculo da tributação dos lucros auferidos por controladas estrangeiras, se consolidada ou individual. O modelo de legislação “CFC” pretendido pelo legislador brasileiro permanece, assim como era sob a vigência da MP nº 2.158, único no mundo¹⁹!

É curioso notar que, em relação à utilização da quantidade de renda ativa da empresa estrangeira como parâmetro para a aplicação das regras “CFC” à totalidade de seus resultados, somente se encontra regime semelhante ao nosso no Direito chinês, com a exceção de que nesse se exige que a maior parte da renda seja passiva para aplicar as regras excepcionais antiabuso, e não somente 20%²⁰. Seja como for, cabe reconhecer que o modelo brasileiro trilha caminho radicalmente oposto ao dos países-membros da OCDE.

Mesmo em relação ao tratamento conferido especificamente às coligadas no exterior sediadas em países de tributação favorecida ou que sejam paraísos fiscais, não há outros testes que permitam identificar se, de fato, existe um abuso que justifique a tributação da totalidade de seus lucros antes de sua efetiva distribuição.

É forçoso reconhecer que, embora sejam empregados diversos parâmetros que efetivamente são utilizados em legislações “CFC” de outros países, não há em nosso sistema legítimas regras “CFC” que justifiquem a ficção de distribuição de lucros: as normas da Lei nº 12.973 não se aplicam somente em casos excepcionais ou abusivos; não fazem uma verdadeira distinção em razão do tipo de investimento, suas condições ou o país em que a empresa está situada; e, ainda, não diferenciam situações jurídicas saudáveis daquelas preju-

¹⁹ Não merece reparo, nesse sentido, o comentário feito por Jacques Malherbe sobre o Direito brasileiro, ainda sob a vigência da MP nº 2.158/2001: “Since 2002, Brazil, which belonged to the group of countries without a CFC legislation, has adopted a legislation in which would practically reach further than any other system, by considering profits realized by a controlled or related company abroad as being at the disposal of the controlling or related company in Brazil at the date of balance sheet.” (Cf. MALHERBE, Jacques. “Controlled foreign corporations in the EU after Cadbury Schweppes”. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional aplicado*. Volume V. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 677)

²⁰ Cf. MILLER, Angharad; e OATS, Lynne. *Principles of international taxation*. 4ª edição. Londres: Bloomsbury, 2014, pp. 479-482.

iciais. Torna-se absolutamente equivocada a interpretação da nova legislação como se regras “CFC” fossem.

Sob essa perspectiva, é evidente o viés exclusivamente arrecadatório da Lei nº 12.973/2014: excetuando-se a situação de coligadas sediadas em países de tributação normal, caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a tributação dos lucros antes da efetiva distribuição, tributam-se os lucros em sua data de apuração, garantindo-se ao máximo possível a arrecadação que se desejou com a edição da Medida Provisória nº 2.158/2001. No entanto, se de um lado permite boas margens de arrecadação imediata, de outro, promove efeitos danosos a médio e longo prazos. Ao impor que empresas brasileiras deverão pagar antecipadamente tributos sobre os lucros de suas coligadas e controladas, diretas e indiretas, fez com que suportassem custos aos quais nenhuma empresa estrangeira se sujeita ao exercer suas atividades para além das fronteiras do território de seu Estado.

A consequência é imediata: redução de competitividade das empresas nacionais, que perderão espaço no cenário internacional, vendo reduzirem-se as possibilidades de ombrear-se em condições de paridade com os demais *players* de mercado, em um contexto de acirrada competição. Ao obstar a internacionalização das empresas brasileiras, reduz-se o produto interno bruto do país²¹ e, igualmente, diminuem-se suas taxas de crescimento e de lucratividade. O resultado inexorável é uma menor arrecadação tributária futura. Em outras palavras, eventuais incrementos pontuais da arrecadação no curto prazo serão eliminados pelos nefastos efeitos do tratamento tributário da matéria em médio e longo prazo. O país perde economicamente.

A busca pela racionalização da Administração Tributária e pela otimização da arrecadação tributária não é ilegítima. Pelo contrário, deve ser um fim a ser buscado pelo Estado. O que não é admissível em nosso sistema é que, em prol da arrecadação, ignorem-se os demais vetores do sistema jurídico. Principalmente se essa arrecadação

²¹ Não foi outra a conclusão do estudo de Bernard Appy, que por seis anos foi Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda. Cf. APPY, Bernard; ROSAS, Marcos; e MESSIAS, Lorreine. “Impactos do modelo brasileiro de tributação do lucro de subsidiárias estrangeiras sobre a competitividade das empresas brasileiras”. *Revista brasileira de comércio exterior* nº 113. Rio de Janeiro: Funcex, 2012, pp. 14 e ss.

venha a proporcionar futuramente efeitos perniciosos na economia e na própria arrecadação tributária.

É exatamente essa visão centrada unicamente na arrecadação imediata, sem preocupações sistêmicas, que se identifica no tratamento da matéria pela Lei nº 12.973/2014. Basta verificar, também, as hipóteses e condições da “postergação” do pagamento, previstas no art. 90, aplicáveis exclusivamente às situações em que não houve um posicionamento definitivo pelo STF (coligadas sediadas em países com tributação favorecida ou que sejam paraísos fiscais e controladas sediadas fora de tais jurisdições), permitindo a diluição do pagamento em até oito anos. É interessante perceber que, em comparação à MP nº 627/2013, houve uma redução da parcela inicial a ser paga no primeiro ano (que passou de 25% a 12,5%) e um aumento no prazo final de pagamento (que antes era de até cinco anos).

Todas essas favoráveis condições de pagamento por um único preço: a entrega de declaração que represente confissão de dívida e constituição do crédito tributário, que dificulte a discussão administrativa ou judicial da duvidosa constitucionalidade do novo regime de tributação dos lucros auferidos no exterior. Garante-se, assim, arrecadação tributária em detrimento da coerente aplicação das normas constitucionais.

IV - A Tributação dos Ajustes Positivos do Investimento pelo Método de Equivalência Patrimonial

Até o advento da Lei nº 12.973/2014, muito se debateu, no âmbito acadêmico e jurisprudencial, sobre a possibilidade de se tributar os lucros auferidos no exterior por empresas coligadas e controladas apurados com base nos resultados positivos de equivalência patrimonial, como determinava o art. 7º da Instrução Normativa nº 213/2002, editada sob o pretenso argumento de regular o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158/2001.

Sobre o tema, sustentamos em outras oportunidades que o resultado de equivalência patrimonial da empresa brasileira jamais poderia ser considerado lucro disponibilizado, tendo em vista que (i) contém outros elementos além do lucro, como a variação cambial, correção monetária e reservas; (ii) a legislação expressamente excluía da tributação o resultado de equivalência patrimonial; e (iii) possibilita a tributação diante de situações em que o lucro é zero e mesmo em situações que a controlada ou coligada apure prejuízos.

Destaque-se que esse mesmo entendimento prevaleceu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, nas oportunidades em que foi instado a se manifestar sobre o tema, reconheceu a ilegalidade do art. 7º, parágrafo 1º, da IN nº 213/2002, na medida em que este inovou em relação à lei federal²². Em recente julgamento, o Ministro Ari Pargendler entendeu que tanto o art. 25, parágrafo 6º, da Lei nº 9.249/1995 quanto o art. 23 do Decreto-lei nº 1.598/1977 seriam normas complementares a integrar o núcleo da norma do art. 74 da MP nº 2.158/2001, não se alterando, portanto, o regime jurídico então em vigor, no qual o Método de Equivalência Patrimonial era neutro do ponto de vista fiscal²³.

Também no Supremo Tribunal Federal a tributação dos resultados de avaliação dos investimentos não foi acolhida. No julgamento da ADIn 2.588/DF, a grande maioria dos Ministros refutou, implícita ou explicitamente, a tributação dos resultados de equivalência patrimonial. Propugnaram pela aplicação do método apenas os Ministros Nelson Jobim, Cezar Peluso e Ayres Britto. Tal fato levou o Ministro Dias Toffoli a propor, nos debates orais do julgamento, fosse reconhecida a inconstitucionalidade da aplicação desse resultado.

Esse cenário modificou-se, no entanto, com a edição da Lei nº 12.973/2014. Ao examinar o teor de seus enunciados, depara-se o intérprete com uma redação curiosa. Se, de um lado, houve a clara intenção de conferir-se uma base legal à tributação da renda, fundada nos ajustes do valor do investimento pelo Método de Equivalência Patrimonial, prescrevendo ser a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada que deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da controladora, de outro, houve por bem o legislador reduzir a amplitude dessa tributação, especificando que apenas será computada a parcela referente aos lucros auferidos no período.

Assim, numa primeira aproximação com a novel legislação, é possível sustentar que, embora continue a utilizar os ajustes pelo Método de Equivalência Patrimonial como parâmetro para determina-

²² Cite-se, *verbi gratia*, o Recurso Especial nº 1.211.882/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 14.4.2011, e o Recurso Especial nº 1.236.779/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 31.8.2011.

²³ Recurso Especial nº 1.325.709/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 20.5.2014.

ção da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, sua dicção retira a possibilidade de se tributar resultados positivos que não se refiram especificamente ao lucro passível de distribuição, excluindo-se da tributação outros elementos como reservas, correções monetárias, ganho decorrente da variação de percentual de participação societária etc. A exclusão da variação cambial não seria, em rigor, necessária, mas foi expressamente prevista no texto legal com o escopo de encerrar as disputas com os contribuintes nos tribunais e, ao mesmo tempo, não permitir também a dedução de sua variação negativa.

Entretanto, não foi sem propósito a redação dos enunciados da Lei nº 12.973. A nova legislação buscou legitimar a tributação das controladas indiretas, de modo que ela passe a ser possível pela escrituração, de forma individualizada, dos seus resultados pela empresa brasileira (art. 76), sem que seja necessária a sua distribuição dos referidos lucros, ou, ainda, a eventual consolidação ao nível da controlada direta estrangeira, que só é permitida mediante o cumprimento de uma série de condições, previstas em seu art. 78.

O problema que exsurge, aqui, é que tal pretensão vai além daquilo que foi permitido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn nº 2.588/DF. Se naquela ocasião se consentiu com a tributação das controladas diretas sediadas em paraísos fiscais, disso não decorreu qualquer permissão para se tributar resultados positivos de controladas indiretas.

Tal pretensão encontra, a nosso ver, óbices intransponíveis em nosso ordenamento jurídico. Inicialmente, a mera contabilização do Método de Equivalência Patrimonial não confere qualquer disponibilidade à controladora brasileira sobre um eventual lucro de uma empresa controlada indireta, que no máximo representa uma expectativa de renda para a controlada direta.

E mesmo com a distribuição dos lucros para a controlada direta, há de se considerar que esses poderão ser neutralizados por prejuízos decorrentes de outras controladas daquela empresa. Alcançar os resultados das controladas indiretas, antes mesmo de sua efetiva distribuição e de sua consolidação pela sua controladora no exterior, implica desbordar o conceito constitucional de renda e a sua definição constante do art. 43, *caput*, do CTN. Tal pretensão escapa do espectro de competência do legislador infraconstitucional. Como ensina Paulo de Barros Carvalho, “uma vez cristalizada a limitação do poder legiferante, pelo seu legítimo agente (o constituinte), a matéria

se dá por pronta e acabada, carecendo de sentido sua reabertura em nível infraconstitucional”²⁴. A lei ordinária não poderá alcançar situação em que não haja acréscimo patrimonial ou sua efetiva disponibilidade, em sentido radicalmente oposto à norma constitucional.

Por fim, é bastante discutível a existência de elemento de conexão legítimo a justificar essa tributação. Nesse sentido, esclarece Heleno Taveira Tôrres que “a definição do princípio de conexão (territorialidade ou universalidade) não pode prescindir da determinação dos critérios de conexão que servirão para vincular o sujeito ao ordenamento jurídico”²⁵. Sob o aspecto material, a fonte efetiva da renda localiza-se fora da jurisdição brasileira; e, sob o aspecto pessoal, a controlada indireta não é residente, nacional ou domiciliada no território nacional.

Embora seja verdadeiro que, em alguns ordenamentos, exista a possibilidade de tributação das controladas indiretas, tal hipótese é sempre restrita aos casos em que a legislação “CFC” daqueles países determine que a empresa controlada (direta) é transparente para fins fiscais e, ainda assim, possui um escopo bastante limitado. Anota, com rigor, Alberto Xavier que:

“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 intermédias.”²⁶

Novamente, trilha o Brasil um caminho diferente do resto do mundo, impondo óbices à internacionalização das empresas nacionais. Não apenas tributa lucros de controladas indiretas à míngua de

²⁴ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 229.

²⁵ Cf. TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluriritribuição internacional sobre as rendas de empresa*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2001, pp. 118 e ss.

²⁶ Cf. XAVIER, Alberto. “A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação”. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito Tributário contemporâneo - estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 76.

uma legislação que seja verdadeiramente “CFC”, como também alcança a renda passiva e ativa daquelas empresas, sem qualquer distinção.

Por fim, também é questionável a limitação temporal à possibilidade de consolidação vertical dos resultados obtidos nas empresas controladas, determinando que a consolidação das parcelas do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, poderá ser feita somente até o ano-calendário de 2022.

Com efeito, a consolidação vertical não se trata, sob qualquer perspectiva que a analise, de um benefício fiscal, mas do reconhecimento, no Direito Tributário brasileiro, de que não há uma participação direta da controladora no Brasil nos resultados da coligada ou da controlada indireta. Nesse passo, a consolidação das parcelas de ajuste em controladas diretas e indiretas não é um favor, mas um mandamento necessário de uma tributação que pretende alcançar efetivamente a renda das empresas.

Tolher que a empresa controlada intermediária possa consolidar a apuração dos lucros e dos prejuízos de cada uma de suas controladas é permitir que se tribute, a título de imposto de renda, algo que renda não é, isto é, um lucro que não está disponível para a controladora brasileira e que poderá nunca vir a pertencer-lhe.

V - A Prevalência dos Tratados Internacionais que visam evitar a Dupla Tributação e a Impossibilidade de se tributar os Lucros Auferidos no Exterior pelo Método Aditivo, em Virtude do Art. 7º da Convenção Modelo da OCDE

Com o processo contínuo e crescente de integração dos mercados mundiais, em cenário de intensa globalização, crescimento das corporações e forte concorrência internacional entre os países na busca por novos mercados e atração de investimentos externos, tem-se que a celebração de tratados internacionais em matéria tributária não configura mais mera opção, mas necessidade imperiosa dos Estados no contexto internacional, para conferir segurança e condições que permitam empresas estrangeiras investirem e realizarem negócios em seus territórios.

Nesse cenário, os tratados em matéria tributária são meios pelos quais Estados soberanos se esforçam, usualmente em bases bilaterais, para harmonizar as regras de suas leis tributárias internas,

estabelecendo limites a partir dos quais leis nacionais não se aplicam²⁷.

Por meio dos tratados internacionais que visam evitar a dupla tributação da renda, o Brasil obrigou-se espontaneamente perante outros Estados de Direito a não exigir, no todo ou em parte, tributos a eles reservados. É esse o caso dos lucros. Conforme art. 7º, parágrafo 1º, da Convenção Modelo da OCDE, “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado (...)”. Exceção são os lucros apurados por estabelecimento permanente situado em outro Estado Contratante, os quais serão tributados, na parte em que oriundos desse estabelecimento.

Como relata Philip Baker, esse dispositivo possui um longo histórico e reflete o consenso internacional de que, em regra, até que uma empresa de um dos Estados contratantes possua um estabelecimento permanente em outro Estado (art. 5º da Convenção Modelo da OCDE), ele não deverá ser considerado como um participante na vida econômica desse Estado, não sendo, portanto, a ele conferido o direito de tributar seus lucros²⁸.

Parece-nos correto asseverar, com apoio em Klaus Vogel, que há no art. 7º, parágrafo 1º duas normas jurídicas: (i) se uma empresa residente de um dos Estados contratantes exerça uma atividade e dela auferir lucros, então apenas o Estado de residência daquela empresa poderá tributá-los (regra geral); e (ii) se uma empresa exercer suas atividades no outro Estado por meio de um estabelecimento permanente aí situado, então esse Estado (e não o Estado de residência) poderá tributar seus lucros, mas unicamente na medida em que forem imputáveis ao estabelecimento permanente (regra de exceção)²⁹. Não é demais lembrar que esse mesmo raciocínio conduziu o voto do Ministro Ari Pargendler no Recurso Especial nº 1.325.709/RJ, no qual afastou a tributação, no Brasil, dos lucros apurados por empre-

²⁷ Cf. ROSENBLOOM, H. David. “Where’s the pony? Reflections on the making of international tax policy”. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdã: IBFD, 2009, pp. 535-536.

²⁸ Cf. BAKER, Philip. *Double taxation conventions: a manual on the OECD model tax convention on income and on capital*. 2ª edição. Londres: Sweet & Maxwell, 1994, pp. 7-4.

²⁹ Cf. VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions*. 3ª edição. Londres: Kluwer Law International, 1997, p. 404.

sas controladas com sede em países que celebraram tratados internacionais com o Estado brasileiro.

Destarte, não se tratando de estabelecimentos permanentes, mas de empresas dotadas de personalidade jurídica própria, sejam elas coligadas ou controladas, deve-se aplicar a regra geral, que contém, na feliz expressão de Alberto Xavier, uma “norma de reconhecimento de competência exclusiva” do país em que se encontra domiciliada a sociedade controlada³⁰.

Trata-se do “coração” dos tratados internacionais que visam evitar a dupla tributação. Com efeito, é a competência exclusiva prevista no art. 7º que permite atingir a finalidade dos tratados: impedir a bitributação da renda. Não fosse ela, ambos os Estados contratantes poderiam tributá-la, incorrendo em invasão de soberania, com o que os tratados perderiam sua razão de ser. Ter-se-iam, assim, duas onerações fiscais: uma na origem do lucro e outra na titularidade do sócio, que é justamente o que os tratados visam evitar.

Ressalte-se que, conforme os comentários da OCDE ao art. 7º, parágrafo 1º, dos tratados, o domicílio do sócio não constitui elemento de conexão hábil para fundamentar a tributação do lucro da controlada ou coligada estrangeira, por não interferir na economia do outro Estado contratante. O elemento de conexão relevante, no caso, é a fonte efetiva da renda.

A não observância da competência exclusiva do art. 7º para se atingir os lucros apurados no exterior implicaria a desconsideração da personalidade jurídica e, portanto, uma violação a uma outra cláusula dos tratados, qual seja, o art. 3º da Convenção Modelo da OCDE, que define o conceito de “pessoa”. Segundo essa cláusula, um Estado Contratante não pode desconsiderar a personalidade jurídica outorgada pelo ordenamento jurídico do outro Estado Contratante, uma vez observado o conceito de “pessoa” do tratado.

Feitas essas considerações, o momento é oportuno para se analisar a compatibilidade das regras introduzidas pela Lei nº 12.973/2014 com os tratados internacionais em matéria tributária. Como se viu, excetuando-se as hipóteses em que os lucros advêm de

³⁰ Cf. XAVIER, Alberto. “A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação”. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito Tributário contemporâneo - estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 65.

coligadas que cumpram os requisitos do art. 81, isto é, que não se sujeitem a regimes de subtributação ou estejam situadas fora de paraíso fiscal e, ainda, que não sejam controladas direta ou indiretamente por pessoa jurídica nessas condições, os resultados positivos de empresas investidas situadas no exterior, que impliquem variação positiva do valor do investimento, deverão ser adicionados ao lucro líquido das empresas investidoras sediadas no Brasil na data de sua apuração.

Logo se vê ser absolutamente equivocada a interpretação de que a nova legislação não alcança os lucros das controladas e coligadas no exterior, mas apenas o seu reflexo no patrimônio da investidora, pelos resultados positivos da equivalência patrimonial. Trata-se de mero jogo de palavras, em tentativa de se camuflar uma tributação sobre os lucros de empresas no exterior, que conflita com o art. 7º dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação.

Afinal, poder-se-ia sustentar que, de acordo com a legislação novel, o que se computa na base de cálculo do IRPJ e da CSLL não é o lucro, mas a parcela do ajuste do valor do investimento, equivalente ao lucro, das controladas diretas e indiretas ou os resultados das coligadas, equivalente aos seus lucros ou prejuízos, desde que estejam situadas em “paraíso fiscal”.

No entanto, esse raciocínio não subsiste a uma análise atenta dos enunciados prescritivos da Lei nº 12.973/2014. Ao operacionalizar a pretensa tributação da variação positiva da equivalência patrimonial, a legislação se utiliza, assim como fazia a MP nº 2.158/2001, do “método aditivo” segundo o qual as empresas investidoras deverão “adicionar ao lucro líquido” os resultados positivos apurados das empresas investidas, circunscrevendo-se à parcela da variação referente aos lucros. A nosso ver, trata-se do reconhecimento de que as novas regras de tributação dos lucros auferidos no exterior tributam, verdadeiramente, os lucros das empresas coligadas e controladas no exterior e não rendimentos da empresa brasileira, representados pela variação positiva do investimento (cuja inconstitucionalidade decorreria, neste caso, do transbordamento do conceito de renda positiva, seja na Constituição Federal ou no CTN): se os resultados positivos dos investimentos pela equivalência patrimonial devem ser adicionados ao lucro líquido da empresa sediada no país, é porque não se tratam de lucros brasileiros. O que se tributa, pois, é o lucro da empresa estrangeira que, por não fazer parte do lucro da empresa

brasileira, é, por determinação legal, adicionado ao lucro líquido desta, como se dela fosse (ficção).

Nesse passo, é forçoso reconhecer que a aplicação das novas regras de tributação sobre os resultados de coligadas e controladas no exterior não será possível nos casos em que houver sido celebrado tratado internacional, pois haveria plena dissonância entre o conteúdo deste e dos dispositivos da Lei nº 12.973/2014. Esse conflito de normas - é bom que se diga com todas as letras - resolve-se em favor da aplicação dos tratados. Conquanto haja dissonância doutrinária ora prevalecendo o critério da hierarquia, segundo o qual as normas dos tratados devem prevalecer sobre as normas internas, em outras oportunidades o critério da especialidade ou, ainda, a invocação de uma supranacionalidade dos tratados, o certo é que sempre se predica pela prevalência dos tratados. Adotando-se qualquer uma dessas posturas doutrinárias, a conclusão que se alcança é a impossibilidade de tributar-se, dentro do âmbito dos tratados internacionais, lucros auferidos no exterior sem que haja a efetiva distribuição à empresa brasileira, mesmo pelo método aditivo.

Sobre o tema, Alberto Xavier é enfático:

“Infringiria, 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, contribuinte 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*, quanto o tratado é expresso em atribuir ao Estado de domicílio da controlada ou coligada no exterior uma competência tributária *exclusiva*.”³¹

Tampouco é relevante o fato de que são as empresas brasileiras no país que têm seus resultados afetados pelo imposto, arcando, destarte, com o seu ônus. Como observa Luís Eduardo Schoueri, “o escopo do art. 7º não é subjetivo (as empresas), mas objetivo (os lucros das empresas)”³². Resta claro que o enunciado desse artigo, portanto,

³¹ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 380.

³² Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 219. São Paulo: Dialética, 2013, p. 74.

impõe verdadeiro óbice ao cálculo do Imposto de Renda brasileiro sobre os lucros de empresa localizada no exterior, dotada de personalidade jurídica própria, mesmo que o ônus tributário recaia sobre a empresa nacional.

Em resumo, as diversas perspectivas possíveis para se analisar o tema tiram quaisquer dúvidas sobre o dever de obediência do legislador brasileiro aos tratados internacionais quando dispuserem sobre a tributação dos lucros de empresas que guardem elemento de conexão com seu território, principalmente quando se constata que a legislação brasileira não é verdadeiramente uma legislação “CFC”³³.

Estamos convencidos de que permanece plenamente aplicável o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, no julgamento do Recurso Especial nº 1.325.709/RJ, também para o regramento conferido pela Lei nº 12.973/2014. Naquela ocasião, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho sustentou que a sistemática adotada Pública, de adição do lucro obtido por empresas controladas no Exterior para cômputo do lucro real da empresa controladora, implica a tributação daquele mesmo lucro, em evidente contraste com o convencionado nos tratados internacionais contra a bitributação, e infringe, destarte, o princípio da boa-fé nas relações exteriores.

Convém, neste ponto, recordar a advertência de Luciano Amaro, no sentido de que aquilo que o legislador não puder fazer diretamente, ele igualmente não o poderá fazer de modo indireto, mediante utilização das presunções ou ficções³⁴. Assim, não pode a legislação brasileira tributar os lucros das empresas investidas, uma vez que tal atitude representa nítido desrespeito dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil, justificado pelo uso de uma ficção, segundo a qual se considera que o simples reflexo no ajuste de investimento pela equivalência patrimonial representa uma renda disponível.

³³ Mesmo em relação à aplicação da legislação “CFC” em casos que, em princípio, estariam acobertados por tratados internacionais, há, na doutrina internacional, um intenso debate acadêmico sobre a compatibilidade de tais legislações com os dispositivos dos tratados. Sobre o tema, cf. LANG, Michael. “CFC regulations and double taxation treaties”. *Bulletin - tax treaty monitor*. Amsterdã: IBFD, fevereiro de 2003, pp. 51-58.

³⁴ Cf. AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

Se o Brasil firmou tratados contra a dupla tributação com outros países, sua finalidade e a boa-fé das partes devem ser respeitadas, sobretudo pelo Direito interno. O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 460.320/PR, em que o Ministro Gilmar Mendes houve por bem ressaltar que:

“(...) o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que, em face da legislação infraconstitucional, principalmente quanto ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.”

Nesse sentido, preleciona José Souto Maior Borges que “a única hipótese em que o ordenamento constitucional dá ensejo à aplicação preferencial da lei ocorre quando o STF proclama a inconstitucionalidade do tratado”³⁵. Firmado um tratado pelo Brasil, somente em duas hipóteses ele pode deixar de ser aplicado: se denunciado ou se declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso. Ausentes essas hipóteses, a aplicação do tratado se impõe.

VI - Os Deveres Instrumentais Exigidos pelo Art. 76 da Lei nº 12.973/2014

Não é, entretanto, apenas sob o enfoque do Direito Tributário material que a Lei nº 12.973/2014 merece críticas: igualmente problemático apresenta-se o dever instrumental exigido em seu art. 76. Diferentemente do regime jurídico anterior, não se limitou o legislador a exigir a contabilização dos resultados consolidados de cada empresa investida, mas impôs o registro, de forma individualizada, no balanço da controladora brasileira, da variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pelas suas controladas diretas e indiretas, observada a proporção de sua participação em cada uma delas. Em outras palavras, os resultados positivos de cada controlada indireta, independentemente de quantas pessoas jurídicas intermediárias existam entre ela e a controladora, deverão ser contabilizados no balanço da empresa controladora brasileira.

³⁵ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499.

Referida modificação foi introduzida com o intuito de operacionalizar a tributação dos lucros auferidos pelas controladas indiretas. Assim, evita-se que, por meio da consolidação vertical ao nível da controlada no exterior, os resultados positivos de uma controlada indireta sejam compensados com prejuízos de outras empresas sob seu controle. Ademais, tal modificação impede que, caso a controlada direta no exterior não utilize o Método de Equivalência Patrimonial, os resultados de suas controladas diretas e indiretas não sejam alcançados no Brasil. É dizer: assegura a nova fonte de receita da União, em substituição àquela perdida no julgamento da ADIn 2.588 (sobre os lucros não distribuídos de empresas coligadas fora de paraísos fiscais).

Surge, em contrapartida, uma elevação no grau de complexidade do sistema tributário, tendo em vista que, por vezes, proceder à discriminação individualizada da participação da empresa brasileira em cada controlada indireta, sobre ser custoso, poderá exigir um esforço hercúleo por parte do contribuinte para o seu cumprimento, principalmente se houver mais de uma empresa intermediária entre elas. De outro lado, tampouco será simples para a Administração Tributária fiscalizar o seu cumprimento e verificar a exatidão das informações fornecidas, aumentando-se os custos administrativos.

Diante desse cenário, cabe ponderarmos: esse aumento de complexidade e dos custos operacionais do sistema tributário - para referir a terminologia de Cedric Sandford³⁶ -, elevando a carga tributária total do sistema, justifica-se em nosso ordenamento jurídico?

A resposta é negativa. Parece-nos que legislador ordinário olvidou-se da necessidade de correlação entre o campo de competência para se exigir deveres instrumentais e o campo de competência tributária de um determinado ente político³⁷. Deveras, o “interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”, limite positivo para a imposição de deveres instrumentais, previsto no art. 113, parágrafo 2º, do CTN, não se confunde com o mero interesse subjetivo do ente público que o institui. O aumento de complexidade e de custos de

³⁶ No original: “The public and private costs taken together may be referred to as tax operating costs”. Cf. SANDFORD, Cedric; GODWIN, Michael; e HARDWICK, Peter. *Administrative and compliance costs of taxation*. Bath: Fiscal Publications, 1989, p. 22.

³⁷ Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 358.

conformidade causado pela instituição de deveres instrumentais somente é admissível em nosso sistema caso tais deveres sejam necessários para instrumentalizar uma obrigação tributária de possível ocorrência³⁸. Se eles são preordenados a facilitar o conhecimento, o controle e a arrecadação da importância devida como tributo³⁹, é imperioso que o ente que os exigir detenha competência tributária para instituir o tributo que será fiscalizado.

Como bem observa Aires Barreto:

“Destarte, os deveres instrumentais, além de estarem condicionados à existência de uma obrigação tributária anterior a cargo do contribuinte, necessitam, para serem legitimamente criados e exigidos, estar correlacionados a uma obrigação principal compreendida no campo tributável da pessoa política, conforme rigidamente demarcado no Texto Constitucional.”⁴⁰

Afastada a constitucionalidade da tributação das controladas indiretas, como se viu acima, passa a ser questionável a razoabilidade da instituição de um novo dever instrumental que vise justamente a instrumentalizar tal exação. Com efeito, se os deveres instrumentais devem ser aptos à realização de suas finalidades, não poderão ser demasiadamente custosos aos administrados, ultrapassando o mínimo necessário para assegurar o cumprimento da obrigação tributária que buscam instrumentalizar.

Se não há espaço para que a tributação das controladas indiretas seja legitimamente instrumentalizada, por extravasar o espectro de competência tributária da União, então quaisquer deveres que sejam instituídos com o escopo de operacionalizar a tributação dos lucros auferidos no exterior somente poderão justificar-se em nosso sistema na medida em que forem imprescindíveis para auxiliar a sua arrecadação ou fiscalização, na parte em que a legislação estiver em consonância com o texto constitucional.

De nossa parte, estamos convencidos de que a sistemática de contabilização dos resultados de coligadas e controladas sob a égide

³⁸ Cf. LAPATZA, José Juan Ferreiro. “Relación jurídico-tributaria - la obligación tributaria”. *Revista de Direito Tributário* nº 41. São Paulo: RT, 1987, p. 11.

³⁹ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 359-289.

⁴⁰ Cf. BARRETO, Aires Fernandino. *Curso de Direito Tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

da legislação pretérita, de forma individualizada somente para as controladas e coligadas diretas, é suficiente para assegurar o cumprimento das demais disposições da Lei nº 12.973/2014 que não afrontam as balizas constitucionais estabelecidas. Submeter as empresas brasileiras a uma complexa e custosa forma de contabilização dos resultados de controladas diretas e indiretas, nessas circunstâncias, apenas em prol do interesse fiscalizatório, significa aumentar, desnecessariamente, os custos da atividade empresarial em nosso país, e prejudicar ainda mais o grau de competitividade das empresas brasileiras no cenário internacional.

VII - Considerações Finais

A partir da análise dos enunciados da Lei nº 12.973/2014, vê-se que o legislador brasileiro não aproveitou uma excelente oportunidade para refletir sobre o sistema tributário que se deseja para o país. Pelo contrário, objetivando a simplicidade, a praticidade e a garantia de bons níveis de arrecadação imediata, optou por regime jurídico que implica grande complexidade e onerosidade ao contribuinte, que não trata desigualmente os desiguais na razão direta de suas desigualdades, não atrai riquezas do exterior, não potencializa aquelas geradas no país, não incentiva a competitividade das empresas nacionais no mercado internacional, e que, paradoxalmente, atinge o próprio interesse arrecadatório no médio e longo prazo.

Não obstante a nova legislação da tributação dos resultados de coligadas e controladas no exterior avance ao excluir a variação cambial e as demais parcelas estranhas aos lucros que potencialmente influenciam o patrimônio líquido das empresas investidas domiciliadas no exterior da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, não se pode deixar de notar que ela mesma causa novas distorções e complexidades sistêmicas.

Exemplos não faltam: incorpora conceitos de outros ordenamentos, utilizados internacionalmente nas legislações “CFC” de diversos países, mas continua a conferir à matéria tratamento absolutamente diferente do restante do mundo; não consegue distinguir, em muitos casos, situações abusivas de legítimos investimentos no exterior; busca tributar diretamente o lucro de controladas indiretas, sem que haja disponibilidade ou elemento de conexão que legitime essa pretensão; gera enorme insegurança jurídica e desconfiança das empresas estrangeiras, que são surpreendidas com o descumprimen-

to pelas próprias autoridades fiscais dos acordos internacionais celebrados pelo Brasil; impõe maior complexidade e custos de conformidade para as empresas brasileiras, pela imposição do registro individualizado do resultado contábil de cada controlada indireta na variação do valor de investimento da controladora, observada a proporção de sua participação em cada uma; entre outros.

Diante desse cenário, embora seja prematuro proceder a uma avaliação definitiva das alterações promovidas pela Lei nº 12.973/2014, parece-nos que, mais preocupado em manter ao máximo possível o nível de arrecadação tributária, com a perda da tributação dos lucros de empresas coligadas que não estejam em paraísos fiscais antes de sua efetiva distribuição, não houve um esforço por parte do legislador em buscar oferecer soluções efetivas para os inúmeros problemas da legislação anterior, apontados em mais de uma década de debates acadêmicos, decisões dos tribunais superiores e reivindicações do setor produtivo.

Permanecemos longe de alcançar uma solução que promova, a um só tempo, justiça fiscal e a inserção das empresas brasileiras no mercado internacional. Nosso sistema, sobre ser complexo, é único no mundo, impondo inúmeros custos operacionais (tributários e de conformidade) às empresas nacionais que nenhuma outra jurisdição impõe. Ainda urge, portanto, a positividade de uma autêntica legislação “CFC”, sem exageros ou medidas inconstitucionais, em consonância com o tratamento da matéria aplicada mundo afora; a redução do nível de insegurança jurídica em nosso ordenamento; a adoção de medidas que fomentem a competitividade internacional das empresas brasileiras; e, finalmente, a obediência de nossos legisladores às balizas constitucionais. Enquanto isso não ocorre, permanecem-se abertas as portas para mais longos anos de debates no Poder Judiciário e atrasos no desenvolvimento da economia nacional.

Súmula Vinculante e Guerra Fiscal

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA

*Pós-Doutorado na Ludwig-Maximilians-Universität (Universidade de Munique).
Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor Associado II da Universidade Federal da Bahia. Juiz Federal na Bahia.*

1 - Delimitação da Abordagem

No ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal, reafirmando a sua jurisprudência, no controle abstrato de constitucionalidade das leis, invalidou diversas leis estaduais e distritais que concediam benefícios fiscais sem obedecerem ao regramento constitucional sobre a matéria. Muitos problemas surgiram a partir da prolação destas decisões, tanto para o Fisco quanto para os contribuintes, os quais não representam objeto do presente trabalho.

A verdade é que o posicionamento do Pretório Excelso não impediu que diversos Estados prosseguissem na adoção de conduta violadora da Constituição Federal, concedendo novos benefícios ou mantendo os outorgados de maneira inconstitucional.

Para solucionar este problema, tem-se defendido a elaboração de uma súmula com efeito vinculante, proposta ora em tramitação no Corte Maior.

O presente estudo versa sobre o cabimento da elaboração de uma súmula com efeito vinculante para coibir a chamada “guerra fiscal”. O principal objetivo aqui visado é o de investigar a possibilidade de utilização desse instituto na situação epigrafada, considerando os pressupostos previstos pelo art. 103-A da Constituição Federal, para o exercício desta competência normativa pelo Poder Judiciário.

Não se busca, destarte, analisar a conveniência ou a oportunidade da adoção deste procedimento. A análise será restrita ao plano técnico-jurídico, baseando-se tão somente no plano constitucional.

2 - Os Grandes Sistemas de Direito

No mundo ocidental há basicamente dois grandes tipos de sistemas jurídicos: o romano-germânico (continental europeu) e o *common law*. O primeiro se formou na Europa Continental a partir

