

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diégo Araujo Campos
Elder Lisboa Ferreira da Costa
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi

Geraldo L. M. Prado
Gina Vidal Marçilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emílio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha

Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastrá Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Salah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra
Simone Alvarez Lima
Victor Gameiro Drummond

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Jurueña Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andriya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - nº 446 -
7º andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro - Rio de Janeiro - RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 -
CEP: 01153-020
Barra Funda - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis - SC
Tel. (48) 9-9981-9353

Ramon Tomazela Santos

O Regime de Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior na Lei nº 12.973/2014

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2017

A propósito, o benefício da boa e verdadeira doutrina não é favorecer este ou aquele lado de uma relação jurídica, mas servir de parâmetro teórico para ser consultado e considerado toda vez que uma norma for interpretada e para aplicação a todas as relações jurídicas regidas por essa norma.

É assim que surge o livro de RAMON TOMAZELA SANTOS, jurista dotado de sólida formação acadêmica e estratificada experiência profissional, o qual já se firma como um dos jovens brasileiros mais capacitados em tributação internacional.

Sua obra cobre a Lei n. 12973 em toda a sua extensão relacionada ao assunto, escudando-se em boa bibliografia, inclusive com alusão a publicações recentíssimas, comparando o passado com o presente, apresentando críticas sempre pertinentes, inclusive quanto a obrigações acessórias e a atos normativos, e não deixa de fazer apropriadas incursões do direito internacional, dedicando amplo espaço para os tratados.

Em relação aos tratados, o autor dá verdadeira aula sobre o perfil que têm no direito internacional e no direito brasileiro, a qual extravasa em muito o âmbito da Lei n. 12973, ofertando, pois, valioso subsídio para os que se dedicarem ao tema.

Este livro possui conteúdo doutrinário, mas tom marcadamente prático e voltado para problemas reais, revelando-se um verdadeiro manual para consultada por estudiosos, consultores, advogados, autoridades fiscais e julgadores, que nela encontram orientação e rumos para a solução de questões reais.

São Paulo, fevereiro de 2017.

Ricardo Mariz de Oliveira

Capítulo 1

A Lei nº 12.973/2014 e o novo regime de tributação em bases universais

1.1 Panorama geral

Como se sabe, a Lei nº 12.973/2014 revogou o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, estabelecendo um novo regime jurídico para a tributação dos lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas e coligadas no exterior.

A nova lei, fruto de conversão da Medida Provisória nº 627/2013, procurou adaptar as pretensões fiscais do governo brasileiro às diretrizes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADIN”) nº 2.588, na qual se discutiu a inconstitucionalidade da tributação automática de lucros do exterior prevista no artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

O resultado da ADIN em questão pode ser resumido no seguinte quadro¹:

Investida	Localização	Validade do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001	Eficácia “erga omnes” e efeito vinculante
Coligadas	Jurisdição normal	Inconstitucional	Sim
	Paraíso Fiscal	Constitucional (não alcançou maioria)	Não
Controladas	Jurisdição normal	Constitucional (não alcançou maioria)	Não
	Paraíso Fiscal	Constitucional	Sim

O presente estudo não pretende examinar a validade do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, tampouco o resultado da decisão proferida

¹ Quadro adaptado a partir da decisão proferida na Solução de Consulta Interna COSIT nº 18, de 8.8.2013.

pelo Pretório Excelso no julgamento da ADIN nº 2.588. Há vasta literatura a respeito do tema, que poderá ser consultada caso uma análise mais detida do assunto seja necessária². Assim, as eventuais remissões à decisão proferida pela Corte Suprema ficarão restritas ao que for necessário para a compreensão das novidades trazidas pela Lei nº 12.973/2014, sem a abertura de um tópico específico para a análise das decisões e dos votos de cada ministro.

Para facilitar a compreensão geral do novo regime de tributação dos lucros auferidos no exterior, as principais mudanças introduzidas pela Lei nº 12.973/2014 estão elencadas a seguir:

- (i) manutenção do regime de tributação automática dos lucros auferidos por sociedades controladas no exterior, independentemente da carga tributária incidente em seu país de domicílio, da natureza jurídica dos rendimentos auferidos e da efetiva disponibilização de seus resultados para a sociedade controladora no Brasil;
- (ii) introdução de regime de tributação automática e “*per saltum*” dos lucros auferidos por controladas indiretas, que serão submetidos, como regra geral, à incidência do IRPJ e da CSLL de forma autônoma e individualizada, sem consolidação no nível da controlada direta;
- (iii) conservação das restrições à compensação dos prejuízos apurados por sociedades controladas e coligadas no exterior com os lucros auferidos pela pessoa jurídica investidora no Brasil (i.e. o Brasil manteve o princípio da universalidade para a tributação dos lucros e o princípio da territorialidade para a compensação de prejuízos);
- (iv) inclusão de um regime temporário (até 2022) de tributação consolidada dos lucros auferidos por controladas diretas e indiretas no exterior, bem como por coligadas equiparadas ou optantes pela consolidação, desde que atendidos determinados requisitos legais;

² Para uma análise detalhada do tema: ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 21-49; BIANCO, João Francisco. “Tributação dos Lucros Auferidos por Empresas Controladas no Exterior: Análise Crítica do Recurso Extraordinário nº 541.090”. *Tributação Brasileira em Evolução – Estudos em Homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa*. Coord. Raquel Elita Alves Preto. São Paulo: IASP, 2015, pp. 995-1009.

- (v) o reestabelecimento do regime de tributação das sociedades coligadas apenas no momento da efetiva disponibilização dos lucros, como ocorria sob a égide do artigo 1º da Lei nº 9.532/1997;
- (vi) implementação de um regime de aproveitamento de crédito presumido de 9% sobre os lucros auferidos no exterior por sociedades controladas que desenvolvem atividades industriais;
- (vii) criação de mecanismo para mitigar a dupla tributação da renda gerada pela tributação concomitante dos lucros do exterior e das adições espontâneas de preços de transferência e de subcapitalização;
- (viii) instauração de um regime opcional de pagamento diferido do IRPJ e da CSLL incidentes sobre os lucros auferidos no exterior, que poderão ser recolhidos no prazo de até 8 (oito anos), com o acréscimo de juros remuneratórios baseados na taxa LIBOR (“*London Interbank Offered Rate*”) pelo prazo de 12 (doze) meses.

Sem prejuízo dos importantes avanços introduzidos pelo novo regime, pode-se dizer que, em geral, a Lei nº 12.973/2014 manteve um sistema de tributação dos lucros do exterior excessivamente rígido e distorcido, que se afasta da prática internacional e prejudica sensivelmente a competitividade das empresas brasileiras no exterior.

Com efeito, a Lei nº 12.973/2014 permaneceu alinhada à política fiscal brasileira de privilegiar a arrecadação fiscal e a cobrança de tributos, em detrimento da justiça fiscal, da capacidade contributiva e do desenvolvimento econômico. Em busca de um aumento pontual da arrecadação fiscal no curto prazo, o Governo Federal ignorou o impacto futuro que será causado pela perda de competitividade das empresas brasileiras no cenário internacional, com redução da taxa de crescimento e da própria arrecadação³.

Vale destacar que a excessiva rigidez do sistema brasileiro de tributação em bases universais pode estimular a inversão da estrutura societária dos grandes grupos multinacionais brasileiros, com o objetivo de evitar ou mitigar os

³ BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. “Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior, em face da Lei nº 12.973/2014”. *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 18º Volume. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2014, p. 363.

efeitos econômicos nocivos da Lei nº 12.973/2014, como vem ocorrendo nos Estados Unidos⁴.

Isso porque, embora as regras de CFC tenham o objetivo de neutralizar o diferimento artificial de lucros em países de baixa tributação, por meio da tributação automática de tais resultados pelo país de residência da sociedade controladora, é certo que essas normas somente alcançam os casos em que o desvio de lucros ocorre em sentido vertical descendente, na medida em que exigem o poder de controle⁵. Assim, com a redomiciliação da sociedade matriz ou a transferência das sociedades investidas para outra entidade no exterior, que não seja controlada por pessoa jurídica sediada no Brasil, é possível evitar a aplicação das regras previstas na Lei nº 12.973/2014.

Ressalte-se, ainda, que a austeridade do sistema brasileiro de tributação dos lucros auferidos no exterior afeta não apenas a competitividade das empresas nacionais, estimulando operações de inversão, mas também a atratividade do Brasil como uma jurisdição para a instalação de sedes de grupos econômicos mundiais⁶.

Embora o regime de tributação automática dos lucros auferidos por controladas e coligadas já fosse excessivamente rigoroso na vigência do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, a maioria dos contribuintes manteve a matriz do grupo societário no Brasil, na esperança de que o STF declarasse inconstitucional a incidência do IRPJ e da CSLL sobre lucros não disponibilizados aos sócios, em linha com a antiga jurisprudência da Corte Suprema a respeito do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido ("ILL"), consolidada no Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC.

Após a decisão proferida pelo STF na ADIN nº 2.588, os contribuintes aguardaram a publicação da Medida Provisória nº 627/2013, posteriormente convertida na Lei nº 12.973/2014, na esperança de que, em troca da redução da litigiosidade e das discussões a respeito da aplicação dos acordos de bitri-

4 AVI-YONAH, Reuven S. "Reflections on the 'New Wave' Inversions and Notice 2014-52". *Tax Notes International*. Volume 145. No 1. Falls Church: Tax Analysts, 2014, pp. 63-65.

5 SCHOUERI, Luís Eduardo. "O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar". *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades e Países em Desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 40.

6 FIGUEIREDO, Diogo de Andrade. "A Transparência Fiscal Brasileira e o Plano de Ação n. 3: Considerações sobre a Adequação do Modelo Adotado pelo Brasil como Mecanismo de Combate ao BEPS e de Fomento à Competitividade das Empresas Brasileiras no Exterior". *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades e Países em Desenvolvimento*. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 263.

butação, o governo federal editasse um regime de CFC mais harmônico, que alcançasse um equilíbrio entre o objetivo de proteger as bases tributáveis e a preservação da competitividade das empresas brasileiras.

Todavia, não foi isso o que ocorreu com a edição da Lei nº 12.973/2014, de modo que as operações de inversão poderão começar a ocorrer nos próximos anos.

A Lei nº 12.973/2014 continua indo muito além do princípio da universalidade da tributação da renda, pois a sua hipótese normativa não alcança apenas os lucros auferidos no exterior por pessoas jurídicas residentes no Brasil. Ao revés, o texto legal prevê a tributação dos lucros que integram o patrimônio de sociedades estrangeiras independentes, em um sistema de universalidade ampliada, que beira à tributação extraterritorial⁷. Daí se dizer que a eleição da pessoa jurídica brasileira como contribuinte consiste em mera técnica de arrecadação, utilizada pelo legislador justamente para tornar a tributação dos lucros do exterior compatível com a territorialidade formal, pois o Brasil não poderia exercer atos coercitivos em outro Estado soberano, para a cobrança do IRPJ e da CSLL diretamente das filiais, sucursais, controladas e coligadas no exterior⁸.

1.2 Breve histórico das regras brasileiras de tributação dos lucros do exterior

A tributação das pessoas jurídicas em bases universais ("*worldwide income taxation*") teve início com a Lei nº 9.249/1995, que previu, em seu artigo 25, a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior. Em particular, o artigo 25 determinava que os lucros auferidos no exterior por intermédio de sociedades controladas ou coligadas deveriam ser oferecidos à tributação em 31 de dezembro de cada ano-calendário, independentemente de sua efetiva distribuição.

Com receio da litigiosidade que a disponibilização automática de lucros poderia provocar, a então Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF nº 38/1996, cujo artigo 2º dispôs que os lucros auferidos no exterior

7 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 452.

8 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 489.

por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas deveriam ser adicionados ao lucro líquido da pessoa jurídica brasileira, para efeito de determinação do lucro real, em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido efetivamente disponibilizados.

Ocorre que a Instrução Normativa SRF nº 38/1996 não era o veículo normativo adequado para alterar o aspecto temporal da tributação dos lucros do exterior. Assim, para solucionar a celeuma, foi editada a Lei nº 9.532/1997, que, em seu artigo 1º, confirmou que os lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas ou coligadas somente deveriam ser adicionados ao lucro líquido da pessoa jurídica domiciliada no Brasil após a sua efetiva disponibilização⁹. À época, a Lei nº 9.532/1997 teve o mérito de deixar de lado os interesses arrecadatários, harmonizando as regras que tratavam da tributação dos lucros do exterior aos preceitos constitucionais e do Código Tributário Nacional (“CTN”) que disciplinam a incidência do imposto de renda¹⁰.

Em 2001, a Lei Complementar nº 104/2001 incluiu no ordenamento jurídico brasileiro o parágrafo 2º do artigo 43 do CTN, segundo o qual “na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade”, para fins de incidência do imposto de renda.

A rigor, esse dispositivo legal apenas prevê a possibilidade de edição de lei ordinária para estabelecer condições ou momentos que refletem a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre as receitas ou os rendimentos provenientes do exterior, em conformidade com o “caput” do artigo 43 do CTN. Não se trata, portanto, de um cheque em branco conferido ao legislador ordinário para se determinar a tributação automática de lucros auferidos por sociedades controladas e coligadas no exterior, independentemente da efetiva disponibilização da renda para o contribuinte no Brasil.

Apesar disso, a Lei Complementar nº 104/2001 serviu de fundamento para a edição do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, por meio da qual o Governo Federal retomou o seu objetivo inicial de tributar os lucros auferidos

9 TORRES, Ricardo Lobo. “IR. A incidência tributária sobre as controladas no estrangeiro (art. 74 da MP n. 2.158-35/2001) e os tratados internacionais contra a dupla tributação”. *Estudos e Pareceres de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 30.

10 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Prefácio. ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 13.

no exterior, por intermédio de sociedades controladas e coligadas, antes de sua efetiva distribuição para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil. Assim, o citado dispositivo legal passou a determinar a disponibilização automática dos lucros do exterior, por ocasião do encerramento de cada ano-calendário, em flagrante incompatibilidade com o sistema tributário brasileiro.

De forma sistemática, as principais críticas dirigidas ao artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 podem ser assim elencadas:

- (i) violação ao artigo 153, inciso III, bem como ao artigo 195, inciso I, alínea “c”, ambos da Constituição Federal, em virtude da exigência do IRPJ e da CSLL sobre acréscimo patrimonial virtual e não disponível para a pessoa jurídica no Brasil;
- (ii) inobservância do conceito de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda, previsto no artigo 43 do CTN, mesmo após a adição do parágrafo 2º pela Lei Complementar nº 104/2001, que deve ser compreendido, interpretado e aplicado no contexto do “caput”, uma vez que os parágrafos não têm existência autônoma;
- (iii) impossibilidade de utilização de ficção jurídica para a tributação dos lucros das sociedades controladas e coligadas no exterior em 31 de dezembro de cada ano-calendário, em violação aos diversos princípios e regras que orientam a tributação da renda no Brasil;
- (iv) falta de proporcionalidade e de razoabilidade do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que não restringe o seu âmbito de aplicação às rendas passivas auferidas por sociedade controladas sediadas em países com tributação favorecida, que não exercem atividade econômica substantiva;
- (v) indevida desconsideração da personalidade jurídica das sociedades controladas e coligadas no exterior, cujos patrimônios não se confundem com os de seus sócios, salvo em situações excepcionais de desvio de finalidade ou confusão patrimonial;
- (vi) atribuição de tratamento tributário distinto aos lucros e aos prejuízos apurados no exterior, distorcendo o resultado passível de tributação no Brasil;

- (vii) ofensa ao princípio da universalidade que orienta o imposto de renda seja por determinar a tributação de lucros que não pertencem à esfera patrimonial do contribuinte, seja por incluir na base de cálculo apenas os fatores positivos (lucros).

A constitucionalidade do dispositivo legal em pauta foi recentemente apreciada pelo STF no julgamento da ADIN nº 2588, na qual restou declarado, por maioria de seis votos, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, que o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 somente se aplica às controladas situadas em países considerados paraísos fiscais, mas não às coligadas localizadas em países sem tributação favorecida. Entretanto, o plenário do STF não alcançou maioria para definir se a disponibilização automática de lucros se aplica às controladas em jurisdições normais e às coligadas em paraísos fiscais¹¹.

Em decorrência da decisão proferida pelo STF na ADIN nº 2588, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 627/2013, convertida na Lei nº 12.973/2014, cujas disposições legais serão examinadas no presente estudo. O novo diploma legal foi regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, que pretendeu disciplinar a aplicação prática do regime brasileiro de tributação em bases universais.

1.3 Sociedades controladas

O conceito de sociedade controlada está previsto no artigo 243 da Lei nº 6.404/1976, segundo o qual a sociedade controlada é a pessoa jurídica na qual a sociedade controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Assim, o acionista controlador utiliza seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia¹².

11 Registre-se que o STF também julgou inconstitucional a retroatividade prevista no parágrafo único do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, segundo o qual os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31.12.2001 serão considerados disponibilizados em 31.12.2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

12 Vide, no mesmo sentido, o artigo 116 da Lei nº 6.404/1976.

Como se vê, a lei societária não estabelece um percentual mínimo de ações votantes para a caracterização da figura do acionista controlador, optando por uma análise baseada no efetivo exercício do poder de direção das atividades sociais¹³. Assim, em caso de sociedades com elevada dispersão de suas ações no mercado, um acionista pode exercer o poder de controle com menos da metade do capital votante, em virtude da inexistência de outro acionista com maior número de ações com direito a voto¹⁴.

Como regra geral, a Lei nº 12.973/2014 se vinculou ao conceito jurídico de controle previsto no direito societário, sem adotar regras suplementares relativas à caracterização dos chamados “*controle econômico*” e “*controle de fato*”, como sugerido pela OCDE na Ação 3 do Projeto BEPS¹⁵. De qualquer modo, o artigo 83 da Lei nº 12.973/2014 contém uma regra anti-fragmentação do poder de controle, que será examinada adiante, no tópico relativo à sociedade coligada desenquadrada.

O conceito de controle do direito societário abre certa margem para a investigação da realidade dos fatos, tendo em vista que o artigo 116, alínea “b”, da Lei nº 6.404/1976 prevê que, além de ser titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, o acionista controlador também deve usar efetivamente o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia¹⁶. Porém, cabe pontuar que a análise permitida pelo direito societário não tem a amplitude e o caráter anti-elusivo das regras propostas pela OCDE na

13 Nas palavras de Nelson Eizirik: “A Lei das S.A. reconhece a existência do poder de controle acionário nas sociedades anônimas, definindo-o não em função da titularidade da maioria do capital votante, mas em virtude do efetivo exercício da direção das atividades sociais”. (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada – Artigos 80 ao 137*. Volume 2. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 223).

14 EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada – Artigos 206 ao 300*. Volume 4. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 201.

15 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015, pp. 24-25.

16 Fernando Tonanni e Bruna Marrara apontam que há certo alinhamento entre o âmbito de aplicação da Lei nº 12.973/2014 e a Ação 3 do Projeto BEPS, tendo em vista que a verificação de controle e coligação, no âmbito da Lei das S/A, é realizada por meio de uma análise jurídica e econômica, que envolve a titularidade ou o exercício do poder de influenciar, preponderantemente ou significativamente, a gestão político-financeira e as deliberações sociais da companhia. (TONANNI, Fernando; MARRARA, Bruna. “Tributação dos Lucros de Controladas no Exterior – A Abordagem da OCDE no Âmbito do BEPS e as Regras Brasileiras de Tributação em Bases Universais – Uma

Ação 3 do Projeto BEPS, pois o chamado “*controle externo*”, exercido mediante situações fáticas ou vínculos contratuais não previstos na Lei das S/A, não se caracteriza como controle acionário no âmbito do direito societário brasileiro¹⁷, ao contrário do que ocorreria com a implantação das sugestões da OCDE.

A definição de sociedade controlada assume fundamental importância no regime de tributação dos lucros do exterior instituído pela Lei nº 12.973/2014, tendo em vista que a sociedade estrangeira que não for considerada controlada, mas apenas coligada, terá seus lucros computados na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL somente no ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, nos termos do artigo 81 da Lei nº 12.973/2014, desde que cumpridos os demais requisitos legais previstos para tanto.

Vale mencionar, ainda, que a Lei nº 12.973/2014 passou a prever expressamente a tributação dos resultados auferidos por controladas indiretas.

O conceito de *sociedade controlada indireta* pode ser extraído do artigo 243, parágrafo 2º, da Lei nº 6.404/1976, que está assim redigido:

“Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

Parágrafo 1º. São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

Parágrafo 2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Como se pode observar, para a caracterização do controle indireto, a sociedade controladora deve possuir, por intermédio de outras sociedades controladas (diretas), direitos de sócios que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Análise Crítica à Lei nº 12.973/2014”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 183.

17 Segundo Nelson Eizirik: “O ‘controle externo’, exercido mediante situações fáticas ou vínculos contratuais não previstos na Lei das S.A., não se caracteriza como controle acionário. Assim, da sua configuração não decorre qualquer consequência na esfera do direito societário (...)”. (EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada – Artigos 80 ao 137*. Volume 2. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 225).

1.4 A materialidade tributada na Lei nº 12.973/2014

De acordo com o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil. Confira-se a redação do texto legal:

“Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76”.

A primeira novidade do dispositivo legal acima, em relação ao regime anterior, reside no uso da expressão “*a parcela do ajuste do valor do investimento... equivalente aos lucros*” para descrever a materialidade (substrato econômico) submetida à incidência do IRPJ e da CSLL no Brasil.

Ao utilizar a expressão “*equivalente aos lucros*”, o legislador procurou estabelecer que o lucro da sociedade no exterior constitui mero referencial para a quantificação do reflexo patrimonial positivo experimentado pela pessoa jurídica no Brasil, representado pelo ajuste do valor do investimento¹⁸. Dessa forma, pela literalidade do preceito normativo, a incidência tributária recairia sobre o ajuste do valor do investimento (mutação patrimonial reflexa no Brasil), e não sobre o lucro auferido pela sociedade controlada no exterior submetida ao regime da Lei nº 12.973/2014¹⁹.

18 Segundo Marcos Vinicius Neder e Larissa Pimental: “(...) a palavra equivalente é um adjetivo oriundo do francês ‘équivalent’ e expressa algo que possui igual valor, ou que tem o mesmo sentido. Ou seja, não há a intenção de tributar o ajuste positivo do investimento na controlada como um todo, mas tão somente o que corresponder aos lucros da controlada no período”. (NEDER, Marcos Vinicius; PIMENTEL, Larissa. “As Inovações na Tributação Presumida dos Lucros Auferidos por Subsidiárias de Empresas Brasileiras no Exterior pela 12.973/14”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 483).

19 PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. “O Novo Regime de Tributação em Bases Universais das Pessoas Jurídicas Previsto na Lei nº 12.973/2014: as Velhas Questões foram Resolvidas?” *Revista Direito Tributário Atual* nº 33. São Paulo: IBDT/Dialética, 2015, p. 432.

A redação utilizada no texto legal, que pretende remeter o intérprete ao ajuste da avaliação do investimento com base no Método da Equivalência Patrimonial ("MEP"), não é impensada ou acidental. Trata-se, na verdade, de subterfúgio utilizado pelo legislador para evitar os argumentos de violação do princípio da realização da renda e de incompatibilidade com os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, em virtude da tributação de lucros auferidos por sociedade residente no outro Estado contratante²⁰.

A afirmação acima, de que se trata de um artifício utilizado pelo legislador, pode ser confirmada por meio da leitura da manifestação do relator da Comissão Mista que apreciou a Medida Provisória nº 627/2013, no trecho a seguir transcrito:

"Não se mudou o entendimento, apenas se ajustou – porque nós estamos tratando aqui de tributação – a parcela do ajuste que corresponde a lucro. Ou seja, nós estamos tributando o lucro, mas não se conseguiu vencer a moldura que veio original, de que a gente trata de ajuste do valor de investimento. (...) Então, dentro desse critério, foi colocado, no art. 73, das controladoras, bem claro, bem claro. Foi excetuada a variação cambial no caput, de modo que a variação cambial está fora de qualquer tratativa com relação ao ajuste do valor dos investimentos, e foi colocada ressalvada no §1º que a parcela do ajuste de que trata o caput compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada direta ou indireta domiciliada no exterior."

Como se vê, a hermenêutica histórica, que vasculha a Exposição de Motivos, os debates parlamentares e os trabalhos envolvidos na elaboração da lei, confirma que não houve alteração do substrato econômico tributado pela Lei nº 12.973/2014, que consiste no lucro da sociedade no exterior. Os trabalhos preparatórios, que deixam a sua marca na Exposição de Motivos e nos debates parlamentares, auxiliam na reconstrução das razões que levaram à promulgação de uma lei, dentro do momento histórico de sua edição²¹.

20 BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. "Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior, em face da Lei nº 12.973". *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 18º Volume. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2014, p. 371.

21 BARRETO, Paulo Ayres. "O Tratamento Transnacional nos Preços de Transferência e seus Limites Constitucionais". *Tributos e Preços de Transferência*. 3º Volume. Coord. Luís Eduardo Schoueri. São Paulo: Dialética, 2009, p. 139.

Na mesma linha, Alberto Xavier adverte que a expressão utilizada pelo artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, ao fazer alusão à "parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros", representa mero eufemismo, uma vez que o objeto da tributação continua a ser o lucro auferido pela sociedade domiciliada no exterior²².

Seguindo a mesma posição, Sergio André Rocha acrescenta que a Lei nº 12.973/2014 pretendeu criar uma ilusão de que houve alteração substantiva em comparação ao artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, sendo que, por trás da aparência e do discurso falacioso, a incidência tributária continua alcançando o mesmo fato econômico²³.

Daí se dizer que, apesar da redação utilizada, a verdade é que não houve qualquer alteração na materialidade do fato econômico submetido à tributação pelo IRPJ e pela CSLL no novo regime de tributação em bases universais.

De fato, a "parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros" nada mais é do que os próprios lucros auferidos pelas sociedades controladas no exterior (diretas ou indiretas). Tanto é assim que o artigo 9º, parágrafo 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 confirma que a parcela do ajuste compreende apenas "os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior".

A maior prova da afirmação acima reside na própria diferença entre o valor do lucro do exterior submetido à tributação e o valor da avaliação do investimento com base no MEP.

A variação do valor do investimento pelo MEP é apurada com base nas regras contábeis brasileiras, tendo em vista que, na avaliação dos investimentos do exterior, as práticas contábeis da investida devem ser adaptadas às práticas

22 Nas palavras de Alberto Xavier: "A expressão utilizada na nova lei – 'parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos' – é um mero eufemismo que nada mais significa que o objeto da tributação continua a ser (como no passado) os lucros das sociedades estrangeiras". (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 448).

23 Transcreve-se o entendimento do autor: "Evidente, portanto, que a Lei 12.973, embora tenha pretendido criar uma ilusão de alteração substantiva em comparação ao artigo 74 da MP 2.158, na verdade, por detrás da fumaça e do extenso palavreado, segue tributando o mesmo fato econômico que já se encontrava previsto no artigo 25 da Lei 9.249/95". (ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 141).

contábeis da investidora, conforme determinam os itens 35 e 36 do Pronunciamento Técnico CPC 18. Veja-se:

“35. As demonstrações contábeis do investidor devem ser elaboradas utilizando práticas contábeis uniformes para eventos e transações de mesma natureza em circunstâncias semelhantes.

36. Exceto pelo descrito no item 36A, se a investida utilizar práticas contábeis diferentes daquelas adotadas pelo investidor em eventos e transações de mesma natureza em circunstâncias semelhantes, devem ser efetuados ajustes necessários para adequar as demonstrações contábeis da investida às práticas contábeis do investidor quando da utilização destas para aplicação do método da equivalência patrimonial”.

Assim, o lucro ou prejuízo refletido com base no MEP é aquele apurado segundo os critérios contábeis brasileiros.

Por outro lado, no âmbito da Lei nº 12.973/2014, o resultado do exterior deve ser apurado segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio da sociedade controlada²⁴, o que demonstra a existência de uma diferença clara na materialidade a ser submetida à tributação no Brasil, mesmo que se considere apenas a parcela relativa aos lucros auferidos no exterior, sem a variação cambial e os demais valores eventualmente refletidos no patrimônio líquido da sociedade controlada²⁵.

Tanto é assim que o artigo 8º, parágrafo 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 prevê expressamente que o resultado auferido no exterior deve ser apurado segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio e antes da incidência dos tributos devidos no exterior sobre o lucro. Entretanto, nos casos de inexistência de normas expressas que regulem a elaboração de demonstrações financeiras no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, estas deverão ser elaboradas com observância dos princípios contábeis geralmente aceitos, segundo as normas da legislação brasileira²⁶.

24 Artigo 95 da Lei nº 12.973/2014.

25 TAKATA, Marcos Shigueo. “Lucros no Exterior, Equivalência e Tributação da ‘Parcela do Ajuste de Valor do Investimento’ à luz dos Acordos de Bitributação Brasileiros”. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015, p. 339.

26 Artigo 8º, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1520/2014.

Note-se que, no caso de inexistência de regras comerciais e contábeis no país de domicílio da entidade no exterior, a Instrução Normativa permite a elaboração das demonstrações financeiras segundo os critérios contábeis brasileiros, mas sem exigir a realização dos ajustes fiscais (adições e exclusões) prescritos pela lei tributária brasileira.

Outra diferença reside no fato de que o lucro do exterior, a ser computado na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, será considerado com base no valor apurado antes do desconto do imposto de renda recolhido no país de origem, conforme prevê o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 ao mencionar “a parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda”. Diversamente, o lucro refletido na investidora por meio do MEP corresponde ao lucro líquido apurado pela sociedade estrangeira após o imposto de renda devido no país de origem, que compõe o seu patrimônio líquido, como se pode extrair do artigo 248, inciso II, da Lei nº 6.404/1976, segundo o qual “o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido (...), da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada”.

A escolha do lucro bruto apurado no exterior, antes do pagamento do imposto de renda devido naquela jurisdição, pode ser justificada em razão da adoção do método do crédito pelo legislador brasileiro, a fim de que a compensação do imposto estrangeiro com o IRPJ e a CSLL devidos no Brasil seja realizada em bases equânimes²⁷. De todo modo, qualquer que seja a justificativa para o critério utilizado, o fato é que o substrato econômico tributado no Brasil não corresponde ao resultado positivo de MEP.

Assim, como o lucro refletido no patrimônio líquido da sociedade investida é aquele apurado após o pagamento do imposto de renda local, verifica-se, neste ponto, a segunda divergência entre o substrato econômico submetido à tributação no Brasil e o resultado positivo da avaliação do investimento pelo MEP.

Como se não bastasse, acrescente-se que o MEP não reflete diretamente os resultados das controladas indiretas, como pretendido pela Lei nº 12.973/2014²⁸.

27 FERNANDES, Edison Carlos. *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Pesquisas Tributárias. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. Porto Alegre: Magister, 2014, p. 313.

28 FARO, Maurício Pereira; MEIRA, Thais de Barros. “As Novas Regras de Tributação de Lucros no Exterior e o Artigo 7º dos Tratados Internacionais para Evitar a Bitributação Celebrados pelo Brasil”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 535.

De fato, o artigo 248 da Lei nº 6.404/1976 prevê que, no balanço patrimonial da companhia, serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum. Confira-se o texto legal:

“Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial (...)”.

Embora esse dispositivo legal utilize o termo “controladas”, sem qualquer qualificação adicional (“direta” ou “indireta”)²⁹, não faz sentido considerar que o preceptivo legal em pauta alcança tanto as controladas diretas, quanto as controladas indiretas, pois os resultados das últimas tendem a estar refletidos no patrimônio líquido das primeiras³⁰. Essa constatação demonstra que o conceito amplo de sociedade controlada, previsto no artigo 243, parágrafo 2º, da Lei nº 6.404/1976, deve ser aplicado exclusivamente para fins de elaboração do relatório de administração. Veja-se:

“Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.
Parágrafo 1º. São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.
Parágrafo 2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos

29 Há precedentes do CARF em que a utilização, pelo artigo 243 da Lei nº 6.404/1976, do termo “controlada”, desacompanhado de qualquer distinção adicional (“direta” ou “indireta”), foi invocada como fundamento para sustentar que os lucros apurados por controladas indiretas não seriam abrangidos pelos acordos de tributação celebrados pelo Brasil com o país de localização da controlada direta na mesma cadeia de investimento. Nesse sentido, confira-se, entre outros, o acórdão nº 101.97.070, de 17.12.2008, bem como o acórdão nº 1402-001.881, de 26.11.2014.

30 A título de exemplo, confira-se o seguinte trecho do acórdão nº 1101-000.811, de 02.10.2012: “A translação do conceito posto pelo art. 243 da Lei nº 6404 de 1976, para o art. 74, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, não tem fundamento. (...) Não é possível supor que o termo controlada possa alcançar as controladas diretas e indiretas, sob pena de se estabelecer uma dupla tributação do mesmo lucro, pois os resultados das controladas indiretas já estão refletidos nas controladas diretas”.

de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

Logo, o conceito amplo de sociedade controlada previsto artigo 243, parágrafo 2º, da Lei nº 6.404/1976, que alcança tanto as controladas diretas quanto as controladas indiretas, não pode ser estendido inadvertidamente pelo intérprete. Assim, salvo nos casos em que há regra expressa ou outra razão jurídica que justifique a extensão do conceito, não se pode considerar a simples menção ao termo “sociedade controlada” como suficiente para alcançar tanto as controladas diretas quanto as controladas indiretas.

Assim, caso a materialidade tributada realmente fosse o acréscimo patrimonial refletido na sociedade controladora no Brasil em razão da avaliação do investimento pelo MEP, é certo que a Lei nº 12.973/2014 não poderia alcançar diretamente (“per saltum”) os lucros auferidos pelas controladas indiretas³¹.

Para Alberto Xavier, a expressão “parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros” não se reporta ao MEP, pois a Lei nº 12.973/2014 sequer chega a mencionar esse mecanismo de avaliação de investimentos, ao contrário do que ocorria no regime anterior, no qual o artigo 7º da Instrução Normativa SRF nº 213/2014 expressamente estabelecia, sem qualquer fundamento legal, que a contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior, avaliado pelo método da equivalência patrimonial, deveria ser registrada para apuração do lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil³².

Pelo exposto, constata-se que a “parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros” realmente não equivale à contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior, principalmente pelas seguintes razões:

- (i) a avaliação do investimento pelo MEP é realizada após a adaptação das demonstrações financeiras da entidade no exterior aos padrões contábeis brasileiros, enquanto que o artigo 95 da Lei nº 12.973/2014 prevê

31 Nas palavras de Marcus Lívio Gomes e Renata Cunha S. Pinheiro: “Inexistindo relação societária entre a controlada indireta e a controladora no Brasil, ter-se-ia que falar em equivalência patrimonial ‘per saltum’, figura absolutamente desconhecida no Direito Privado”. (GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha S. “As (Muitas) Controvérsias Advindas com a Lei nº 12.973/2014 no Regime de Tributação das Controladas Diretas e Indiretas”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 496).

32 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 448.

que “os lucros serão apurados segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio” da entidade no exterior;

- (ii) o MEP reflete a participação da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida, alcançando, assim, não apenas o lucro do período-base, mas também outras variações patrimoniais que afetam o patrimônio líquido. Por sua vez, o artigo 77, parágrafo 1º da Lei nº 12.973/2014 dispõe expressamente que “a parcela do ajuste (...) compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior”.
- (iii) o MEP, por refletir a participação da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida, capta o lucro apurado após o pagamento do imposto de renda local. De outro lado, o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 tributa os lucros auferidos pela sociedade no exterior antes do imposto de renda local;
- (iv) o MEP não reflete, por meio de controle individual, os resultados das controladas indiretas (Pronunciamento Técnico CPC nº 18), que podem estar consolidados nas demonstrações financeiras das controladas diretas. A seu turno, o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 prevê a tributação individual dos lucros das controladas indiretas;
- (v) o MEP capta as oscilações relativas às taxas de câmbio, cujas contrapartidas são registradas diretamente no patrimônio líquido (Pronunciamento Técnico CPC nº 2), ao passo que o artigo 77, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 expurga os resultados da variação cambial³³;
- (vi) o MEP, por refletir a participação da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida, capta tanto os lucros quanto os prejuízos das sociedades controladas no exterior. Diversamente, a Lei nº 12.973/2014 prevê uma série de restrições ao aproveitamento dos prejuízos do exterior.

33 Na dicção de Alberto Xavier: “(...) a própria exclusão dos resultados da variação cambial, que compõem equivalência patrimonial, evidencia ser esta uma medida distinta”. (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 450).

Em suma, as diferenças entre o resultado do MEP e a parcela do ajuste do valor do investimento podem ser assim resumidas:

MEP	Lei nº 12.973/2014
Práticas contábeis da investidora	Normas contábeis do país de domicílio da sociedade controlada
Lucro e outras variações patrimoniais	Apenas lucros
Lucro líquido depois do imposto de renda	Lucro líquido antes do imposto de renda
Controladas diretas, coligadas, outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum	Tributação “per saltum” das controladas indiretas
Apresenta o resultado consolidado	A tributação alcança o resultado individual de cada entidade, com o expurgo de eventuais reflexos patrimoniais
Taxa cambial histórica	Taxa cambial da data do fechamento do balanço patrimonial
Variação cambial registrada no patrimônio líquido	Expurga os resultados da variação cambial
Capta lucros e prejuízos	Restrições ao aproveitamento de prejuízos

Como se pode ver, a sistemática introduzida pela Lei nº 12.973/2014 não consiste em mero desdobramento em subcontas do resultado do MEP, que pode ser obtido a partir do cômputo do resultado individual de cada entidade no exterior, com o expurgo dos valores consolidados na mesma linha do investimento. A somatória das parcelas equivalentes ao lucro de cada entidade sempre será distinta do resultado da avaliação do investimento pelo MEP, em razão das diferenças apontadas na tabela acima.

Logo, a ausência de menção expressa ao MEP, no texto da Lei nº 12.973/2014, também é uma tentativa do legislador de evitar discussões oriun-

das das divergências entre a materialidade tributada pela lei e as contrapartidas da avaliação do investimento pelo MEP.

Apesar das inúmeras diferenças acima, é inegável que a intenção do legislador, com o jogo de palavras utilizado no texto legal, foi sugerir que a Lei nº 12.973/2014 prevê a incidência do IRPJ e da CSLL sobre o acréscimo patrimonial experimentado pela pessoa jurídica no Brasil, em razão da valorização do seu investimento em sociedade no exterior por meio da apuração de lucros. Trata-se de uma tentativa do legislador de concretizar a interpretação defendida por Marco Aurélio Greco, na vigência do regime anterior, ao afirmar que uma avaliação do patrimônio da sociedade brasileira, no dia seguinte à data do balanço da sociedade estrangeira que tiver apurado lucros, certamente apontará um valor maior do que ela teria na véspera do reconhecimento dos lucros. A participação societária detida pela sociedade brasileira passa a valer mais por existirem lucros reconhecidos no balanço da entidade no exterior, ainda que não distribuídos³⁴.

Tanto isso é verdade que a “parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros” é objeto de controle contábil na própria conta do investimento na sociedade residente no exterior, como se fosse parte da avaliação do investimento pelo MEP. Trata-se, assim, de uma tentativa de invocar o MEP para uma finalidade alheia e incompatível com a técnica contábil prevista pelo Pronunciamento Técnico CPC nº 18³⁵.

Essa tentativa de invocar o MEP para justificar a tributação dos lucros auferidos no exterior não é nova, conforme se depreende do artigo 7º da Instrução Normativa SRF nº 213/2014. Por igual forma, na Solução de Consulta Interna COSIT nº 18, de 8.8.2013, a Administração Tributária afirmou que “ao registrar contabilmente o resultado da equivalência patrimonial, a investidora reconhece a

34 GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 396.

35 Como aponta Vinicius Feliciano Tersi: “A Lei 12.973/2014 instituiu novas regras para a apuração e tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior, e seu art. 76 impôs um mecanismo contábil para controle dos lucros tributáveis atribuídos às controladas diretas e indiretas. Esse mecanismo, entretanto, não se compatibiliza com aplicação do método da equivalência patrimonial na forma prevista no Pronunciamento Técnico CPC 18”. (TERSI, Vinicius Feliciano. “O Art. 76 da Lei 12.973/2014 e o Mau Uso do Método da Equivalência Patrimonial para a Tributação do Lucro de Controladas no Exterior”. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015, p. 605).

parcela dos lucros de suas coligadas e controladas. Sendo assim, verifica-se o acréscimo patrimonial correspondente à sua participação no lucro total das investidas”.

Ocorre que o método de equivalência patrimonial é simples técnica contábil para avaliação de investimentos, que não determina a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica sobre os lucros auferidos pela sociedade controlada no exterior. A maior prova disso é que o MEP apenas reflete os lucros que ainda não foram efetivamente distribuídos, sendo que, no momento da distribuição dos dividendos, o valor recebido pela sociedade investidora é registrado como diminuição do valor do patrimônio líquido do investimento, sem trânsito por contas de resultado³⁶. Além disso, o artigo 197, parágrafo 1º, da Lei nº 6.404/1976 prevê expressamente que o resultado da avaliação do investimento pelo MEP não configura parcela de lucro realizada. Assim, a própria lei societária, que estabelece os parâmetros contábeis no Brasil, prevê que o resultado de MEP não é considerado lucro líquido realizado na sociedade investidora.

Vale ressaltar, ainda, que o artigo 23, parágrafo único, do Decreto Lei nº 1.598/1977, mesmo após a alteração promovida pelo artigo 2º da Lei nº 12.973/2014, continua estabelecendo expressamente que não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajustes do valor do investimento com base no MEP, derivadas de investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionem no país³⁷.

Note-se que não é possível, sequer, sustentar que a Lei nº 12.973/2014 captura a repercussão do lucro da sociedade estrangeira no patrimônio da pessoa jurídica sediada no Brasil, tendo em vista que, conforme comentado acima, o IRPJ e a CSLL incidem sobre o lucro apurado pela sociedade estrangeira segun-

36 Ricardo Mariz de Oliveira corretamente aponta que “é equivocado imaginar que o reflexo desses lucros no balanço da controlada, através do método da equivalência patrimonial, seja suficiente para demonstrar que os lucros estejam à disposição da controladora, uma vez que, ao contrário, o método somente reflete os lucros enquanto não tenham sido efetivamente distribuídos, além de ser um mero critério contábil de avaliação do investimento, não significando que a controladora tenha direito aos lucros da controlada, tanto quanto não revela que, quando esta tenha prejuízos, a controladora esteja obrigada por eles perante os credores da controlada”. (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Prefácio. ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 20).

37 Veja-se: “Art. 23. A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. Parágrafo único. Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20, derivados de investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionem no País”.

do as regras contábeis locais, o que não se confunde com a variação do valor do investimento registrado nas demonstrações contábeis da pessoa jurídica brasileira³⁸, pelas diversas razões apontadas no quadro acima.

A par de todos os problemas apontados acima, é absolutamente criticável a criação de um mecanismo contábil de controle dos lucros do exterior, justamente no âmbito de uma lei que foi editada para adaptar as leis tributárias brasileiras às novas regras contábeis IFRS, baseadas no padrão internacional do IASB, que vieram para acabar com a influência reversa do direito tributário sobre a contabilidade. Assim, a mesma Lei nº 12.973/2014, que estabeleceu uma série de ajustes de natureza fiscal com o intuito de sacramentar o fim da influência das regras tributárias nos métodos contábeis, criou um mecanismo contábil para o controle dos lucros do exterior, que não se compatibiliza com a técnica contábil do MEP.

Tudo isso para concretizar um mero jogo de aparência, em que a lei supostamente alcança o acréscimo patrimonial experimentado pela pessoa jurídica no Brasil, em razão da valorização da participação societária no exterior, ao passo que o substrato econômico efetivamente tributado corresponde aos lucros apurados pela sociedade estrangeira.

A interpretação sistemática da Lei nº 12.973/2014 também comprova que a materialidade a ser tributada é o lucro auferido pela sociedade no exterior.

Em primeiro lugar, o parágrafo 3º do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 faz alusão à “parcela do lucro auferido no exterior, por controlada, direta ou indireta, ou coligada”. Esse dispositivo legal, que traz um benefício fiscal para determinadas atividades relacionadas à prospecção e à exploração de petróleo e gás, menciona a “parcela do lucro auferido no exterior”, e não mais “a parcela do ajuste do valor do investimento”. Logo, há uma incongruência entre dispositivos da própria Lei nº 12.973/2014, o que confirma que o objeto da tributação continua sendo os lucros auferidos no exterior³⁹.

Em segundo lugar, o artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, que permanece em vigor, deixa claro que a universalidade da tributação da renda no Brasil alcança

38 KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. “Quem se beneficia? A Tributação da Controlada Indireta e os Tratados”. *Revista Direito Tributário Atual* nº 36. Coord. Fernando Aurelio Zilveti. São Paulo: IBDT, 2016, p. 263.

39 PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. “O Novo Regime de Tributação em Bases Universais das Pessoas Jurídicas Previsto na Lei nº 12.973/2014: as Velhas Questões foram Resolvidas?” *Revista Direito Tributário Atual* nº 33. São Paulo: IBDT/Dialética, 2015, p. 433.

os lucros, os rendimentos e os ganhos de capital auferidos no exterior⁴⁰. Assim, a interpretação harmônica das duas leis confirma que a menção à “parcela do ajuste do valor do investimento” não passa de um subterfúgio para alcançar os lucros auferidos no exterior.

Como se vê, a interpretação sistemática da legislação tributária, que tem o objetivo de relacionar o dispositivo legal interpretado com outros preceitos normativos em vigor no ordenamento jurídico ou na própria lei interpretada⁴¹, confirma que a incidência do IRPJ e da CSLL prevista na Lei nº 12.973/2014 alcança os lucros auferidos no exterior.

Vale ressaltar que a interpretação sistemática não se esgota na comparação da lei interpretada com outros enunciados normativos, sejam de hierarquia superior, sejam de hierarquia inferior, com o objetivo de integrar os contextos normativos e de preservar a coerência do sistema jurídico como um todo. O método sistemático também possui dimensão valorativa, pois visa a compreender o enunciado normativo dentro do sistema jurídico, que é aberto, direcionado a valores e dotado de historicidade⁴².

Assim, a evolução histórica do sistema brasileiro de tributação em bases universais, que desde o artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 pretendia tributar, em 31 de dezembro de cada ano-calendário, os lucros auferidos por sociedades controladas ou coligadas no exterior, confirma a compreensão global da Lei nº 12.973/2014. Nesse sentido, a valoração objetiva dos preceitos inseridos no novo diploma legislativo, à luz da estrutura global do ordenamento jurídico, das mutações históricas do sistema brasileiro de tributação em bases universais e da intenção originária do legislador tributário, confirma que a materialidade

40 PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. “O Novo Regime de Tributação em Bases Universais das Pessoas Jurídicas Previsto na Lei nº 12.973/2014: as Velhas Questões foram Resolvidas?” *Revista Direito Tributário Atual* nº 33. São Paulo: IBDT/Dialética, 2015, pp. 433-434.

41 Sobre interpretação sistemática, confira-se a lição de José Maria Arruda de Andrade: “O elemento sistemático (...) trata do exame do dispositivo a ser interpretado com os demais, de forma a abordá-lo a partir de suas conexões. Tradicionalmente, essa técnica traz em si a ideia de unidade e coerência do ordenamento jurídico. Sobre o tema, convém lembrar que uma norma não se forma da análise de um artigo de lei destacado (...), já que somente após a conjugação de diversos dispositivos (...) é que se podem identificar os traços decisivos para a construção de um modelo abstrato de imputação deôntica”. (ANDRADE, José Maria Arruda de. *Interpretação da Norma Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 69).

42 TORRES, Ricardo Lobo. “Interpretação e Integração da Lei Tributária”. *Interpretação e Aplicação da Lei Tributária*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 344-345.

sujeita à incidência do IRPJ e da CSLL continua sendo o lucro auferido por intermédio de pessoas jurídicas constituídas no exterior.

Essas considerações demonstram que não houve alteração na materialidade a ser submetida à tributação pelo IRPJ e pela CSLL no Brasil. Os efeitos fiscais das considerações acima serão retomados adiante, na análise dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil e dos seus efeitos perante a Lei nº 12.973/2014.

Por fim, cabe registrar que, para Sergio André Rocha, o jogo de palavras do legislador ofende ao princípio da moralidade administrativa, em razão do seu nítido propósito de provocar um ilusionismo semântico, que, apesar da fumaça e do extenso palavreado, segue tributando o mesmo fato econômico: os lucros auferidos pelas sociedades controladas no exterior⁴³. Confira-se a acertada lição do autor:

“(…) não é compatível com o princípio da moralidade que se pretenda alterar as bases da discussão mediante uma alteração meramente formal do texto legal, mantendo-se a tributação do mesmo fato econômico. É isso que está acontecendo na presente situação.

(…) a Lei 12.973, embora tenha pretendido criar uma ilusão de alteração substantiva em comparação do artigo 74 da MP 2.158, na verdade, por detrás da fumaça e do extenso palavreado, segue tributando o mesmo fato econômico que já se encontra previsto no artigo 25 da Lei nº 9.249/95”⁴⁴.

O princípio da moralidade exige que os agentes da Administração Pública atuem de acordo com padrões éticos, agindo com sinceridade e boa-fé. Ora, não foi isso o que houve na elaboração da Medida Provisória nº 627/2013 pelo Poder Executivo, posteriormente convertida na Lei nº 12.973/2014, que realizou uma alteração meramente formal do texto legal, para tentar afastar discussões jurídicas de alta indagação.

Com isso, pretende-se, em última análise, validar uma forma de tributação que viola diversos preceitos normativos do sistema tributário brasileiro bem como dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil.

43 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 90-91.

44 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 90-91.

1.5 A impossibilidade de tributação de reservas legais de lucros constituídas no exterior

Partindo do pressuposto de que a Lei nº 12.973/2014 continua determinando a incidência do IRPJ e da CSLL sobre o lucro auferido pela sociedade controlada no exterior (e não sobre o reflexo da avaliação do investimento pelo MEP, na parcela correspondente ao lucro), a discussão a respeito da possibilidade de tributação automática de valores retidos em reservas legais de lucros obrigatoriamente constituídas no exterior, em virtude de regras societárias estrangeiras, permanece atual, assim como ocorria durante a vigência do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

O cerne da discussão passa pela análise do artigo 43 do CTN, que define o conceito de renda e de proventos de qualquer natureza utilizado no sistema tributário brasileiro. Confira-se a redação do dispositivo legal:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. (...)”.

De início, lembre-se que, embora seja anterior à Constituição Federal, a Lei nº 5.172/1966, que instituiu o CTN, foi recepcionada tanto pela nova ordem constitucional, quanto por suas antecessoras, com eficácia hierárquica de lei complementar⁴⁵, em virtude do exercício da função de definir o fato gerador do imposto de renda. Além disso, o conceito de renda adotado no artigo 43 do CTN respeitou os limites impostos pelo texto constitucional, motivo pelo qual se reconhece a sua recepção pela Carta Magna.

Daí decorre que as leis ordinárias que disciplinam a incidência do imposto de renda, tal como a Lei nº 12.973/2014, não podem extravasar os limites prefi-

45 O CTN foi instituído pela Lei nº 5.172/1966, com a designação inicial de “Lei do Sistema Tributário Nacional”. A sua denominação foi alterada para “Código Tributário Nacional” com a edição do Ato Complementar nº 33/1967.

Por tal razão, a definição dos critérios de imputação temporal dos elementos positivos e negativos que acarretam mutação patrimonial deve observar o princípio da realização da renda, consectário do princípio da capacidade contributiva.

De fato, a impossibilidade de tributação dos lucros mantidos em reservas legais no exterior, antes da efetiva realização, pode ser justificada a partir da interpretação do princípio da capacidade contributiva, em conjunto com as regras constitucionais de discriminação das competências impositivas.

Isso porque a capacidade contributiva indica que o tributo a ser recolhido aos cofres públicos deve ser extraído da própria materialidade econômica a ser tributada⁵⁰, de modo que os lucros auferidos por sociedade controlada no exterior apenas podem ser tributados no momento da sua efetiva disponibilização, ainda mais quando mantidos em reservas legais constituídas no exterior, com observância das regras comerciais locais.

Sendo assim, a partir do exame das regras constitucionais de discriminação de competências previstas na Constituição Federal, constata-se claramente que o IRPJ e a CSLL não podem ser subtraídos do próprio patrimônio do contribuinte, sendo indispensável a existência de renda realizada, até para que não haja confisco.

É bem verdade que os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 541.090, de 10.4.2013, que versava sobre a tributação de lucros do auferidos no exterior, adotaram uma interpretação bastante ampla para o regime de competência, para defender que os valores registrados na escrituração contábil estão economicamente disponíveis para a pessoa jurídica, o que autorizaria a incidência do imposto de renda sobre os lucros refletidos com base no método da equivalência patrimonial⁵¹. A título de exemplo, confira-se a seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli:

50 Na lição de Ricardo Mariz de Oliveira: "A capacidade contributiva é inerente a toda e qualquer obrigação tributária, significando que o tributo deve ser subtraído (na parte a ser entregue ao Poder Público) da materialidade econômica sobre a qual se dá a incidência tributária". (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "Regime Tributário da Compra Vantajosa – Questões Fundamentais". *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 4º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2013, p. 254).

51 Nessa linha, é possível citar a posição de Marciano Seabra de Godoi, para quem os ajustes de equivalência patrimonial teriam o efeito de criar disponibilidade econômica para a sociedade investidora, em relação aos lucros apurados pela sociedade investida no exterior, mesmo antes de sua distribuição. A argumentação do autor está baseada na observação de que os ajustes positivos de MEP interferem no valor de mercado das ações da sociedade investidora e no cálculo e distribuição

"(...) no caso das pessoas jurídicas, a questão da definição de qual é o momento da ocorrência da disponibilidade econômica ou jurídica está umbilicalmente vinculada ao regime de apuração do lucro contábil, que, na maioria das legislações, é o de competência, assim entendido como aquele em que as receitas e as despesas são lançadas de acordo com o período em que são adquiridas ou incorridas, independentemente do recebimento ou do pagamento dos valores correspondentes".

De todo modo, trata-se de decisão criticável e infundada, que não afasta os pressupostos jurídicos expostos brevemente nas linhas anteriores.

Portanto, os lucros mantidos em reservas legais constituídas pela sociedade no exterior, em cumprimento às regras comerciais e contábeis locais, não devem ser alcançados pelo artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, para fins de tributação automática em 31 de dezembro de cada ano-calendário, sob pena de violação ao artigo 43 do CTN.

1.6 A tributação "per saltum" de controladas indiretas

Outra mudança introduzida pela Lei nº 12.973/2014 diz respeito ao alcance das regras de tributação em bases universais, que passaram a capturar os lucros auferidos por controladas diretas ou indiretas de forma individualizada, independentemente da sua posição na cadeia vertical de participações societárias.

De fato, o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 passou a prever que a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior, equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, deverá ser computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil. Veja-se:

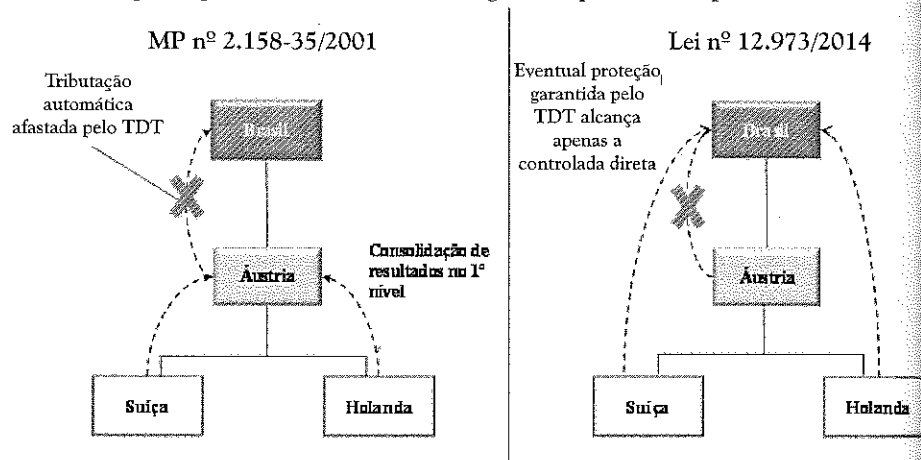
"Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo

de dividendos obrigatórios aos acionistas. (GODOI, Marciano Seabra de. "A Nova Legislação sobre Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei 12.973/2014) como Resultado do Diálogo Institucional entre o STF e os Poderes Executivo e Legislativo da União". *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Volume 18. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 277-314).

da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76”.

Trata-se de medida legislativa adotada pelo Governo Brasileiro a fim de evitar uma estrutura internacional que vinha sendo comumente utilizada por sociedades brasileiras, por meio da constituição da controladora direta em um país que tenha celebrado acordo de bitributação com o Brasil, com o objetivo de diferir a tributação dos lucros das controladas indiretas. Isso ocorria porque os resultados das controladas indiretas precisavam primeiro ser consolidados ou distribuídos para a controlada direta, para, somente então, serem tributados no Brasil no momento de sua disponibilização ficta em 31 de dezembro de cada ano-calendário, ou por ocasião de sua disponibilização efetiva⁵².

Para que fique claro, confira-se o seguinte quadro comparativo:



A ideia de tributar diretamente os lucros auferidos por controladas indiretas deve ser objeto de críticas, pois o poder genérico de controle societário, utilizado para fundamentar a existência de disponibilidade jurídica sobre os lucros do exterior, passa por duas ou mais fases no caso das controladas indiretas: a pessoa jurídica no Brasil deve deter o poder de deliberar a distribuição do lucro da controlada direta, a qual, por sua vez, deverá adotar as providências para a deliberação da distribuição do lucro da controlada indireta.

52 ROCHA, Sergio Andre. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 94.

Assim, assumindo que:

- (i) o poder genérico de controle, exercido de modo indireto, não configura a aquisição de disponibilidade jurídica apta a justificar a tributação dos lucros das controladas indiretas;
- (ii) os lucros das controladas indiretas podem não ser distribuídos para a controlada direta, o que torna a violação ao “*princípio da realização da renda*” ainda mais patente;
- (iii) os lucros das controladas indiretas podem ser absorvidos por resultados negativos apurados em degraus superiores da cadeia de investimento, o que torna essa tributação incompatível com o conceito de renda;
- (iv) os lucros das controladas indiretas não estão sujeitos a avaliação pelo MEP, pois estão refletidos nos resultados das controladas diretas, o que afasta, até mesmo, a ideia de valorização reflexa no Brasil;

a única conclusão possível é a de que o regime de tributação automática dos lucros das controladas indiretas, além de ser incompatível com o artigo 43 do CTN, é manifestamente inconstitucional, por violação à competência tributária atribuída pela Constituição Federal para a instituição do imposto de renda e da contribuição sobre o lucro, uma vez que a pessoa jurídica no Brasil pode ser obrigada a recolher IRPJ e CSLL sobre lucros que foram absorvidos por resultados negativos apurados pela controlada direta⁵³.

De fato, a tributação “*per saltum*” das controladas indiretas pode chegar ao extremo de acarretar a incidência do IRPJ e da CSLL sobre lucro que jamais irá ingressar no patrimônio da pessoa jurídica no Brasil⁵⁴. Essa forma de tributação individualizada dos resultados das controladas diretas trouxe uma

53 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Aspectos Inconstitucionais da Lei nº 12.973 em Matéria de Tributação de Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior (Segundo Alberto Xavier)”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 774.

54 Na dicção de Alberto Xavier: “A tributação dos lucros das controladas indiretas, como se diretas fossem, ao arrepio dos caminhos traçados pelo Direito privado (subir degrau a degrau a escada das participações societárias), conduz à imputação (e conseqüente tributação) de lucros que poderão nunca ingressar efetivamente no patrimônio da controlada brasileira”. (XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucro no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Volume 18. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2014, p. 17).

nova celeuma para o regime brasileiro de tributação em bases universais, transferindo o eixo da discussão, que antes estava centrado na aquisição, ou não, de disponibilidade econômica ou jurídica sobre os lucros apurados pelas sociedades estrangeiras, para a existência, ou não, de renda⁵⁵.

Por tais razões, não se pode concordar com a posição de Sergio André Rocha a respeito do tema, para quem, caso se entenda que a tributação automática dos lucros auferidos pelas controladas diretas é compatível com a Constituição Federal, a mesma conclusão deverá ser adotada em relação à tributação dos resultados das controladas indiretas, em virtude da existência do poder de controle. Veja-se o entendimento do autor:

“(...) a premissa do reconhecimento da constitucionalidade do regime CFC brasileiro é que a tributação, neste caso, incide sobre um acréscimo patrimonial ocorrido no Brasil, sendo que o ponto de partida desta interpretação é a existência de poder de controle.

Havendo poder de controle da empresa brasileira sobre a controlada indireta e incluindo-se na apuração dos tributos brasileiros apenas a parcela do lucro da entidade estrangeira correspondente à participação efetiva da controladora brasileira na controlada indireta, não nos parece haver óbice, de ordem constitucional, ao modelo de tributação introduzido pela Lei 12.973.

Em resumo, somos da opinião de que, entendendo-se que a tributação automática dos lucros auferidos por controladas é compatível com a Constituição Federal, também o seria a tributação de controladas indiretas (...)”⁵⁶.

Embora a questão da existência de disponibilidade econômica ou jurídica de renda pela simples configuração do poder genérico de controle seja comum às controladas diretas e indiretas, o fato é que os demais elementos destacados nos itens (ii), (iii) e (iv) acima são suficientes para demonstrar a inconstitucionalidade da tributação “per saltum” das controladas indiretas, que ignora as

55 GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha S. “As (Muitas) Controvérsias Advindas com a Lei nº 12.973/2014 no Regime de Tributação das Controladas Diretas e Indiretas”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 498.

56 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 138-139.

dispersões, retenções obrigatórias e absorções que tais lucros podem sofrer antes de chegar ao patrimônio da pessoa jurídica no Brasil.

Trata-se, assim, de mecanismo de arrecadação que pode conduzir à incidência do IRPJ e da CSLL sobre lucro inexistente, o que acarreta a tributação disfarçada e oblíqua do patrimônio, em violação às regras constitucionais de discriminação de competências⁵⁷.

Ademais, a sistemática de tributação individual dos resultados auferidos por controladas indiretas no exterior, que ignora o quadro geral dos investimentos no exterior e a mutação patrimonial universal da pessoa jurídica controladora no Brasil, viola os critérios da generalidade, universalidade e progressividade, que devem informar o imposto de renda, nos termos do artigo 153, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal⁵⁸.

É importante mencionar, ainda, que mesmo a questão do poder genérico de controle societário apresenta certas particularidades no caso das controladas indiretas, pois não se trata de um elemento que, por si só, justifica a incidência do IRPJ e da CSLL. Ao contrário, o controle societário funciona como um indicativo (“proxy”) de que a pessoa jurídica tem *acesso direto e atual* aos lucros das suas controladas no exterior, podendo optar, a qualquer momento, pela distribuição dos lucros. Ocorre que esse suposto indicativo deixa de existir no caso das controladas indiretas, pois a pessoa jurídica deixa de ter *acesso direto e atual*, para ter um *acesso indireto e remoto* aos lucros do exterior.

Como adverte Alberto Xavier, “a incapacidade de o poder genérico de controle fundamentar a disponibilidade do lucro não distribuído torna-se ainda mais flagrante no caso das controladas indiretas, em que o controle se exerce por duas fases: o poder de controle da direta para fazer que este exerça o controle sobre a indireta”⁵⁹.

Superado esse ponto, cabe destacar que a tributação “per saltum” das controladas indiretas trouxe inúmeras complexidades para a lei tributária brasileira

57 XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucro no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Volume 18. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2014, p. 17.

58 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Aspectos Inconstitucionais da Lei nº 12.973 em Matéria de Tributação de Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior (Segundo Alberto Xavier)”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 774-775.

59 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 503.

ra. Como exemplo, no reconhecimento do resultado de uma controlada direta, será necessário expurgar os resultados das controladas indiretas, que serão imputados de forma individualizada à sociedade controladora no Brasil⁶⁰. Em uma longa cadeia de investimento, com diversas participações societárias, a proposta de tributar diretamente os lucros das controladas indiretas dificultará sensivelmente o cumprimento da lei tributária, em razão da existência de diversos fatores que podem influenciar na apuração dos resultados do exterior. Assim, o legislador brasileiro andou mal ao deixar de considerar que a redução dos *custos administrativos* da atividade de fiscalização e dos *custos de conformidade* do contribuinte para cumprir a lei tributária constitui um objetivo essencial de política fiscal, pois ambos são custos sociais que desviam recursos que poderiam ser empregados em finalidades mais produtivas ou que acarretam gastos públicos que poderiam ser evitados.

Por último, cabe pontuar que, no caso de controladas indiretas, o elemento de conexão com o território nacional se torna ainda mais tênue, o que demanda uma reflexão mais ampla a respeito da validade da Lei nº 12.973/2014 no âmbito do direito internacional público, sob o enfoque da soberania e da territorialidade em sentido material⁶¹.

1.7 Os elementos de conexão e a tributação de controladas indiretas

A personalidade do Estado soberano como uma comunidade política independente foi devidamente reconhecida a partir da Paz de Vestfália de 1648, que inaugurou o moderno sistema internacional, com o acolhimento da noção de soberania.

A demarcação do território circunscreve os limites da expressão do poder do Estado frente ao conjunto internacional de nações, em virtude dos ideais de igualdade, paridade e uniformidade entre as comunidades políticas. O princípio

60 Como comentado anteriormente, o expurgo apenas deverá ser realizado quando o resultado da controlada indireta tiver repercutido no resultado da controlada direta, seja em razão da consolidação de resultados seja em virtude da adoção de mecanismo de avaliação similar ao MEP.

61 Sobre o tema da territorialidade, conferir: SCHOUERI, Luís Eduardo. "Princípios no Direito Tributário Internacional: Territorialidade, Fonte e Universalidade". *Princípios e Limites da Tributação*. Coord. Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 326-374.

da soberania nacional, que rege as relações internacionais após a Paz de Vestfália, implica a exclusividade do exercício do poder estatal e o dever de não interferência dos demais Estados soberanos⁶². Nesse rumo, os Estados independentes têm o direito de regulamentar, autonomamente, suas relações jurídicas internas e internacionais, sem interferências externas.

A noção de territorialidade guarda conexão direta com a própria ascensão do Estado soberano como uma comunidade política independente, no âmbito das relações internacionais.

No plano da atividade impositiva, a definição do conceito de soberania traduziu-se em intenso apelo ao *princípio da territorialidade* em sua acepção clássica, segundo a qual o poder de tributar por parte de determinado Estado soberano não pressupõe apenas existência de relação entre o fato econômico e o seu ordenamento jurídico, mas também a rígida observância dos limites territoriais, que demarcam as pessoas e as atividades passíveis de tributação, em autêntico confinamento espacial⁶³. Nessa acepção tradicional, o princípio da territorialidade circunscreve a soberania fiscal do Estado e, por consequência, o aspecto espacial do fato gerador do tributo aos perímetros do seu território.

Ocorre que, no curso do século XX, a interação entre os Estados no cenário internacional estimulou a adaptação da noção de soberania, com a consequente substituição do *confinamento territorial*, que delimitava o exercício da potestade impositiva, pela vinculação da legitimidade da tributação internacional aos *elementos de conexão*. Essa expansão da soberania fiscal pode ser atribuída ao período pós-guerra, em que a necessidade de reconstrução dos países envolvidos nos conflitos armados aumentou a voracidade das administrações tributárias na arrecadação de recursos financeiros⁶⁴. Com isso, o poder tributário passou a alcançar fatos ou negócios jurídicos que possuem vínculo direto com o Estado, através dos elementos de conexão.

62 MOREIRA FILHO, Aristóteles. "A aplicação do princípio da territorialidade fiscal e o conceito de fonte na tributação da renda auferida pelo não-residente, no Brasil, a partir de operações de transferência de tecnologia". *Direito Tributário Internacional Aplicado*. Volume V. Coord. Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 223.

63 MOREIRA FILHO, Aristóteles. "A aplicação do princípio da territorialidade fiscal e o conceito de fonte na tributação da renda auferida pelo não-residente, no Brasil, a partir de operações de transferência de tecnologia". *Direito Tributário Internacional Aplicado*. Volume V. Coord. Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 223.

64 CARDOSO, Daniel Gatschnigg. *Limites da Tributação do Comércio Internacional e Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 46.

controlada direta exigisse a consolidação de resultados ou a avaliação de investimentos em participações societárias pelo MEP.

O artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 alterou o cenário acima, ao prever expressamente a tributação dos lucros auferidos pelas controladas indiretas.

Retornando à questão da territorialidade material, cabe apontar que, sob o ponto de vista teórico, a opção de tributar o resultado global das controladas indiretas não apresenta um elemento de conexão forte o suficiente com o território de um Estado. Porém, a verdade é que, no cenário atual, os Estados passam por um momento de redefinição do conceito de soberania, no qual o processo de globalização desafia os princípios políticos do Estado-nação e da ordem de Vestfália e, por extensão, da própria jurisdição tributária.

A consequência direta é que, para manterem o seu desenvolvimento econômico em uma economia globalizada e obterem as receitas necessárias para o cumprimento de suas funções essenciais, os Estados e os seus sistemas tributários estão passando por um amplo processo de modificação, como demonstra o Projeto BEPS da OCDE.

De um lado, os processos de integração econômica e as forças da globalização desafiam seriamente a autonomia fiscal dos Estados, contribuindo para a emergência de uma ordem pós-Vestfália bem menos estadocêntrica, que inaugura a necessidade de observância de padrões comuns na definição dos sistemas tributários. De outro, a perda de arrecadação, o aumento das estruturas de planejamento tributário e a ampliação da economia digital abrem espaço para o endurecimento dos sistemas tributários e a adoção de diversos tipos de regras jurídicas com propósito anti-elusivo.

Por certo, isso não prefigura o falecimento completo do Estado-nação e do conceito de soberania fiscal. Trata-se, na verdade, de mero reconhecimento da necessidade de adesão dos países a uma teia densa e complexa de regras tributárias destinadas ao tratamento de operações transnacionais. Os Estados permanecem como atores fundamentais das relações internacionais, ainda que com enfraquecimento da noção tradicional de soberania fiscal, marcada pela liberdade ilimitada e exclusiva na estruturação dos sistemas tributários internos. No cenário atual, a coordenação e o multilateralismo exercem influência significativa sobre a formatação dos sistemas tributários domésticos dos Estados.

Os mais céticos podem continuar rejeitando a ideia de que o desenvolvimento econômico diminui a liberdade dos Estados na definição dos sistemas tributários domésticos, sobretudo diante da constatação de que os países conti-

nuam livres para a adoção das políticas fiscais que lhes pareçam convenientes, ainda que com efeitos nefastos para a sua economia interna. Não obstante, não há dúvida de que a margem de liberdade dos governos nacionais, para controlar e regular assuntos domésticos, ficou extremamente debilitada com a intensidade dos fluxos transnacionais, afetando profundamente a noção clássica de soberania fiscal dos Estados nacionais. É significativo constatar as inúmeras semelhanças entre os sistemas tributários de diferentes países, o que demonstra a observância de diretrizes comuns na elaboração das políticas fiscais. A circunstância de o regime tributário internacional ainda estar em um estágio inicial de desenvolvimento não afasta a constatação da inviabilidade do antigo conceito de soberania fiscal ilimitada.

Diante do cenário descrito, não há alternativa senão a de reconhecer que a crescente adoção de elementos conexão cada vez mais fluídos pelos Estados levou, com o passar do tempo, a uma alteração da noção atual de territorialidade material. Dessa forma, por mais questionável que seja o regime de tributação "per saltum" das controladas indiretas prevista na Lei nº 12.973/2014, não se pode afirmar que há, no cenário internacional, uma prática reiterada seguida pelos países com senso de obrigação jurídica, que afaste a possibilidade de tributação dos lucros de controladas indiretas.

Por consequência, não se pode afirmar categoricamente que a Lei nº 12.973/2014 violou um costume internacional, em razão da falta de um elemento de conexão com o país.

1.8 O registro em subcontas

No contexto geral da Lei nº 12.973/2014, a utilização de subcontas foi o mecanismo utilizado pela Receita Federal do Brasil para controlar e fiscalizar os resultados oriundos das diferenças entre os novos critérios contábeis e os seus efeitos fiscais¹¹².

Com relação aos lucros do exterior, o artigo 2º da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 prevê que a pessoa jurídica domiciliada no Brasil deverá

¹¹² LOPES, Tatiana. "Rastreabilidade Contábil versus Custo de Conformidade: o Caso das Subcontas da Lei nº 12.973/2014 e seus Potenciais Impactos Tributários". *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alexsandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015, p. 575.

registrar em subcontas da conta de investimento em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil da variação no valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, diretas ou indiretas, no Brasil ou no exterior, relativo ao ano-calendário em que foram apurados em balanço, observada a proporção de sua participação em cada controlada, direta ou indireta.

De acordo com artigo 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, as subcontas contábeis serão analíticas e registrarão, em último nível, os lançamentos contábeis. A pessoa jurídica controladora no Brasil deverá criar uma subconta para cada controlada, direta ou indireta. Essas subcontas devem estar vinculadas à conta contábil do ativo "*investimento em controlada direta no exterior*".

Para essa finalidade, os resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão constar dos resultados auferidos por outra sociedade sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto¹¹³.

O artigo 3º, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB 1.520/2014 previa que a soma dos saldos das subcontas com o saldo da conta investimento deveria resultar no valor do ativo investimento mensurado de acordo com as disposições da Lei nº 6.404/1976. Essa disposição foi revogada pela Instrução Normativa RFB nº 1.674/2016, que passou a prever o registro em subconta auxiliar, o que apenas confirma a dificuldade de compatibilizar o controle em subcontas exigido pela Administração Tributária com as regras contábeis em vigor.

De fato, o critério de controle previsto no ato normativo em questão pode criar problemas para os contribuintes, pois a variação do valor do investimento pelo MEP é apurada com base nas regras contábeis brasileiras, tendo em vista que, na avaliação dos investimentos no exterior, as práticas contábeis da investida devem ser adaptadas às práticas contábeis da investidora¹¹⁴. Assim, o lucro ou prejuízo refletido via MEP é aquele apurado segundo os critérios contábeis brasileiros, ao passo que, para fins de tributação, o resultado do exterior deve ser apurado segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio da sociedade estrangeira e antes da incidência de imposto de renda no exterior sobre o referido lucro.

113 Artigo 2º, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

114 Itens 35 e 36 do Pronunciamento Técnico CPC nº 18.

Portanto, o resultado a ser tributado no Brasil passa por uma série de depurações, ainda que formalmente a Lei nº 12.973/2014 e a Instrução Normativa RFB 1.520/2014 pretendam estabelecer que o valor a ser tributado no país corresponde ao resultado refletido via aplicação do MEP. Como exemplo, no caso de controladas indiretas, será necessário expurgar do resultado das controladas diretas ou indiretas os resultados auferidos por outra sociedade sobre a qual a pessoa jurídica no exterior mantenha controle societário direto ou indireto, o que deverá ser feito por meio de subcontas¹¹⁵.

Em estruturas societárias complexas, com diversas ramificações e cadeias de investimento, o controle dos investimentos em subcontas poderá ser bastante complexo¹¹⁶, aumentando significativamente os custos de conformidade dos contribuintes¹¹⁷.

Assim, além da complexidade inerente à sistemática de tributação individual dos resultados auferidos por controladas diretas e indiretas no exterior, a Lei nº 12.973/2014 ainda criou mais uma obrigação contábil para os contribuintes, que serão forçados a incluir em suas demonstrações financeiras ajustes que deveriam ser realizados exclusivamente na ECF, seja para preservar a autonomia da ciência contábil¹¹⁸, seja para privilegiar a praticabilidade no cumprimento das leis tributárias.

115 Obviamente, o expurgo apenas deverá ser realizado quando o resultado da controlada indireta tiver repercutido no resultado da controlada direta, seja em razão da consolidação de resultados, seja em virtude da adoção de mecanismo de avaliação similar ao MEP.

116 Nas palavras de Marcus Lívio Gomes e Renata Cunha S. Pinheiro: "*Num ordenamento jurídico com uma das mais complexas sistemáticas do mundo, cria-se mais uma obrigação contábil aos contribuintes que, dependendo de quantas pessoas jurídicas intermediárias existam, enfrentará um verdadeiro calvário para atender ao comando legal*". (GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha S. "As (Muitas) Controvérsias Advindas com a Lei nº 12.973/2014 no Regime de Tributação das Controladas Diretas e Indiretas". *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 491-492).

117 LOPES, Tatiana. "Rastreabilidade Contábil versus Custo de Conformidade: o Caso das Subcontas da Lei nº 12.973/2014 e seus Potenciais Impactos Tributários". *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015, p. 582.

118 Como adverte Sergio André Rocha: "*É no mínimo pitoresco que, na mesma lei que pôs fim ao Regime Tributário de Transição, se disponha sobre diretrizes contábeis. Por mais que não se esteja influenciando os critérios do padrão IFRS, a Lei 12.973 acabou por criar obrigações de contabilização*". (ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 129).

Vale registrar que a Instrução Normativa RFB nº 1.674/2016 trouxe, em seu anexo único, um exemplo de registro em subcontas dos resultados auferidos no exterior, que apenas confirma a complexidade do controle em subcontas exigido pela RFB.

O valor do resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros apurados pela controlada, direta ou indireta, será registrado a débito na subconta de cada entidade investida, em contrapartida à subconta auxiliar¹¹⁹. De forma análoga, o valor do resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos prejuízos apurados pela controlada, direta ou indireta, será registrado a crédito na subconta de cada entidade investida, em contrapartida à subconta auxiliar¹²⁰. Os valores registrados da forma prevista na Instrução Normativa serão revertidos no ano-calendário seguinte.

Por fim, cabe mencionar que o contribuinte não pode utilizar as chamadas “contas espelho” para o controle das subcontas dos investimentos no exterior, sendo necessária a utilização de subcontas vinculadas à conta de investimentos¹²¹.

Em geral, a tributação dos lucros auferidos no exterior ainda é um tema bastante sensível na área de tributação corporativa e no próprio cenário econômico de competição das companhias brasileiras no mercado internacional, de modo que o mecanismo de controle em subcontas pode ser um dos menores problemas da Lei nº 12.973/2014. De todo modo, não há dúvida de que as regras de controle e de rastreabilidade contábil estabelecidas na Instrução Normativa RFB 1.520/2014, juntamente com as diversas obrigações acessórias específicas, ampliaram significativamente os custos de conformidade do contribuinte para o cumprimento das regras de tributação em bases universais¹²².

119 Artigo 3º, parágrafo 4º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

120 Artigo 3º, parágrafo 5º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

121 Vide questão 110 do “Perguntas e Respostas” da Receita Federal do Brasil: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/ecf-escrituracao-contabil-fiscal/perguntas-e-respostas-pessoa-juridica-2016-arquivos/perguntas-e-respostas-irpj-2016.pdf>

122 TONANNI, Fernando; MARRARA, Bruna. “Tributação dos Lucros de Controladas no Exterior - A Abordagem da OCDE no Âmbito do BEPS e as Regras Brasileiras de Tributação em Bases Universais - Uma Análise Crítica à Lei nº 12.973/2014”. *Direito Tributário Internacional - Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 192.

1.9 A Lei nº 12.973/2014 e os custos de conformidade

A complexidade trazida pela Lei nº 12.973/2014 não se esgota nas diversas dificuldades que surgem para a apuração dos resultados do exterior e na necessidade de criação de subcontas para o controle dos investimentos no exterior.

Para tornar ainda mais complexo o cumprimento da nova legislação, o artigo 35 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 também prevê que a pessoa jurídica no Brasil deverá informar na Escrituração Contábil Fiscal (ECF) os seguintes demonstrativos:

- Demonstrativo de Resultados no Exterior;
- Demonstrativo de Consolidação;
- Demonstrativo de Prejuízos Acumulados no Exterior;
- Demonstrativo de Rendas Ativas e Passivas;
- Demonstrativo de Imposto Pago no Exterior;
- Demonstrativo de Estrutura Societária no Exterior;
- Demonstrativo de Resultados no Exterior auferidos por intermédio de Coligada em Regime de Caixa.

Vale mencionar que o Demonstrativo de Rendas Ativas e Passivas é de preenchimento obrigatório quando a pessoa jurídica: (i) efetuar a consolidação dos resultados das sociedades no exterior; (ii) utilizar a dedução do crédito presumido de imposto; ou (iii) optar pelo diferimento de pagamento dos tributos.

Na prática, a Lei nº 12.973/2014 deve ampliar significativamente os custos de conformidade relativos ao regime brasileiro de tributação em bases universais, assim entendidos os dispêndios necessários (custos monetários, temporais e psicológicos) para o cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias, a fim de que o contribuinte cumpra com todas as exigências legais¹²³.

123 LOPES, Tatiana. “Rastreabilidade Contábil versus Custo de Conformidade: o Caso das Subcontas da Lei nº 12.973/2014 e seus Potenciais Impactos Tributários”. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015, p. 574.

1.10 A determinação do resultado do exterior

O artigo 95 da Lei nº 12.973/2014, que acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, prevê que os lucros do exterior devem ser apurados segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio da entidade estrangeira.

A Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 repetiu a regra acima tanto no artigo 9º, parágrafo 2º, quanto no artigo 8º, parágrafo 1º, segundo os quais o resultado auferido no exterior deve ser apurado de acordo com as normas da legislação comercial do país de domicílio, antes da incidência do imposto de renda devido no exterior sobre o lucro.

Entretanto, nos casos de inexistência de normas expressas no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, o artigo 8º, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 estabelece que as demonstrações financeiras deverão ser elaboradas com observância dos princípios contábeis geralmente aceitos, segundo as normas da legislação brasileira. Note-se que a parte final da regra apenas determina a elaboração das demonstrações financeiras segundo os critérios contábeis brasileiros, sem exigir a realização de ajustes fiscais (adições e exclusões) prescritos na lei tributária brasileira.

Sergio André Rocha critica a inclusão da regra ora examinada no parágrafo 7º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, pois o mais correto seria incluí-la entre as disposições da própria Lei nº 12.973/2014 que tratam do regime de tributação em bases universais¹²⁴.

Apesar da acertada crítica do autor, a inclusão da regra no próprio artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 parece ter o objetivo de solucionar uma antiga controvérsia que surgia em razão da redação do parágrafo 2º, inciso I, do dispositivo legal em questão, que fazia alusão às “normas da legislação brasileira”. Veja-se:

“Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.
§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

I - 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*”.

Como o texto legal transcrito menciona “as normas da legislação brasileira”, a 3ª Câmara do antigo Primeiro Conselho de Contribuinte, no acórdão nº 103-23465, de 28.05.2008, contrariou a orientação no sentido de que tais resultados devem ser apurados de acordo com as regras contábeis do país em que foram auferidos, ao decidir que o Fisco poderia aplicar as regras brasileiras referentes à apuração do lucro real.

Com isso, a decisão validou o entendimento do Fisco de que os lucros do exterior poderiam ser ajustados, a fim de glosar perdas no recebimento de créditos, tendo em vista a inobservância das regras previstas no artigo 9º da Lei nº 9.430/1996. Para defender essa equivocada interpretação, a decisão sustentou que a expressão “segundo as normas da legislação brasileira”, utilizada no artigo 25, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 9.249/1995, compreende as leis comerciais e fiscais brasileiras, sem qualquer distinção¹²⁵.

Sem entrar nas peculiaridades do caso concreto, a decisão é incorreta sob o ponto de vista jurídico, tendo em vista que o artigo 25, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 9.249/1995 refere-se apenas à demonstração dos lucros, o que não se confunde com a aplicação das regras fiscais brasileiras para fins de determinação dos resultados do exterior.

Assim, a interpretação adotada no precedente acima contraria a própria letra do dispositivo legal em exame, segundo o qual “as filiais, sucursais e controladas *deverão demonstrar a apuração dos lucros (...) segundo as normas da legislação brasileira*”.

Em reforço, acrescenta-se que essa interpretação é a mais adequada ao espírito da lei, pois o que se pretende tributar no Brasil é o lucro líquido auferido pela sociedade controlada no exterior, que seria passível de distribuição para a sociedade controladora no Brasil. Por isso, esse lucro a ser tributado no Brasil somente pode ser apurado com base nos critérios contábeis aplicáveis

124 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 136.

125 Confira-se a seguinte passagem do voto condutor: “(...) o art. 25, parágrafo 2º, I, da Lei supracitada [Lei nº 9.249/1995] não deixa pairar dúvida de que a expressão genérica ‘segundo as normas da legislação brasileira’ representa a legislação comercial e tributária. Afinal, aplica-se aqui o brocardo ‘Não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não o fez’. A expressão, sem sobra de dúvidas, é genérica e como tal deve abarcar também a legislação tributária (...)”.

na jurisdição estrangeira onde está domiciliada a filial, sucursal, controlada ou coligada¹²⁶. Dessa forma, pode-se assentar que é o lucro contábil, passível de distribuição ao sócio, que representa a grandeza adequada a ser considerada para fins de incidência do IRPJ e da CSLL no Brasil.

Esse foi o entendimento adotado no acórdão nº 1102-00060, de 28.08.2009, da 2ª Turma Ordinária, da 1ª Câmara, da 1ª Seção do CARF, no qual a Conselheira Sandra Faroni corretamente entendeu que: “o lucro a ser adicionado deve ser demonstrado segundo as normas da legislação brasileira, a partir das demonstrações elaboradas segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio, traduzidas e convertidas para a moeda nacional”.

Ainda sobre o tema, merece destaque o acórdão nº 1301-00264, de 11.12.2009, no qual a 1ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara, da 1ª Seção do CARF considerou que é incabível a realização de ajustes fiscais, previstos na legislação brasileira, sobre os lucros auferidos pela sociedade controlada no exterior. No caso vertente, a fiscalização havia realizado ajustes no lucro do exterior para adicionar provisões para devedores duvidosos, perdas fiscais, bem como valores relativos à reserva de reavaliação realizada.

Mais recentemente, no acórdão nº 1301-001.858, de 9.12.2015, a 1ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara, da 1ª Seção do CARF reafirmou que os valores passíveis de adição ao resultado da controladora no Brasil correspondem aos lucros contábeis apurados pela controlada com base na legislação de seu país de domicílio, inexistindo a previsão legal para a realização de ajustes fiscais para a exclusão, por exemplo, de valores relativos à marcação a mercado de contratos derivativos de commodities. Veja-se a ementa da decisão:

“LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. AJUSTES. MARCAÇÃO A MERCADO. IMPOSSIBILIDADE. Os lucros auferidos por controlada no exterior, a serem adicionados ao resultado da controladora no Brasil, são os lucros contábeis, a serem apurados pela controlada com base na legislação de seu domicílio fiscal. Tais lucros devem ser demonstrados segundo as normas da legislação brasileira. Inexistindo a previsão legal de ajustes a serem feitos ao lucro contábil apurado pela controlada no exterior, essa pretensão não pode ser acatada”.

126 A Ação 3 do Projeto BEPS indica, como “best practice”, a adoção das regras contábeis da jurisdição da sociedade controladora, para facilitar a fiscalização por parte da administração tributária e, ao mesmo tempo, reduzir o espaço para a manipulação das bases tributáveis no exterior.

A discussão envolvida no caso acima é um pouco mais complexa, porque a sociedade controladora no Brasil expurgou os efeitos da marcação a mercado das demonstrações financeiras preparadas pela sociedade no exterior, a fim de adaptá-las aos padrões contábeis brasileiros, sob o argumento de inexistência de regras comerciais ou contábeis no país da sede do investimento no exterior (Antilhas Holandesas).

A sociedade no exterior elaborou as suas demonstrações financeiras utilizando o critério de marcação a mercado na avaliação de contratos futuros de commodities. Porém, como os ajustes relativos à mensuração de ativos a valor de mercado refletem mera expectativa de aumento patrimonial, que permanecerá em estado latente até a futura liquidação do contrato negociado no mercado futuro, a sociedade controladora no Brasil decidiu seguir os princípios contábeis geralmente aceitos, segundo as regras comerciais e contábeis estabelecidas pela legislação brasileira, que à época ainda não adotava os padrões internacionais de contabilidade estabelecidos pela Lei nº 11.638/2007.

A rigor, a exclusão da marcação a mercado não é um ajuste de natureza exclusivamente fiscal, como ocorre com a adição de uma despesa não-dedutível ou a exclusão de uma receita não-tributável, em virtude de opções de política fiscal do legislador brasileiro. Porém, é de se reconhecer que a possibilidade de utilização das regras contábeis brasileiras, em caso de inexistência de normas contábeis expressas no país de domicílio da entidade no exterior, não autoriza a elaboração de duas demonstrações financeiras (uma no exterior para apresentar aos investidores e outra no Brasil para a tributação dos lucros do exterior), tampouco permite que a sociedade controladora no Brasil realize ajustes contábeis na demonstração financeira originalmente preparada no exterior.

No caso em questão, diante da inexistência de regras contábeis no Estado estrangeiro e da existência de poder de controle, o ideal seria que as demonstrações financeiras da entidade no exterior tivessem sido elaboradas, desde o início, com base nas regras contábeis brasileiras, sem a utilização do mecanismo de marcação a mercado para os contratos futuros. Isso evitaria a necessidade de ajustes contábeis no Brasil para expurgar os efeitos da marcação a mercado. No caso de sociedade coligada no exterior, a discussão pode se tornar mais complexa, pois, a depender das circunstâncias, a sociedade no Brasil pode não ter qualquer ingerência em relação aos critérios contábeis utilizados no exterior.

Esses julgados, embora proferidos na vigência do regime anterior, apresentam diversos fundamentos que permanecem válidos para fins de interpre-

tação da Lei nº 12.973/2014, pois o lucro do exterior deve ser apurado segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada.

Feita essa breve análise da jurisprudência formada no regime anterior, cabe destacar que a adoção harmonizada do IFRS como padrão contábil oficial em diversos países do mundo tende a reduzir as necessidades de adaptações decorrentes de diferenças entre os critérios contábeis locais (local GAAP) e as regras contábeis brasileiras.

De um lado, se a sociedade no exterior estiver localizada em país que também adote o IFRS, as demonstrações financeiras da entidade no exterior serão elaboradas com base nesse padrão contábil, por força das regras societárias locais. De outro lado, se a sociedade no exterior estiver localizada em país que não tenha regra contábil, as demonstrações financeiras da entidade no exterior serão elaboradas com base no padrão IFRS, por força das regras comerciais brasileiras¹²⁷. Assim, o IFRS apenas não será utilizado se a sociedade estrangeira estiver domiciliada em país que adote, de maneira expressa, práticas contábeis específicas, que diverjam do padrão contábil estabelecido pelo IASB¹²⁸.

É possível que a principal exceção ao processo mundial de adoção dos padrões contábeis do IFRS seja o chamado "US GAAP", adotado nos Estados Unidos. Porém, segundo se tem notícia, o FASB¹²⁹, que é a entidade norte-americana responsável pela regulamentação dos métodos contábeis naquele país, vem gradativamente convergindo para o IFRS, reduzindo significativamente as diferenças entre o US GAAP e o IFRS¹³⁰.

Por fim, é importante destacar que, embora não possa realizar ajustes fiscais nos resultados do exterior, o Fisco brasileiro pode fiscalizar a formação do lucro contábil, a fim de evitar manipulações sobre as cifras contábeis. Assim, o fisco pode investigar infrações cometidas pelo contribuinte na apuração do

127 Artigo 8º, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1520/2014.

128 FERNANDES, Edison Carlos. "Impactos tributários da adoção dos IFRS nas operações de planejamento tributário internacional". *Estudos Avançados de Direito Tributário Internacional*. Coord. Roberto Vasconcellos et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 77.

129 Financial Accounting Standards Board (FASB).

130 MUNIZ, Ian; MONTEIRO, Marco. *Tributos Federais e o Novo Padrão Contábil – Comentários à Lei nº 12.973/14*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 22-23.

lucro contábil, como a não escrituração de uma receita ou o reconhecimento de despesas inexistentes.

Os ajustes fiscais não podem ser estendidos ao lucro contábil apurado no exterior, na medida em que representam adições ou exclusões prescritas ou autorizadas pela legislação tributária. No entanto, inconsistências na apuração do próprio lucro líquido podem ser questionadas pela fiscalização, desde que a autoridade fiscal não exerça um juízo de valor sobre os critérios contábeis adotados. Apenas questões de fato, relacionadas à omissão de receitas ou ao registro de despesas inexistentes, podem ser questionadas¹³¹.

1.11 Limites para a fiscalização dos resultados do exterior

A possibilidade de fiscalizar a formação do lucro contábil, com o objetivo de evitar manipulações sobre as cifras contábeis, traz à tona a discussão a respeito dos limites para a fiscalização dos resultados auferidos no exterior.

Obviamente, a Administração Tributária brasileira não pode praticar atos de autoridade em outro Estado soberano, como investigações, exames, auditorias e solicitações de informações diretamente às pessoas envolvidas. A própria ideia de soberania, entendida como poder de autodeterminação plena, implica a exclusividade no exercício do poder estatal e o dever de não interferência dos demais Estados soberanos¹³². Por essa razão, os atos de autoridade praticados diretamente pela Administração Fazendária de outro país são repudiados e considerados como forma de invasão ou afronta à soberania¹³³. Nessa linha, o artigo 4º da Constituição Federal prevê que, nas suas relações internacionais, a

131 Em sentido semelhante, confira-se a posição de Edmar Oliveira Andrade Filho: "O texto da lei não impede, no entanto, que a autoridade fiscal brasileira exerça controle sobre a parcela tributável, especialmente nos casos de investimento em países que não adotam regras contábeis rígidas. Mesmo nos países onde existam normas contábeis alinhadas com os padrões internacionais, a manipulação das cifras contábeis é algo que não pode ser negligenciado, mas é difícil exercer controle sobre elas". (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 547).

132 MOREIRA FILHO, Aristóteles. "A aplicação do princípio da territorialidade fiscal e o conceito de fonte na tributação da renda auferida pelo não-residente, no Brasil, a partir de operações de transferência de tecnologia". *Direito Tributário Internacional Aplicado*. Volume V. Coord. Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 223.

133 JOBIM, Eduardo. "A troca de informações no direito tributário internacional e seus influxos nos direitos fundamentais dos contribuintes". *Revista Tributária e de Finanças Públicas* nº 72. Coord. Dejalma de Campos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 227.

No regime anterior, os lucros auferidos no exterior por filial, sucursal, controlada ou coligada eram convertidos para reais com base na taxa de câmbio, para venda, em vigor na data do encerramento do período de apuração relativo às demonstrações financeiras em que os respectivos valores tinham sido apurados¹⁴².

Por fim, apenas para que não pare dúvida, vale destacar que o artigo 76, parágrafo 3º, da Lei nº 12.973/2014 afasta a aplicação da regra residual prevista no artigo 143 do CTN para a conversão de valores expressos em moeda estrangeira, que apenas se aplica na ausência de disposição legal em sentido contrário¹⁴³.

De resto, o artigo 76, parágrafo 3º, da Lei nº 12.973/2014 traz interessantes questões relativas à variação cambial, que serão examinadas no tópico seguinte.

1.14 A variação cambial do investimento no exterior

O artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 prevê expressamente que apenas a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente ao lucro da sociedade controlada está sujeita à tributação no Brasil por meio de disponibilização ficta, excetuando-se a variação cambial. Veja-se:

“Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, *excetuando a variação cambial*, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76”.

O parágrafo 1º do mencionado dispositivo legal acrescenta que a parcela do ajuste do valor do investimento compreende apenas os lucros auferidos no período-base, não alcançando a variação cambial e as demais parcelas registradas no patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no

142 Artigo 25, parágrafo 4º, da Lei nº 9.249/1995 e artigo 6º, parágrafo 3º, da Instrução Normativa SRF nº 213/2002. Sobre a taxa de conversão do lucro na vigência do regime anterior, vide a Súmula CARF nº 94: “Os lucros auferidos no exterior por filial, sucursal, controlada ou coligada serão convertidos em reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados tais lucros, inclusive a partir da vigência da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001”.

143 Confira-se a redação do texto legal: “Art. 143. Salvo disposição de lei em contrário, quando o valor tributário esteja expresso em moeda estrangeira, no lançamento far-se-á sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador da obrigação”.

exterior¹⁴⁴. Assim, além da variação cambial, eventuais reservas de capital formadas no exterior, sem trânsito por contas de resultado, também não influenciam na apuração dos lucros do exterior passíveis de tributação pela sociedade controladora no Brasil.

Logo, pode-se assentar que as variações cambiais positivas ou negativas dos investimentos em sociedades controladas não devem ser computadas no lucro real e na base de cálculo da CSLL, no contexto do regime brasileiro de tributação em bases universais.

Esse dispositivo legal se amolda à regra examinada acima de conversão dos valores para Reais, segundo a qual os lucros ou prejuízos serão convertidos pela taxa de câmbio da data do balanço da sociedade controlada no exterior. Assim, na sistemática de tributação introduzida pela Lei nº 12.973/2014, o saldo da subconta da conta de investimento em controlada no exterior não recebe variação cambial, pois o valor equivalente ao lucro é convertido para Reais na data do próprio balanço em que apurado.

O regime introduzido pela Lei nº 12.973/2014 também se conforma às críticas apresentadas pela doutrina contra a tributação da variação cambial refletida pelo MEP, que não representa acréscimo patrimonial efetivo e realizado. Nesse sentido, confira-se a clássica lição de Alberto Xavier, extraída de edição anterior de sua obra:

“(…) a existência ou não dos lucros é um fenômeno totalmente independente da apuração de um resultado positivo de equivalência patrimonial do investimento, pois pode haver casos em que há lucro sem variação cambial e outros casos em que a variação cambial ocorre, ainda que a sociedade estrangeira não tenha operado, ou tenha operado com prejuízo. A incidência de imposto de renda em tal caso seria impossível, eis que, por inexistir acréscimo patrimonial, ele traduzir-se-ia num verdadeiro imposto sobre o capital ou sobre o patrimônio, notoriamente inconstitucional.”¹⁴⁵

144 NEDER, Marcos Vinicius; PIMENTEL, Larissa. “As Inovações na Tributação Presumida dos Lucros Auferidos por Subsidiárias de Empresas Brasileiras no Exterior pela 12.973/14”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 483.

145 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 477.

Neste contexto, a Solução de Consulta COSIT nº 34, de 26.02.2015, reconheceu que a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior, relativa à variação cambial, não deve ser computada na determinação do lucro real. Confira-se a ementa da decisão:

“EMENTA: IMPOSTO DE RENDA. INVESTIMENTO EM CONTROLADA NO EXTERIOR. VARIAÇÃO CAMBIAL. AJUSTE. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior, relativa à variação cambial, não deve ser computada na determinação do Lucro Real”.

Portanto, não há dúvida de que a variação cambial positiva ou negativa do investimento no exterior não deve influenciar na determinação do lucro ou prejuízo a ser considerado pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil. Apenas o resultado efetivamente auferido pela entidade no exterior, equivalente ao lucro remanescente após a compensação dos seus prejuízos contábeis, deve ser computado pela pessoa jurídica domiciliada no país para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

De qualquer forma, pode parecer, à primeira vista, que a Lei nº 12.973/2014 apenas tratou da não-tributação da variação cambial auferida durante a manutenção do investimento no exterior, sem disciplinar o tratamento tributário a ser aplicado à variação cambial transferida do patrimônio líquido para o resultado do exercício no momento da liquidação do investimento. Esse assunto será examinado no tópico a seguir.

1.15 A variação cambial na liquidação do investimento no exterior

De acordo com o item 32 do Pronunciamento Técnico CPC nº 2, aprovado pela Resolução nº 1.295/2010, do Conselho Federal de Contabilidade (“CFC”), a contrapartida do ajuste no valor do investimento, referente à variação cambial, deve ser reconhecida em conta específica do patrimônio líquido da sociedade investidora (“Ajustes Acumulados de Conversão”). No momento da realização do investimento no exterior, a sociedade investidora deve reconhecer a realização da variação cambial, transferindo a parcela da variação cambial

realizada do patrimônio líquido para o resultado do período. É o que prevê o item 48 do Pronunciamento Técnico CPC nº 2, na passagem a seguir transcrita:

“Na baixa de entidade no exterior, o montante acumulado de variações cambiais relacionadas a essa entidade no exterior, reconhecido em outros resultados abrangentes e registrado em conta específica do patrimônio líquido, deve ser transferido do patrimônio líquido para a demonstração do resultado (como ajuste de reclassificação) quando o ganho ou a perda na baixa for reconhecido (a esse respeito ver Pronunciamento Técnico CPC 26 – Apresentação das Demonstrações Contábeis)”.

Diante do novo procedimento contábil, surge a dúvida a respeito do tratamento tributário a ser aplicado à variação cambial do investimento em sociedade controlada no exterior no momento da sua liquidação. A dificuldade surge justamente porque o saldo da variação cambial é lançado em conta de resultado do exercício, sendo que não há, pelo menos à primeira vista, dispositivo legal expresso que autorize a sua exclusão do lucro líquido contábil, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Apesar do lançamento em contas de resultado no momento da liquidação, é certo que o valor ora examinado mantém a sua característica de resultado de equivalência patrimonial, de modo que a sua transferência do patrimônio líquido para o resultado do exercício, no momento da liquidação do investimento, não altera a sua natureza jurídica, tampouco o respectivo regime de tributação.

Até a entrada em vigor da Lei nº 11.638/2007, a variação cambial de investimentos no exterior, para fins contábeis, integrava o resultado de equivalência patrimonial, na forma do artigo 16 da Instrução CVM nº 247/1996, Veja-se:

“A diferença verificada, ao final de cada período, no valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, deverá ser apropriada pela investidora como:

I - receita ou despesa operacional, quando corresponder:

- a) a aumento ou diminuição do patrimônio líquido da coligada e controlada, em decorrência da apuração de lucro líquido ou prejuízo no período ou que corresponder a ganhos ou perdas efetivos em decorrência da existência de reservas de capital ou de ajustes de exercícios anteriores; e
- b) a variação cambial de investimento em coligada e controlada no exterior (...).”

Apesar do lançamento em contas de resultado no momento da liquidação, é certo que o valor reconhecido no patrimônio líquido mantém a sua característica de resultado de equivalência patrimonial, de modo que a sua transferência do patrimônio líquido para o resultado do exercício, no momento da liquidação do investimento, não altera a natureza jurídica do referido valor, nem o respectivo regime de tributação.

A versão atual do artigo 16, inciso V, da Instrução CVM nº 247/1996, alterado pela Instrução CVM nº 464/2008, manteve a variação cambial do investimento no exterior, registrada na conta de Ajuste Acumulado de Conversão, como um ajuste oriundo da avaliação do investimento pelo MEP. Veja-se:

“Art. 16. A diferença verificada, ao final de cada período, no valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, deverá ser apropriada pela investidora como:

(...)

V - na conta de Ajuste Acumulado de Conversão, diretamente no seu patrimônio líquido, quando corresponder a ajuste da mesma natureza no patrimônio líquido da controlada ou coligada com investimento no exterior, em função das variações cambiais de que trata a regulamentação da CVM em vigor”.

Assim, sob o ponto de vista das próprias regras contábeis, o valor registrado no patrimônio líquido e transferido para contas de resultado na liquidação do investimento mantém a sua natureza jurídica de resultado de equivalência patrimonial.

É bem verdade que, sob um enfoque eminentemente conceitual, não seria absolutamente indispensável o registro de variação cambial sobre um investimento no exterior. Isso porque é a sociedade investidora no Brasil que apura um resultado positivo ou negativo em função da oscilação cambial, independentemente da existência de qualquer resultado ou variação no patrimônio líquido na sociedade investida. É o que defende Edmar Oliveira Andrade Filho, na passagem a seguir transcrita:

“Sem a possibilidade de ajuste pela correção monetária do balanço, o valor da equivalência patrimonial passou a abranger toda a variação cambial (via de regra, crescente) do período, de modo que a investidora

apura um resultado positivo em função da variação cambial e independentemente dos resultados da investida. (...)

Ocorre que o valor do ajuste não corresponde a um ganho obtido pela investida, nem um acréscimo ao seu patrimônio; ele corresponde, na verdade, à correção cambial incidente sobre o valor do investimento e não a um genuíno resultado de equivalência patrimonial.

Esse singelo exemplo demonstra que sob o rótulo de equivalência patrimonial está sendo reconhecida uma variação cambial sobre um valor do ativo de forma ilegal, porque esse mecanismo é utilizado para burlar o mandamento de que os valores do ativo permanente devem ser avaliados pelo preço de custo, sendo admitidos ajustes unicamente para refletir os ganhos, perdas, acréscimos e decréscimos patrimoniais experimentados pela investida (o genuíno resultado de equivalência patrimonial) e eventual provisão para perdas.

Essa atualização pela variação cambial é indevida; no ordenamento jurídico vigente, a variação cambial deve recair sobre os direitos que forem realizados em moeda estrangeira. Ora, as ações e quotas do capital de uma sociedade não têm essa natureza, de modo que não existe regra a determinar a correção cambial em tais circunstâncias¹⁴⁶.

A crítica do autor é bastante razoável. Como exemplo, basta imaginar a hipótese em que uma pessoa jurídica no Brasil adquire um bem imóvel no exterior, para a instalação de um escritório para reuniões realizadas com clientes estrangeiros. O imóvel em questão, ainda que adquirido em moeda estrangeira, não estará sujeito à variação cambial.

Dessa forma, no caso de um investimento no exterior, não seria absolutamente necessário registrar a variação cambial do valor do investimento, que pode vir a majorar ou reduzir o seu custo de aquisição no momento da apuração de eventual ganho ou perda de capital.

Apesar da crítica acima, o fato é que as regras contábeis tratam os ajustes de variação cambial do investimento como resultado de MEP. Aliás, essa é justamente a razão pela qual o autor teceu críticas ao procedimento contábil em questão, pois realmente a mera oscilação cambial pode aumentar ou diminuir o valor do investimento, sem que haja qualquer alteração no patrimônio da sociedade investida.

¹⁴⁶ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 555.

Logo, partindo do critério contábil adotado pelas regras editadas pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis e pela Comissão de Valores Mobiliários, deve-se aceitar que a variação cambial do investimento no exterior constitui resultado de sua avaliação pelo MEP, com todas as consequências daí decorrentes.

Ademais, cabe ressaltar que as variações cambiais somente são refletidas no patrimônio da sociedade investidora em virtude de MEP, o que torna tais valores um efeito decorrente do disposto no artigo 248 da Lei nº 6.404/1976. Não fosse o MEP, a variação cambial não seria contabilizada na sociedade investidora antes da realização, por alienação ou baixa, do investimento. A forma de cálculo e a periodicidade em que tais variações são reconhecidas no patrimônio da sociedade investidora também ocorrem em conformidade com as demais variações decorrentes do MEP. Logo, não apenas no plano contábil, mas também sob o enfoque das leis comerciais e fiscais em vigor, deve-se reconhecer que as variações cambiais em questão possuem natureza de resultados decorrentes do MEP.

Por consequência, sendo uma contrapartida da avaliação do investimento com base no MEP, o valor transferido para as contas de resultado na liquidação do investimento não pode ser tributado pelo IRPJ e pela CSLL, tendo em vista que o artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598/1977, mesmo após a alteração promovida pela Lei nº 12.973/2014, manteve a neutralidade das contrapartidas da avaliação do investimento pelo MEP. Veja-se:

“Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real.

Parágrafo único. Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20, derivados de investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionem no País”.

Como se pode notar, o dispositivo legal acima afasta a possibilidade de tributação dos resultados oriundos da avaliação de investimentos em sociedades estrangeiras com base no MEP, independentemente do mecanismo contábil de crédito na conta de Ajustes Acumulados de Conversão, seguido de posterior transferência para o resultado do exercício no momento da liquidação total ou parcial do investimento.

Na mesma linha, o parágrafo 6º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, que também permanece em vigor, dispõe que “os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente”. Isso significa que a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior deve ocorrer em conformidade com as normas jurídicas que disciplinam o tema, sendo que, independentemente da adoção do princípio da universalidade para a tributação da renda, o resultado decorrente da avaliação de investimentos em sociedades controladas ou coligadas no exterior pelo MEP permanece não tributável no Brasil, nos termos do Decreto-lei nº 1.598/1997.

Observe-se que o procedimento contábil de registrar a variação cambial em uma conta transitória no patrimônio líquido (conta de Ajustes Acumulados de Conversão), antes de sua transferência para o resultado do exercício, não tem o condão de alterar o tratamento tributário prescrito pelo artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598/1977 e pelo artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, que afastam expressamente a possibilidade de tributação da variação cambial oriunda da avaliação do investimento pelo MEP, sem condicionar a não-incidência de IRPJ e de CSLL à observância de determinado padrão contábil.

Tanto é assim que o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 prevê expressamente que a variação cambial do investimento no exterior não será oferecida à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, sem fazer qualquer distinção em relação ao momento em que ocorre o seu reconhecimento (i.e. variação cambial registrada durante a manutenção do investimento ou variação cambial reconhecida na liquidação do investimento).

Assim, o artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598/1977 e o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 não consagram um mero diferimento da tributação da variação cambial para o momento da liquidação do investimento, o que, a todo rigor, dependeria de norma expressa restringindo o âmbito de aplicação de tais dispositivos a determinado lapso temporal.

A maior prova da irrelevância do procedimento contábil estabelecido pelo Pronunciamento Técnico CPC nº 2 decorre da sua interação com as regras tributárias.

De fato, caso se considere que o artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598/1977 e o artigo 71 da Lei nº 12.973/2014 apenas alcançam a variação cambial reconhecida durante o período de manutenção do investimento, é certo que tais dispositivos legais se tornariam inócuos e inaplicáveis a casos

concretos, tendo em vista que a variação cambial é reconhecida diretamente no patrimônio líquido, de modo que não haveria a necessidade de edição da norma jurídica prevendo a sua exclusão do lucro líquido, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Assim, se a intenção do legislador fosse impedir a tributação apenas da variação cambial registrada durante a manutenção do investimento, é evidente que não haveria a necessidade de edição de norma jurídica específica, pois os valores em questão são registrados diretamente na conta de "Ajustes Acumulados de Conversão", no patrimônio líquido da sociedade investidora. Em outras palavras, se a contrapartida do valor do investimento equivalente à variação cambial não transita pelo resultado do exercício antes da liquidação do investimento, como determina o Pronunciamento Técnico CPC nº 2, não haveria a necessidade de edição lei prevendo a sua não tributação pelo IRPJ e pela CSLL. Lembre-se que a Lei nº 12.973/2014 foi editada justamente para adaptar a legislação tributária às novas práticas contábeis editadas com base no padrão IFRS, fato que autoriza o intérprete a presumir que o legislador conhecia essas novas práticas.

Logo, a única interpretação possível é entender que o artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598/1977 e o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 consagram a não-tributação das variações cambiais de investimentos no exterior, seja durante a manutenção do investimento, seja no momento da realização do investimento.

Embora a lei possa, sim, ter palavras inúteis, uma vez que o Poder Legislativo é formado por representantes eleitos pelo povo e que não possuem, necessariamente, formação jurídica¹⁴⁷, não é de se esperar que o legislador tenha desperdiçado o seu tempo editando normas jurídicas que não terão qualquer eficácia prática¹⁴⁸, ainda mais no contexto da Lei nº 12.973/2014, que é fruto de conversão da Medida Provisória nº 627/2013, de autoria da própria Administração Fazendária. Assim, conquanto o princípio de hermenêutica de que a lei não

147 O sistema jurídico positivo é formado a partir de um lento processo histórico de desenvolvimento, por meio de atos legislativos editados por instâncias de representação popular. O próprio direito pode ser visto como uma realidade dinâmica, que está em constante movimento, modificando-se para acompanhar as relações humanas, bem como as novas exigências da vida social. Assim, na ordem prática das coisas, é possível que um texto legal, redigido pelos representantes eleitos pelo povo, apresente contradições, obscuridades ou incompletudes. Os textos legais, mesmo nos países de sólida tradição jurídica, apresentam defeitos e imprecisões.

148 ROCHA, Sergio André. "Quem disse que a Lei não tem Palavras Inúteis? Uma Leitura do Artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 e da IN nº 1.492/2014". *Estudos de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 323.

contém palavras inúteis não seja absoluto, sempre que possível o intérprete deve atribuir algum efeito às palavras inseridas no texto normativo, salvo se, a partir da análise do caso concreto, ficar claro que certas palavras ou expressões são supérfluas ou que foram inseridas por inadvertência ou engano, constituindo letra morta na lei¹⁴⁹. Não parece ser esse o caso do artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598/1977 e do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, que excluíram a variação cambial do âmbito de incidência do IRPJ e da CSLL, independentemente da forma utilizada em seu registro contábil, que não pode alterar o alcance das normas tributárias em vigor.

Em reforço as considerações acima, é importante enfrentar também os argumentos que podem ser levantados em sentido contrário, quais sejam:

- (i) o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 apenas afasta a tributação da variação cambial registrada no regime de tributação automática dos lucros do exterior, sem afastar a possibilidade de incidência do IRPJ e da CSLL sobre a variação transferida para contas de resultado no momento da efetiva liquidação do investimento, que apresentaria natureza jurídica distinta, por se tratar de variação cambial efetivamente realizada;
- (ii) não há base legal específica para a exclusão, do lucro líquido que serve de base para a apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, dos valores transferidos do patrimônio líquido para o resultado do exercício, de modo que vigoraria o sistema de exceções taxativas;
- (iii) o custo de aquisição do investimento avaliado via MEP compreende os valores cujas contrapartidas foram lançadas no patrimônio líquido (i.e. débito na conta de investimento e crédito no patrimônio líquido), de modo que a sua tributação na realização do investimento apenas anularia o custo do investimento majorado pela variação cambial;
- (iv) como o Pronunciamento Técnico CPC nº 2 é anterior à Lei nº 12.973/2014, que não neutralizou expressamente os seus efeitos tributários, deve-se assumir que o legislador pretendeu tributar a variação cambial transferida do patrimônio líquido para contas de resultado no momento da liquidação do investimento.

149 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 251.

Como visto acima, o argumento (i) esbarra em duas constatações anteriores.

A primeira é que as próprias regras contábeis tratam a variação cambial registrada no patrimônio líquido como resultado de equivalência patrimonial, apenas prescrevendo um passo adicional antes do seu registro em contas de resultado. O procedimento contábil de registro da variação cambial na conta de "Ajustes Acumulados de Conversão", antes do trânsito por resultado, está relacionado à finalidade de controle das diferenças entre a moeda funcional da sociedade investida no exterior e a moeda funcional da pessoa jurídica no Brasil, o que não tem qualquer relação com as regras fiscais.

A segunda é que o artigo 23, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.598/1977 e o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 se tornariam inócuos caso os seus âmbitos de aplicação ficassem restritos à variação cambial registrada durante a manutenção do investimento. Isso porque, se essa variação cambial é reconhecida diretamente no patrimônio líquido, como determina o Pronunciamento Técnico CPC nº 2, não há a necessidade de edição da norma jurídica expressamente prevendo a sua exclusão do lucro líquido, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Logo, a única conclusão possível seria entender que esses dispositivos legais afastam o efeito tributário de qualquer variação cambial do investimento, independentemente do momento do seu trânsito por contas de resultado.

Quanto ao argumento relativo ao item (ii), é fácil perceber, após as considerações acima, que a base legal para a não tributação reside no próprio artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, que prevê a incidência de IRPJ e CSLL apenas sobre contrapartida do valor do investimento equivalente aos lucros, afastando expressamente a tributação da variação cambial dos investimentos no exterior. Assim, à exceção dos lucros apurados pela investida no exterior, as demais parcelas oriundas da avaliação do investimento pelo MEP não estão sujeitas à tributação, independentemente do procedimento contábil adotado (registro da contrapartida do MEP em conta de resultado ou no patrimônio líquido), pois a técnica de escrituração dos resultados não pode alterar as consequências fiscais expressamente prescritas pela legislação tributária em vigor.

Portanto, apesar do trânsito dos valores em questão pelo resultado, o ganho de capital deverá ser apurado seguindo as regras tributárias em vigor para os investimentos avaliados pelo MEP (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977).

De fato, o ganho de capital na alienação ou baixa de investimento no exterior deve observar as determinações do artigo 31 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, com a redação dada pela Lei nº 12.973/2014, a seguir reproduzido:

"Art. 31. Serão classificados como ganhos ou perdas de capital, e computados na determinação do lucro real, os resultados na alienação, inclusive por desapropriação (§ 4º), na baixa por perecimento, extinção, desgaste, obsolescência ou exaustão, ou na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível. § 1º. Ressalvadas as disposições especiais, a determinação do ganho ou perda de capital terá por base o valor contábil do bem, assim entendido o que estiver registrado na escrituração do contribuinte, diminuído, se for o caso, da depreciação, amortização ou exaustão acumulada e das perdas estimadas no valor de ativos. (...)."

Como se vê, o ganho de capital na realização de investimentos é determinado a partir do valor contábil, que, em virtude da aplicação do MEP, inclui a variação cambial. Se, por força do Pronunciamento Técnico CPC nº 02, no momento da alienação ou baixa de um investimento, uma parcela da contrapartida da aplicação MEP, correspondente à variação cambial registrada em conta de patrimônio líquido, for revertida para o resultado, esse movimento contábil não tem o condão de tornar tributável o que em sua essência não o é, por se tratar de resultado de equivalência patrimonial. A tentativa de tributar essa parcela, que transita por resultado na alienação ou baixa do bem, equivale a restringir a dedução de um custo de aquisição admitido pelo artigo 31 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Seguindo adiante, o argumento indicado no item (iii) sustenta que a incidência de IRPJ e de CSLL sobre os valores transferidos do patrimônio líquido para o resultado do exercício têm o condão de anular o custo do investimento majorado pela variação cambial, contribuindo, assim, para a correta apuração de eventual ganho de capital.

Como exemplo, imagine-se que a sociedade A remeteu R\$ 10.000 para o exterior para integralizar o capital da sociedade B, com valor equivalente a US\$ 5.000 (US\$ 1,00 = R\$ 2,00). No ano seguinte, a sociedade B não apurou qualquer resultado, mas cada US\$ 1,00 passou a valer R\$ 2,50. Diante disso, o valor do investimento em B passou a representar R\$ 12.500,00, com o consequente

registro de equivalência patrimonial de R\$ 2.500, mediante débito na conta do investimento e crédito no patrimônio líquido.

Como se nota, essa variação cambial ocasionou um aumento no custo de aquisição do investimento avaliado pelo MEP, sem a sua correspondente tributação no Brasil, pois a variação cambial do investimento é expressamente excluída da incidência do IRPJ e da CSLL pelo artigo 77 da Lei nº 12.973/2014. Dessa forma, no momento da alienação do investimento, o custo de aquisição poderá estar majorado em virtude do reconhecimento da variação cambial (débito na conta investimento e crédito no patrimônio líquido), reduzindo, por consequência, o ganho de capital a ser submetido à incidência do IRPJ e da CSLL.

Apesar da assimetria apontada acima, deve-se destacar que esse problema já existia anteriormente, pois no regime do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, a variação cambial dos investimentos no exterior avaliados pelo MEP não era submetida à tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

Na verdade, houve uma tentativa de introduzir a tributação da variação cambial no Brasil, por ocasião da edição do artigo 46 da Medida Provisória nº 135/2003, mas esse dispositivo legal foi vetado pelo Presidente da República. Aliás, mesmo antes da edição da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, o artigo 25, parágrafo 6º, da Lei nº 9.249/1995, já previa que “os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente”. Isso mostra que a possível falta de simetria já existia anteriormente, não sendo uma decorrência apenas das novas regras contábeis.

Além disso, é importante ter em mente que essa assimetria é mera consequência da adoção do MEP para fins fiscais, mesmo no âmbito doméstico. Como exemplo, basta mencionar os valores recebidos de terceiros e registrados diretamente em reserva de capital pela sociedade investida. Esses montantes são refletidos no custo de aquisição do investimento pela sociedade investidora no momento da avaliação pelo MEP, ainda que não haja tributação na sociedade investida, nem na sociedade investidora.

Sendo assim, a mera alteração do procedimento contábil, que determina o registro da contrapartida da variação cambial no patrimônio líquido, antes de sua transferência para contas de resultado, não altera o tratamento tributário. Os procedimentos contábeis não têm o condão de alterar as normas jurídicas em vigor. Assim, as regras fiscais que preveem a não tributação da variação cambial (artigo 77 da Lei nº 12.973/2014), que consagram a neutralidade do

MEP (artigo 23 do Decreto-lei nº 1.598/1977), bem como que tratam da determinação do ganho de capital na alienação do investimento (artigo 33 do Decreto-Lei nº 1.598/1977), não podem ter aplicação distinta conforme a contrapartida da variação cambial tenha sido contabilizada no patrimônio líquido ou em contas de resultado.

Como se não bastassem as considerações acima, cabe ressaltar que o problema da aparente assimetria não ocorre apenas para reduzir o valor do ganho de capital. Ao contrário, a variação cambial também pode acarretar a redução do custo de aquisição do investimento avaliado pelo MEP, aumentando o valor do ganho de capital.

Trata-se, portanto, de mera consequência da opção do legislador pela adoção do MEP como critério para a determinação do custo de aquisição dos investimentos considerados relevantes, situando-se, portanto, no campo da política fiscal. Obviamente, os erros ou acertos nos critérios de política fiscal adotados pelo Brasil não devem influenciar na análise jurídica do tema, que deve ser realizada com base no direito positivo em vigor.

Por fim, o argumento (iv) aduz que, como o Pronunciamento Técnico CPC nº 2 é anterior à Lei nº 12.973/2014, que não neutralizou expressamente os seus efeitos tributários, deve-se assumir que o legislador pretendeu tributar a variação cambial transferida do patrimônio líquido para contas de resultado no momento da liquidação do investimento. Nessa linha, as regras contábeis que não foram expressamente neutralizadas pelo legislador produziram efeitos fiscais, em razão da ausência de ajuste específico.

Esse argumento pode ser levantado em razão do disposto no artigo 58 da Lei nº 12.973/2014, segundo o qual a modificação de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos posteriores à publicação da citada lei, não produzirá efeitos na apuração dos tributos federais até que uma lei federal regulamente a matéria. Veja-se:

“Art. 58. A modificação ou a adoção de métodos e critérios contábeis, por meio de atos administrativos emitidos com base em competência atribuída em lei comercial, que sejam posteriores à publicação desta Lei, não terá implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria”.

Como mencionado acima, a base legal para a não tributação reside no próprio artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, que prevê a incidência do IRPJ e da CSLL apenas sobre contrapartida do valor do investimento equivalente aos lucros, afastando expressamente a tributação da variação cambial dos investimentos no exterior, bem como no artigo 23, parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.598/1977, que consagra a neutralidade dos resultados oriundos da avaliação de investimentos em sociedades estrangeiras pelo MEP.

Ademais, deve-se destacar que há outras razões que podem ter levado o legislador tributário a não ter tratado expressamente da variação cambial transferida do patrimônio líquido para o resultado do exercício.

Sob o ponto de vista histórico, é interessante relembrar que o Poder Executivo tentou determinar o cômputo das variações cambiais dos investimentos no exterior avaliados pelo MEP no lucro real e na base de cálculo da CSLL, por meio do artigo 9º da Medida Provisória nº 232/2004, cuja redação está a seguir transcrita:

“Art. 9º - A variação cambial dos investimentos no exterior avaliados pelo método da equivalência patrimonial é considerada receita ou despesa financeira, devendo compor o lucro real e a base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL do período de apuração.”

Porém, essa medida sofreu rejeição social tão intensa que levou o próprio Presidente da República a editar a Medida Provisória nº 243/2005, cujo artigo 4º revogou expressamente o artigo 9º da Medida Provisória nº 232/2004.

Assim, tanto no regime anterior, quanto no regime atual da Lei nº 12.973/2014, não há autorização legal para a tributação das variações cambiais dos investimentos no exterior avaliados pelo MEP. Ao contrário, o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 é expresso ao excetuar a tributação da variação cambial, sem ressaltar os valores transferidos do patrimônio líquido para o resultado do exercício no momento da liquidação.

Nesta altura da exposição, é preciso examinar a decisão proferida pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (“CSRF”) no acórdão nº 9101-001.847, de 10.12.2013, que manteve a incidência de IRPJ e de CSLL sobre a variação cambial apurada no resgate de ações de companhia estrangeira. Confira-se a ementa da decisão:

“TRIBUTAÇÃO DE VARIAÇÃO CAMBIAL APURADA EM RELAÇÃO A INVESTIMENTOS DETIDOS NO EXTERIOR. RESGATE DE AÇÕES. A variação cambial apurada em resgate de ações de companhia estrangeira não se confunde com a mera flutuação cambial decorrente de ajuste de equivalência patrimonial, constituindo-se rendimentos tributáveis, devendo, por expressa disposição de lei, ser submetida à incidência do imposto de renda e das contribuições sociais lançadas por via reflexa”.

Em breve síntese dos fatos, a Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A (“Aché”) detinha investimento uma sociedade controlada no exterior (Aché Internacional), que era sujeita à avaliação pelo MEP. As variações cambiais decorrentes do investimento na Aché Internacional eram excluídas do lucro líquido contábil, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Nos anos-calendários de 2003 e 2004, a Aché apurou ganho de capital em operações de resgate de ações da Aché Internacional, sem oferecer à incidência do IRPJ e da CSLL a variação cambial anteriormente reconhecida por meio do MEP.

O principal dispositivo legal invocado pela turma julgadora para manutenção do lançamento de ofício consiste no artigo 375 do Regulamento do Imposto de Renda, instituído pelo Decreto nº 3.000/1999 (“RIR/99”), que apresenta a seguinte redação:

“Art. 375. Na determinação do lucro operacional deverão ser incluídas, de acordo com o regime de competência, as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito do contribuinte, assim como os ganhos cambiais e monetários realizados no pagamento de obrigações (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 18, Lei nº 9.249, de 1995, art. 8º).

Parágrafo único. As variações monetárias de que trata este artigo serão consideradas, para efeito da legislação do imposto, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso (Lei nº 9.718, de 1998, art. 9º)”.

Ocorre que esse dispositivo legal não tem a abrangência pretendida pela turma julgadora, pois trata apenas das variações monetárias dos direitos de crédito, bem como os ganhos cambiais ou monetários realizados no pagamento de obrigações.

Assim, embora as variações monetárias compreendam as variações cambiais, a liquidação de um investimento em sociedade estrangeira não se confunde com direito de crédito ou ganho cambial auferido no pagamento de obrigações.

Esse dispositivo legal trata, basicamente, da variação cambial de créditos ou obrigações denominados em moeda estrangeira, além de outras variações monetárias de créditos e obrigações, que devem ser reconhecidas pelo regime de caixa, salvo se o contribuinte optar pelo regime de competência, como prevê o artigo 30 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001. Dessa forma, o texto normativo invocado não alcança a variação cambial de um investimento avaliado pelo MEP.

Tanto isso é verdade que, do contrário, sequer existiria a discussão a respeito da ausência de base legal para a tributação da variação cambial de investimentos no exterior, de modo que as tentativas do Governo Federal de introduzir esses valores no campo da incidência do IRPJ e da CSLL, por meio do artigo 46 da Medida Provisória nº 135/2003 e do artigo 9º da Medida Provisória nº 232/2004, seriam desnecessárias e supérfluas.

Ademais, o investimento em sociedade no exterior não constitui direito de crédito ou obrigação, hábeis a desencadear a aplicação do artigo 375 do RIR/99. O investimento é, sem dúvida, um direito, mas não um direito de crédito, não havendo que se falar na aplicação do referido dispositivo legal para a situação ora examinada.

Isso mostra que o artigo 375 do RIR/99 e as demais regras que tratam da variação cambial de créditos e obrigações não alcançam as variações cambiais de investimento avaliado pelo MEP, que são transferidas para o resultado do exercício do momento da liquidação, total ou parcial, do investimento no exterior.

O segundo argumento, invocado de passagem pela turma julgadora, reside no próprio artigo 43 do CTN, que define o conceito de renda e de proventos de qualquer natureza utilizado no sistema tributário brasileiro. Veja-se:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. (...)”.

Com a devida vênia, a invocação do artigo 43 do CTN é írrita e irrelevante para a análise do tema, tendo em vista que esse dispositivo legal, por si só, não é suficiente para fundamentar a incidência tributária, pois a sua finalidade é delimitar o campo de incidência e definir o respectivo fato gerador, nos termos do artigo 146, inciso III, da Carta Magna.

De fato, a lei complementar em matéria tributária tem funções específicas, como dispor sobre conflitos de competência, regulamentar as limitações constitucionais ao poder de tributar e estabelecer normas gerais de direito tributário. Apenas excepcionalmente a lei complementar poderá instituir tributos, como os empréstimos compulsórios, bem como as contribuições sociais e os impostos inseridos na competência residual.

Assim, considerando que compete às leis ordinárias do imposto a função de estabelecer as hipóteses de incidência específicas e concretas, é evidente que o artigo 43 do CTN não pode ser utilizado para justificar a incidência do imposto de renda sobre o valor da variação cambial auferida pela ACHÉ no momento do resgate de ações.

Daí se afirmar que o artigo 43 do CTN não faz nascer obrigação tributária, por inexistir incidência por subsunção sobre eventos ou situações econômicas, limitando-se a detalhar a competência tributária, a fim de torná-la mais concreta. Em outras palavras, não basta haver a disponibilidade econômica ou jurídica de renda para que seja mandatário o pagamento do IRPJ e da CSLL. É necessário que a legislação ordinária preveja a tributação, o que não ocorre no caso das variações cambiais em questão, como visto acima.

O terceiro argumento reside na ausência de previsão legal expressa para a exclusão da variação cambial computada nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL. Veja-se:

“Na lógica do IRPJ, toda receita que implique variação patrimonial positiva deve ser incluída no cômputo da base de cálculo, a não ser que haja uma previsão legal expressas excluindo-a; e no caso de despesas/custos, devem ser deduzidas no cômputo da base de cálculo, conforme previsão legal, tendo como ponto de partida a contabilidade comercial”.

Como se vê, trata-se de uma alusão ao sistema de exceções taxativas, segundo o qual todos os lançamentos a crédito em contas de receita são tributáveis e todos os lançamentos a débito em contas de despesas são dedutíveis,

desde que não excepcionados pela lei tributária. Em contrapartida, o contribuinte somente pode efetuar adições e exclusões ao lucro líquido, para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, nas hipóteses expressamente prescritas ou autorizadas em lei.

Embora seja verdadeira, em princípio, a afirmação de que as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL operam por meio de um sistema de exceções taxativas, não é verdade que não há base legal para excluir a variação cambial do resultado do exercício.

Conforme exposto anteriormente, a base legal para a exclusão repousa na interpretação do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 e do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.598/1977, que consagram a não tributação das variações cambiais e a neutralidade do MEP sobre os investimentos em sociedades estrangeiras.

Observe-se que, neste ponto, a edição da Lei nº 12.973/2014 trouxe fundamentos adicionais para afastar a tributação da variação cambial apurada na liquidação de investimentos no exterior, tendo em vista que essa lei foi editada quando o Pronunciamento Técnico CPC nº 2 já estava em vigor, de modo que o legislador tributário poderia ter previsto expressamente que a variação cambial apenas não seria tributada durante a manutenção do investimento. Assim, o legislador poderia ter determinado expressamente a tributação da variação cambial realizada no momento da liquidação do investimento, assim como poderia ter restringido o alcance do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014 e do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.598/1977, para proteger apenas a variação cambial apurada durante a manutenção do investimento.

Note-se que o parágrafo único do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.598/1977 foi alterado pela Lei nº 12.973/2014, que manteve a não tributação das variações cambiais.

Diante dos possíveis caminhos acima, o legislador preferiu manter a neutralidade da variação cambial em todos os momentos em que tratou do tema, como será demonstrado no tópico a seguir, que trata dos ajustes de moeda funcional.

Em vista disso, ainda que o único precedente da CSRF a respeito do tema seja desfavorável, não se pode perder de vista que: (i) os fundamentos jurídicos invocados no acórdão nº 9101-001.847 são inconsistentes e infundados; e (ii) a edição da Lei nº 12.973/2014 trouxe novos fundamentos para a discussão do tema, de modo que o precedente ora examinado não pode ser considerado definitivo para o período atual.

1.16 Disponibilização dos resultados positivos

O artigo 8º da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 listou diversas situações, não previstas na Lei nº 12.973/2014, que supostamente acarretam a disponibilização dos lucros auferidos por controladas, coligadas, filiais e sucursais no exterior para a pessoa jurídica investidora no Brasil.

O parágrafo 1º do enunciado normativo em questão prevê que os resultados positivos auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão computados, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

Esse dispositivo legal deve ser interpretado em seus devidos termos, tendo em vista que, no regime de tributação da Lei nº 12.973/2014, apenas os lucros auferidos por sociedades coligadas são tributados apenas no momento da disponibilização. Logo, o que o artigo 8º, parágrafo 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 pretende estabelecer é que, no caso de efetiva disponibilização dos lucros do exterior, os valores correspondentes devem ser oferecidos à tributação em 31 de dezembro do ano-calendário. Aliás, essa é a regra geral que vigora desde a edição do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, que introduziu o regime de tributação em bases universais no Brasil, segundo o qual os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior devem ser computados na determinação do lucro real por ocasião do levantamento do balanço de 31 de dezembro de cada ano-calendário.

Adiante, o artigo 8º, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 dispõe que, no caso de encerramento do processo de liquidação da sociedade no Brasil, os resultados positivos auferidos no exterior por intermédio de suas filiais, sucursais, controladas e coligadas serão considerados disponibilizados na data do balanço de encerramento, devendo, nessa mesma data, serem computados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

O parágrafo 4º do mesmo preceito normativo prevê que, no caso de encerramento de atividades da filial, sucursal, controlada, direta ou indireta, ou coligada, domiciliadas no exterior, os lucros correspondentes, ainda não tributados no Brasil, serão considerados disponibilizados, devendo ser computados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço

contábeis acumulados pela pessoa jurídica sucedida poderão ser compensados com os lucros futuros da sociedade sucessora, no âmbito do regime brasileiro de tributação em bases universais.

1.20 A compensação de prejuízos acumulados por sociedade controlada no exterior em caso de mudança de controle societário

Outra questão que suscita dúvida em operações societárias diz respeito à possibilidade de compensação dos prejuízos apurados por sociedade controlada no exterior com seus lucros futuros, em caso de eventual mudança do seu controle societário.

Como exemplo, imagine-se que determinada sociedade controlada no exterior é alienada, pela pessoa jurídica controladora no Brasil, para outra sociedade do mesmo grupo econômico ou, ainda, para um terceiro independente no mercado.

Neste possível cenário, a dúvida que se coloca consiste em saber se a nova pessoa jurídica no Brasil, que adquiriu a participação societária no exterior, poderá utilizar os prejuízos acumulados pela sociedade controlada em anos-calendário anteriores, para a compensação com os lucros futuros apurados pela mesma sociedade estrangeira após a mudança do poder de controle.

A bem de ver, a redação do artigo 77, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014, parece não deixar espaço para dúvida, pois a única restrição prevista nesse dispositivo legal diz respeito à necessidade de compensação dos prejuízos acumulados com os lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem. Veja-se:

“O prejuízo acumulado da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior referente aos anos-calendário anteriores à produção de efeitos desta Lei poderá ser compensado com os lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB”

Como se pode notar, não há dúvida de que a nova pessoa jurídica controladora pode utilizar os prejuízos acumulados para a compensação com lu-

ros futuros da mesma sociedade controlada, independentemente da mudança no controle societário.

Na verdade, comparando com outros dispositivos da lei, pode-se dizer que o artigo 77, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 é até bem claro no sentido de que o prejuízo acumulado é um atributo da própria sociedade controlada no exterior, que não tem relação com a perda reflexa eventualmente experimentada pela sociedade investidora original, que detinha o poder de controle no momento da apuração dos resultados negativos.

Dá se afirmar que, no regime da Lei nº 12.973/2014, a compensação de prejuízos contábeis concorre para a determinação da situação patrimonial da sociedade controlada no exterior, podendo ser objeto de compensação com seus lucros futuros, na medida em que não há uma vinculação inexorável com a pessoa jurídica no Brasil que detinha a participação societária no momento da apuração de tais resultados.

1.21 O regime de tributação consolidada

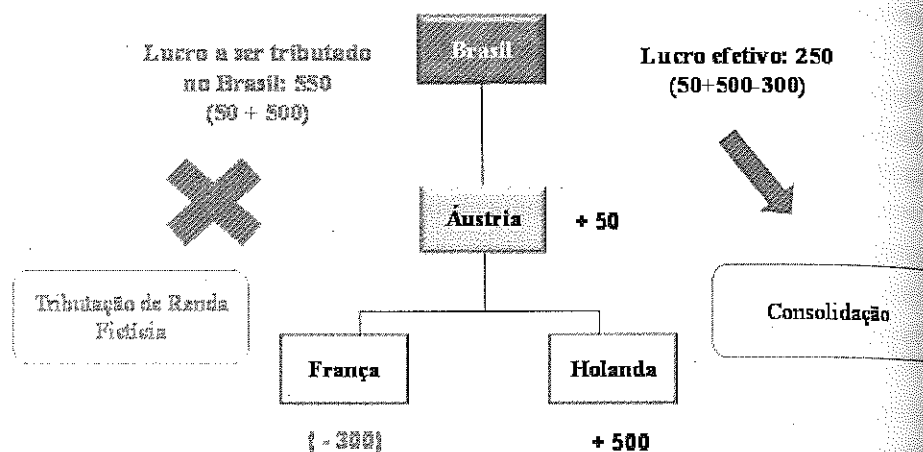
Segundo o artigo 78 da Lei nº 12.973/2014, até o ano-calendário de 2022, as parcelas dos ajustes no valor dos investimentos em controladas, diretas ou indiretas, domiciliadas no exterior, equivalentes aos lucros por elas auferidos antes do imposto de renda devido no Estado estrangeiro, poderão ser consideradas de forma consolidada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora no Brasil.

Em caráter geral, pode-se dizer que o regime de consolidação foi concebido para atenuar os efeitos da tributação individualizada dos lucros auferidos por controladas diretas e indiretas no exterior. Isso porque, ao prever a tributação “per saltum” das controladas indiretas, a Lei nº 12.973/2014 passou a permitir que uma sociedade brasileira, que não auferiu resultado positivo em suas operações internacionais, seja obrigada a pagar IRPJ e CSLL sobre resultados isolados de sociedades controladas indiretas lucrativas. No regime anterior, os lucros das controladas indiretas seriam consolidados na controlada direta e absorvidos por eventuais prejuízos apurados no exterior. No novo regime instaurado pela Lei nº 12.973/2014, como as controladas indiretas passaram a ser alcançadas individualmente, a pessoa jurídica no Brasil pode vir a ser obrigada a recolher IRPJ

e CSLL sobre lucros que, economicamente, foram absorvidos por resultados negativos apurados em degraus superiores da cadeia vertical de investimento.

Vale ressaltar que o regime de consolidação dos resultados do exterior constitui medida essencial para a tributação do efetivo acréscimo patrimonial experimentado pela pessoa jurídica investidora no Brasil, sob pena de violação do conceito de renda¹⁸¹.

Para que não paire dúvida, confira-se o seguinte exemplo:



O esclarecimento acima é importante para que as regras jurídicas relativas ao regime de consolidação não sejam interpretadas estritamente, como se tratasse de um incentivo fiscal concedido aos contribuintes pelo legislador¹⁸². Não se trata, portanto, de benefício fiscal a ser interpretado à luz do

181 Nas palavras de Marcus Lívio Gomes e Renata Cunha S. Pinheiro: "Agora se está diante de situação em que uma pessoa jurídica brasileira, mesmo apurando prejuízo em suas operações internacionais, acaba por pagar imposto no Brasil sobre lucros isolados que não representam lucro de verdade, considerada a impossibilidade de consolidação". (GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha S. "As (Muitas) Controvérsias Advindas com a Lei nº 12.973/2014 no Regime de Tributação das Controladas Diretas e Indiretas". *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sérgio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 499).

182 Como aponta Alberto Xavier: "Tenha-se presente que a consolidação não é benefício, mas consequência lógica e natural de conceitos de Direito Privado e garantia de não tributação do patrimônio". (XAVIER, Alberto. "A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucro no Exterior: Objetivos e Características Essenciais". *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2014, p. 18).

artigo 111 do CTN, sem extensões ou ampliações¹⁸³, mas, sim, de medida essencial para a tributação do efetivo acréscimo patrimonial experimentado pelo contribuinte¹⁸⁴.

Entretanto, não poderão ser consolidadas as parcelas referentes às pessoas jurídicas investidas que se encontrem em pelo menos uma das seguintes situações:

- (i) estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários;
- (ii) estejam localizadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado;
- (iii) estejam submetidas a regime de subtributação;
- (iv) sejam controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica enquadrada nos itens (ii) e (iii) acima;
- (v) tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total.

Assim, a sociedade controladora no Brasil poderá consolidar os resultados auferidos pelas controladas diretas e indiretas no exterior, salvo em relação às sociedades investidas que se encontrem em uma das situações elencadas acima. Essas situações serão individualmente examinadas nos tópicos a seguir.

183 A todo rigor, é questionável compreender o artigo 111 do CTN como uma obrigação à interpretação meramente literal, que vedaria a utilização, pelo intérprete, de qualquer outro método de hermenêutica jurídica, como o teleológico, o histórico, o lógico ou o sistemático. Isso porque esse dispositivo apenas preconiza que as matérias nele arroladas devem ser interpretadas de forma estrita, sem extensões ou ampliações.

184 Na dicção de Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano: "(...) 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 do Brasil nos resultados (...) da controlada indireta. Nesse passo, a consolidação das parcelas de um 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". (BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. "Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior, em face da Lei nº 12.973/2014". *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. 18º Volume. Coord. Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2014, p. 368).

Por fim, é curioso notar que a lista apresentada pela Administração Tributária na Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010 não parece considerar a alíquota efetiva de incidência do imposto de renda corporativo pago sobre o lucro apurado no exterior, somada ao IRRF cobrado na distribuição dos dividendos, como prevê artigo 52, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012²⁰⁵. Esse aspecto será retomado no tópico a seguir.

1.21.3 Países com regime de subtributação

O terceiro requisito prevê que o regime de consolidação não poderá ser utilizado caso a sociedade investida esteja submetida a regime de subtributação.

O artigo 84, inciso III, da Lei nº 12.973/2014 define o regime de subtributação como aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior à alíquota nominal inferior a 20% (vinte por cento)²⁰⁶.

Questão interessante, a respeito do regime de subtributação, envolve os casos em que a jurisdição estrangeira possui uma alíquota nominal de imposto de renda da pessoa jurídica inferior a 20%, mas há a cobrança de tributo adicional sobre os lucros por outro ente da federação (o exemplo mais comum é o “municipal business tax” cobrado por determinados países, que também incide sobre os lucros da sociedade empresária). Nesta hipótese, a questão que se coloca consiste em saber se o regime aplicável à sociedade estrangeira ainda será considerado de subtributação caso a soma da alíquota nominal do imposto de renda com a alíquota do imposto de competência municipal ultrapasse o percentual de 20% estabelecido pela Lei nº 12.973/2014.

A rigor, por meio de interpretação sistemática da própria Lei nº 12.973/2014, é razoável entender que uma sociedade sob tais condições não estará sujeita a regime de subtributação. Isso porque o artigo 87, parágrafo 1º, da lei em exame, ao tratar da compensação do imposto de renda pago no exterior, prevê que será considerado imposto sobre a renda “o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem”. Assim, considerando que o legislador – e

205 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 102.

206 Artigo 21, inciso III, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

a própria Administração Tributária²⁰⁷ – reconhecem os tributos cobrados por outros entes da federação para fins de concessão de crédito de imposto pago no exterior, seria razoável adotar o mesmo critério para fins de definição do regime de subtributação, mesmo na ausência de regra expressa.

Vale destacar que, como o regime de subtributação considera a alíquota nominal aplicável na jurisdição alienígena, a eventual existência de “tax ruling” entre a sociedade no exterior e a Administração Tributária do Estado estrangeiro, que permita exclusões da base de cálculo do imposto de renda corporativo ou outros ajustes fiscais, não impede que a entidade seja incluída no regime de consolidação no Brasil.

De resto, ainda não está claro porque Lei nº 12.973/2014 introduziu o conceito de regime de subtributação no ordenamento jurídico brasileiro.

Uma possível justificativa reside no fato de que o regime de subtributação trata da alíquota nominal, ao passo que o conceito de jurisdição com tributação favorecida, pelo menos após a edição da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012, supostamente considera a alíquota efetiva²⁰⁸. Na verdade, o artigo 24-A da Lei nº 9.430/1996 e os demais dispositivos legais que tratam das jurisdições com tributação favorecida nunca esclareceram expressamente se o critério a ser utilizado é a alíquota nominal ou a alíquota efetiva. Essa omissão apenas foi sanada com a edição do artigo 52, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012, que passou a fazer alusão à alíquota efetiva ao mencionar que “(...) a alíquota efetiva de tributação, no país de residência da pessoa física ou jurídica, será determinada comparando-se a soma do imposto pago sobre o lucro, na pessoa jurídica e na sua distribuição, com o lucro apurado em conformidade com a legislação brasileira, antes dessas incidências”. Tanto isso é verdade que, antes da entrada em vigor da Instrução Normativa, o conceito de “jurisdição com tributação favorecida” adotado pelo Brasil era criticado em razão da ausência de definição a respeito do critério a ser utilizado²⁰⁹.

207 Artigo 30, parágrafo 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

208 Artigo 52, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012.

209 SILVEIRA, Rodrigo Maito da. “Grupos de empresas e modelos associativos no contexto do planejamento tributário internacional”. *Estudos Avançados de Direito Tributário – Tributação Internacional: normas antielisivas e operações internacionais*. Coord. Clovis Panzarini Filho; Daniel Vitor Bellan, Fernando Tonanni et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 211.

Neste contexto, frise-se que a lista de países constante do artigo 1º da Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010 não parece levar em consideração a alíquota efetiva²¹⁰.

A bem de ver, se o critério para listar as jurisdições com tributação favorecida realmente for a alíquota efetiva, seria até questionável a correção do procedimento de adotar listas, pois a alíquota efetiva somente será conhecida no caso concreto. É certo que jurisdições com alíquotas nominais inferiores a 17%, considerando o imposto de renda corporativo e o IRRF cobrado na distribuição dos dividendos, fatalmente apresentariam alíquotas efetivas abaixo do percentual estabelecido. Porém, é igualmente verdadeiro que diversos países de alta pressão fiscal, com alíquotas superiores ao patamar estabelecido na Portaria MF nº 488/2014 (17%), poderiam vir a ter alíquotas efetivas inferiores em casos concretos, a depender das adições e exclusões autorizadas na determinação da base tributável. Nesse caso, a exigência do procedimento de adoção de listas como requisito de natureza técnico-normativa para a aplicação da lei acabaria se tornando um critério arbitrário, por alcançar apenas determinadas jurisdições.

De qualquer forma, é possível que o Fisco apenas tenha listado jurisdições com alíquotas nominais inferiores a 17% e que esse seja um motivo para a inclusão do conceito de regime de subtributação no ordenamento jurídico brasileiro.

Outra possível justificativa estaria no fato de que o regime de subtributação alcança qualquer sistema especial de tributação que permita a aplicação de alíquotas nominais inferiores a 20%, ainda que dentro de um país ou dependência com alta tributação. Assim, um regime especial de tributação, concedido por um país de alta pressão fiscal para empresas instaladas em zonas especiais, poderia ser enquadrado como regime de subtributação, mas não como um país com tributação favorecida²¹¹.

Em breve, a RFB poderá atualizar a Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010 para listar os países sujeitos a regime de subtributação, ainda que a identificação da alíquota nominal aplicada em jurisdições estrangeiras não seja tarefa complexa. Porém, é possível que a consideração da alíquota nominal do imposto de renda, como critério para a definição dos regimes de subtributação,

210 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 117.

211 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 117.

tenha justamente a finalidade de afastar a tradicional prática de edição de listas para a identificação dos países com tributação favorecida²¹².

Como o regime de subtributação leva em consideração a alíquota nominal, é de se reconhecer que o próprio contribuinte pode determinar se a sociedade estrangeira está, ou, enquadrada nessa hipótese normativa. No entanto, considerando a prática atual do Fisco brasileiro de editar listas, as autoridades fiscais deveriam deixar claro se haverá, ou não, a edição de lista, ou se caberá ao contribuinte efetuar o enquadramento diretamente²¹³.

Enfim, apenas o tempo mostrará o verdadeiro objetivo do novo conceito.

1.21.4 Controlada indireta de sociedade situada em país com tributação favorecida, regime fiscal privilegiado ou regime de subtributação

O quarto item que impede a consolidação faz alusão às sociedades controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica localizada em país com tributação favorecida, ou submetida a regime fiscal privilegiado ou a regime de subtributação.

Em resumo, esse item prevê que a impossibilidade de inclusão dos resultados auferidos no exterior no regime de consolidação alcança não apenas a sociedade controlada (direta ou indireta) enquadrada em tais condições, mas também as subcontroladas da mesma cadeia vertical descendente de participações societárias, que sejam controladas por sociedades submetidas a uma das situações mencionadas.

1.21.5 Renda Ativa

O quarto item que obsta a consolidação trata das sociedades investidas que possuem renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total.

O artigo 84, inciso I, da Lei nº 12.973/2014 traz uma definição de renda ativa própria, assim considerada aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica,

212 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 118.

213 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 198.

mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas decorrentes de: a) royalties; b) juros; c) dividendos; d) participações societárias (juros sobre capital próprio, partes beneficiárias, debêntures, resultado positivo da equivalência patrimonial, variação cambial); e) aluguéis; f) ganhos de capital, salvo na alienação de ativos de caráter permanente ou participações societárias adquiridas há mais de 2 anos; g) aplicações financeiras; e h) intermediação financeira.

Assim, o legislador tributário adotou uma “definição por exclusão”: todos os rendimentos obtidos pela pessoa jurídica, que não estejam enquadrados nos itens listados como rendas passivas, estão inseridos no conceito de renda ativa. Note-se que essa lista de rendimentos passivos deve ser considerada taxativa (“*numerus clausus*”), o que se infere não apenas pelo contexto da lei e pela análise das consequências discriminatórias aplicáveis à sociedade enquadrada em tal situação, mas também pela expressão “*excluídas as receitas decorrentes de*”, que antecede o elenco normativo²¹⁴. Claramente, a lei não utilizou as expressões comumente empregadas pelo legislador em catálogos ou listas exemplificativas (v.g. “*dentre outros*”, “*entre os quais*”, “*notadamente*”, “*sem prejuízo de outros*” etc.).

No cenário internacional, a exclusão das rendas ativas do âmbito de aplicação das regras de “*Controlled Foreign Companies – CFC*” tem o objetivo de evitar distorções econômicas indesejadas, que afetariam a competitividade internacional das sociedades que atuam em mercados globais. Além disso, é muito difícil obter renda ativa, oriunda do exercício de atividade econômica produtiva, em jurisdições com tributação favorecida, devido à falta de infraestrutura local, de mão-de-obra qualificada, de mercado consumidor expressivo, entre outros elementos.

Em razão de seu propósito anti-elusivo, pelo menos na sua concepção tradicional, as regras de CFC geralmente focam nos rendimentos que, por sua natureza, apresentam maior mobilidade e propensão ao deslocamento volátil para jurisdições com baixa pressão fiscal, para evitar ou postergar a tributação que incidiria em eventual repatriação dos recursos para a sociedade controladora. Daí porque diversas regras de CFC ao redor do mundo, assim como a pioneira “*Subpart F*” dos Estados Unidos, procuram alcançar apenas as chamadas

214 Na mesma linha, conferir: ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 193.

“*tainted income*”, que são consideradas rendas contaminadas, em razão da sua mobilidade e da facilidade de transferência artificial²¹⁵.

Observe-se que o enquadramento, no conceito de renda passiva, dos rendimentos derivados de juros, de aplicações financeiras e de operações de intermediação financeira não se aplica às instituições financeiras reconhecidas e autorizadas a funcionar pela autoridade monetária do país em que estejam situadas. A exclusão se justifica porque, no caso de instituições financeiras, tais rendimentos são componentes essenciais de suas atividades econômicas.

De fato, a atividade principal das instituições financeiras consiste na intermediação do crédito por meio de *operações bancárias*, que envolvem a concessão de empréstimo, o recebimento de valores em depósitos, o desconto de títulos, a abertura de crédito, entre inúmeros outros negócios jurídicos mercantil-financeiros. Assim, os valores recebidos a título de juros e rendimentos de aplicações financeiras não podem ser considerados como *rendas passivas* de uma instituição financeira.

De modo semelhante, a intermediação financeira tem o objetivo de interligar os agentes econômicos, de forma a permitir que os agentes superavitários possam aplicar seus recursos disponíveis em ativos financeiros emitidos por agentes deficitários, assim considerados aqueles cujas pretensões de investimento excedem a sua capacidade de geração de poupança²¹⁶. Dessa forma, as instituições financeiras captam recursos dos agentes superavitários para emprestá-los aos agentes deficitários, atuando na intermediação do crédito de forma habitual, profissional e com finalidade lucrativa. Logo, a comissão por intermediação financeira e o spread bancário são resultados típicos de suas atividades.

Embora apenas as instituições financeiras tenham sido amparadas por uma exceção específica, vale frisar que há outras atividades empresariais que apresentam, como resultado principal de suas operações, rendas passivas. É o que ocorre, por exemplo, no caso de uma empresa de locação de equipamentos pesados, que recebe receitas de aluguéis, bem como no caso de uma sociedade que concentra a propriedade de diversas marcas e ativos intangíveis, que ob-

215 FREIRE, Felipe Thé. “A Tributação da Renda Ativa e Passiva Auferida por Empresas Coligadas e Controladas no Exterior e a Legislação Controlled Foreign Corporation (CFC) Brasileira”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* nº 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 75.

216 CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *Estudos de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 524.

têm a maior parte de sua renda com royalties. Esse tratamento discriminatório previsto pela Lei nº 12.973/2014 poderá se mostrar arbitrário nos casos em que a sociedade estrangeira efetivamente exerce atividade econômica substantiva no exterior, possuindo estrutura física, recursos financeiros e capital humano para o exercício de suas operações, hipótese em que poderá haver violação ao princípio da isonomia.

Além disso, o artigo 84, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 prevê que poderão ser considerados, como renda ativa própria da pessoa jurídica domiciliada no exterior, os valores recebidos a título de dividendos ou a receitas decorrentes de participações societárias, desde que, cumulativamente, o investimento: (i) tenha sido efetuado até 31 de dezembro de 2013; e (ii) seja em pessoa jurídica cuja receita ativa própria seja igual ou superior a 80%.

A OCDE reconhece, na Ação 3 do Projeto BEPS, que os dividendos não acarretam preocupações relacionadas à erosão das bases tributáveis e à transferência artificial de lucros em pelo menos três situações: (i) os dividendos são distribuídos com base em lucros obtidos em atividades operacionais desenvolvidas por sociedades investidas; (ii) o país concede isenção para dividendos por meio de regime de “*participation exemption*”, hipótese em que não há o efetivo diferimento da tributação; e (iii) a sociedade controlada no exterior tem como atividade econômica a negociação de títulos e valores mobiliários, hipótese em que o recebimento dos dividendos mantém estreita relação com a sua atividade operacional²¹⁷.

Assim, percebe-se que o legislador brasileiro foi bastante rigoroso e inflexível nas exceções previstas na Lei nº 12.973/2014, que poderiam alcançar outras situações específicas, sobretudo as hipóteses mencionadas nos itens (ii) e (iii) acima, conforme sugerido na Ação 3 do Projeto BEPS, que é um relatório de melhores práticas.

A renda total, em relação à qual a renda passiva será comparada, alcança o somatório das receitas operacionais e não operacionais, conforme definido na legislação comercial do país de domicílio da investida. Assim, o artigo 84, inciso II, da Lei nº 12.973/2014 optou por fazer referência à legislação comercial do Estado de domicílio da sociedade estrangeira para a definição das receitas operacionais e não operacionais.

217 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. Action 3: 2015. Final Report. OECD G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2015, p. 44.

Neste ponto, é oportuno esclarecer que a distinção entre renda ativa e renda passiva realizada pela Lei nº 12.973/2014 não alinhou o regime brasileiro de tributação dos lucros do exterior às regras internacionais de CFC.

No direito comparado, o tipo de rendimento auferido pela sociedade no exterior é relevante para determinar a própria aplicação das regras de CFC, tendo em vista que, no chamado método transaccional (“*transactional approach*”), apenas a renda contaminada é submetida à tributação com base no regime de transparência fiscal²¹⁸. As rendas ativas, obtidas por meio da condução ativa de negócios, são excluídas do âmbito de aplicação das regras de CFC, por evidenciarem a existência de atividade econômica operacional.

Por outro lado, na Lei nº 12.973/2014, a distinção entre renda ativa e renda passiva apenas foi utilizada pelo legislador para excluir determinadas entidades no exterior de regimes especiais de tributação, como a consolidação, o crédito presumido de CSLL e a postergação de pagamento.

Assim, esse critério não foi introduzido pelo legislador tributário para estabelecer que apenas a renda passiva deve ser objeto de tributação automática em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Ao contrário, o regime de CFC adotado pelo Brasil ainda segue o modelo de inclusão total (“*full-inclusion system*”) do lucro auferido pela sociedade controlada no exterior, de modo que a distinção entre renda ativa e renda passiva somente se torna relevante para fins de acesso às atenuações previstas na Lei nº 12.973/2014²¹⁹.

Não se trata, portanto, de um critério utilizado para identificar as sociedades no exterior sujeitas, ou não, à tributação em bases universais, como ocorre em outras jurisdições. Logo, não se pode dizer que, após a edição da Lei nº 12.973/2014, as regras brasileiras de tributação dos lucros do exterior estão alinhadas à prática internacional²²⁰.

218 MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 30. PREBBLE, John. *The Taxation of Controlled Foreign Corporations. Studies in Taxation Policy*. Wellington: Victoria University Press for the Institute of Policy Studies, 1987, pp. 21-25.

219 FREIRE, Felipe Thé. “A Tributação da Renda Ativa e Passiva Auferida por Empresas Coligadas e Controladas no Exterior e a Legislação Controlled Foreign Corporation (CFC) Brasileira”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* nº 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 85.

220 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 114. MOREIRA, André Mendes; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. “A Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior sob a Perspectiva Brasileira. Uma Análise Crítica da Doutrina e da Jurisprudência”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 112.

Por fim, é oportuno mencionar que a discriminação entre rendas ativas e passivas, como um critério que impede a inclusão da sociedade controlada no regime de consolidação, pode ofender o princípio da igualdade, em virtude da ausência de pertinência lógica entre o critério de discriminação eleito e o tratamento discriminatório²²¹. Como exemplo, Sergio André Rocha menciona que não há justificativa razoável para que uma pessoa jurídica dedicada à locação de equipamentos pesados esteja sujeita a um regime tributário mais oneroso do que uma "trading company" no exterior²²².

1.22 O caráter opcional do regime de consolidação

O regime de consolidação é uma opção do contribuinte, que será irretirável para o ano-calendário correspondente.

Antes da regulamentação da Lei nº 12.973/2014, houve dúvida a respeito da possibilidade de a opção do contribuinte ser exercida de forma parcial, por meio da escolha das controladas diretas e indiretas no exterior cujos resultados seriam consolidados. A Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, em seu artigo 11, parágrafo 7º, inciso II, esclareceu que a opção poderá ser exercida de forma parcial, incluindo os resultados das controladas diretas ou indiretas, no exterior, indicadas pela controladora no Brasil no Demonstrativo de Consolidação. Os resultados das controladas, diretas ou indiretas, que não forem incluídos na consolidação deverão ser tributados de forma individualizada.

A Instrução Normativa também prevê, em seu artigo 11, parágrafo 8º, que a controladora no Brasil, para cada ano-calendário, somente poderá efetuar uma única consolidação, que deverá envolver os resultados de todas as controladas, diretas ou indiretas, indicadas no Demonstrativo de Consolidação.

No caso de exercício da opção pela pessoa jurídica no Brasil, o resultado da consolidação poderá ser positivo ou negativo.

O resultado positivo da consolidação deverá ser adicionado ao lucro líquido em dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pelas sociedades domiciliadas no exterior, para fins de determinação

221 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 499-500.

222 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 169-170.

do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil²²³.

O resultado negativo decorrente da consolidação não poderá ser compensado na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil²²⁴. Além disso, as parcelas negativas utilizadas na consolidação²²⁵ deverão ser informadas de forma individualizada, no Demonstrativo de Consolidação de que trata o artigo 37 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

Note-se que a pessoa jurídica no Brasil possui certa liberdade para utilizar os prejuízos correntes das sociedades no exterior. Como exemplo, imagine-se que uma pessoa jurídica no Brasil possui três sociedades controladas no exterior, sendo que a entidade A apurou lucro de \$ 5.000,00, ao passo que as entidades B e C apuraram prejuízos correntes de (-) \$ 3.000,00 e (-) \$ 7.000,00, respectivamente. Nesta hipótese, a pessoa jurídica no Brasil poderá escolher as parcelas dos prejuízos que serão utilizadas na consolidação. É possível, assim, utilizar o prejuízo de C (\$ 7.000,00) para compensar integralmente o lucro de A (\$ 5.000,00), ou utilizar integralmente o prejuízo de B (\$ 3.000,00) e apenas parte do prejuízo de C (\$ 2.000,00) para compensar integralmente o lucro de A (\$ 5.000,00).

Após a consolidação, o saldo remanescente de prejuízo de cada pessoa jurídica poderá ser utilizado para compensação com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior, desde que devidamente informado no DPAAE. Isso significa que, nas próximas consolidações, os prejuízos acumulados somente poderão ser compensados com lucros futuros da mesma entidade que os gerou, não sendo possível a compensação de prejuízos acumulados com lucros de outras entidades incluídas no regime de consolidação²²⁶. Esse aspecto confirma a diferença no tratamento tributário dos prejuízos correntes e dos prejuízos acumulados, no âmbito do regime de consolidação.

223 Artigo 78, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014.

224 Artigo 11, parágrafo 4º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

225 Artigo 78, parágrafo 3º, da Lei nº 12.973/2014.

226 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 172-173.

1.23 O regime de consolidação e as entidades com dupla não-residência

Conforme comentado acima, o artigo 78 da Lei nº 12.973/2014 prevê que, até o ano-calendário de 2022, as parcelas dos ajustes do valor dos investimentos em controladas, diretas ou indiretas, domiciliadas no exterior, no valor equivalente aos lucros por elas auferidos antes do imposto sobre a renda, poderão ser consideradas de forma consolidada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora no Brasil.

Entretanto, conforme visto acima, não poderão ser consolidadas as parcelas referentes às pessoas jurídicas investidas que se encontrem em uma das seguintes situações:

- (i) estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários;
- (ii) estejam localizadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado;
- (iii) estejam submetidas a regime de subtributação;
- (iv) sejam controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto nos itens (ii) e (iii) acima;
- (v) tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total.

Neste contexto, a dúvida que surge diz respeito à interpretação dos termos “situadas” e “localizadas”, utilizados pelo legislador no artigo 78 da Lei nº 12.973/2014.

Como exemplo, uma pessoa jurídica administrada nos Estados Unidos, mas constituída na Irlanda, não é residente em nenhum dos dois países, pois o primeiro país utiliza o “*place of incorporation*” (lugar de constituição) e o segundo país adota o “*place of management*” (sede de administração efetiva) para a definição da residência fiscal.

Note-se que a determinação da residência ou da nacionalidade das pessoas jurídicas, bem como dos direitos e deveres delas decorrentes, são matérias submetidas às leis internas de cada Estado, por derivarem diretamente da soberania estatal. Por isso, é preciso verificar se o Estado em exame adota a teo-

ria da “*sede de administração efetiva da pessoa jurídica*” (“*place of management*”) ou a teoria do “*lugar de constituição da pessoa jurídica*” (“*place of incorporation*”) para a definição da residência fiscal.

De acordo com a teoria do “*lugar de constituição*”, a pessoa jurídica será residente no Estado em que regularmente constituída, com a observância dos requisitos formais e das regras de direito societário aplicáveis na respectiva jurisdição.

Por outro lado, segundo a teoria da “*sede de administração efetiva*”, a pessoa jurídica será residente no Estado em que são tomadas as principais decisões comerciais e administrativas necessárias para a condução da sua atividade econômica²²⁷. Assim, a determinação da sede de direção efetiva depende da análise dos fatos e das circunstâncias do caso concreto, por meio da verificação do local de reunião da diretoria, do local de reunião do conselho de administração ou órgão equivalente, do local em que o diretor-presidente e outros executivos conduzem as suas atividades, do local de localização da sede da pessoa jurídica, do local de guarda dos livros contábeis, entre outros²²⁸.

Com esse planejamento tributário de dupla não-residência das sociedades estrangeiras, é possível evitar a tributação da renda no Estado da residência, produzindo a chamada renda apátrida (“*stateless income*”), pois a sociedade com dupla não-residência não possui vínculo com qualquer jurisdição para fins de tributação.

Porém, o que interessa para o caso ora examinado é saber onde essa sociedade com dupla não-residência está localizada para efeito de aplicação, ou não, do regime de consolidação de resultados previsto na Lei nº 12.973/2014.

No caso, a Irlanda está incluída como uma jurisdição com tributação favorecida no artigo 1º, inciso LXVIII, da Instrução Normativa RFB nº 1.037/2010, ao passo que os Estados Unidos são um dos países de maior pressão fiscal entre os membros da OCDE, além de possuírem acordo de troca de informações celebrado com o Brasil.

Neste cenário, surge a dúvida de saber se os lucros e os prejuízos correntes de tal entidade sem residência podem ser incluídos no regime de consolidação,

²²⁷ Veja-se: “The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business as a whole are in substance made. All relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management”. (OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version. Paris: OECD, 2010, pp. 88-89).

²²⁸ Parágrafo 24.1. dos Comentários ao art. 4º da Convenção Modelo (OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version. Paris: OECD, 2010, p. 89).

tendo em vista que o texto legal utiliza a expressão “*peças jurídicas investidas (...) localizadas em país ou dependência com tributação favorecida*”.

A todo rigor, como o texto legal não empregou o termo “*residência*” ou “*domicílio*”, deve-se entender que a mera dupla não-residência da pessoa jurídica no exterior não é suficiente para afastar a aplicação da restrição, sob o argumento de que a entidade não possui residência em nenhuma jurisdição específica.

Assim, a utilização do termo “*pessoa jurídica localizada*” parece conferir maior amplitude ao texto legal, permitindo que o intérprete olhe para a substância efetiva da entidade estrangeira na realidade factual. Dessa forma, caso a pessoa jurídica em questão possua estrutura física na Irlanda, com elementos que configurem um estabelecimento, será forçoso reconhecer a sua localização naquela jurisdição. Logo, o regime de consolidação dos resultados não seria aplicável à pessoa jurídica em questão.

Note-se que o fato de a pessoa jurídica também atender, em tese, aos requisitos para o regime de consolidação, em virtude de eventual localização de sua sede de administração nos Estados Unidos, não afastará a consequência legal acima, pois basta o enquadramento em uma das hipóteses legais para afastar a possibilidade de tributação consolidada.

1.24 Sociedades coligadas

De acordo com o artigo 243, parágrafos 1º e 4º, da Lei nº 6.404/1976, as sociedades coligadas são aquelas nas quais a pessoa jurídica investidora possui influência significativa, detendo ou exercendo o poder de participar nas decisões de suas políticas financeiras ou operacionais, mas sem caracterizar o exercício do poder de controle.

O parágrafo 5º do mesmo dispositivo legal prevê que a influência significativa será presumida quando a pessoa jurídica investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

Vale destacar que o artigo 81, parágrafo 5º, da Lei nº 12.973/2014 prevê que, para fins de tributação dos lucros apenas no momento da efetiva disponibilização, “*equiparam-se à condição de coligada os empreendimentos controlados em conjunto com partes não vinculadas*”. Assim, no caso de controle compartilhado de sociedade no exterior, exercido em conjunto por partes indepen-

des, deve-se aplicar o regime de tributação mais benéfico previsto para as sociedades coligadas.

1.25 A tributação dos lucros das coligadas no momento da disponibilização

De acordo com o artigo 81 da Lei nº 12.973/2014, os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior serão computados na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, desde que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes condições:

- (i) a sociedade coligada não esteja sujeita a regime de subtributação;
- (ii) a sociedade coligada não esteja localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado; e
- (iii) a sociedade coligada não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a regime de subtributação.

Os lucros auferidos por intermédio de sociedade coligada estrangeira, que não atenda aos requisitos indicados acima, serão tributados de acordo com o regime geral aplicável às sociedades controladas no exterior, por meio do sistema de tributação automática dos seus resultados em 31 de dezembro de cada ano-calendário²²⁹.

Nesta hipótese, o artigo 19 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 prevê que a parcela do ajuste do valor do investimento na coligada domiciliada no exterior, equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas: (a) se positiva, deverá ser adicionada ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tiverem sido apurados pela pessoa jurídica investida domiciliada no exterior; (b) se negativa, poderá ser com-

²²⁹ Artigo 82 da Lei nº 12.973/2014.

pensada com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior, desde que o estoque de prejuízo seja informado no DPAE.

Os requisitos (ii) e (iii) acima podem ser considerados inovações trazidas pela Lei nº 12.973/2014 em relação à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 2.588, que tratou da constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no qual se validou, sem efeito *erga omnes*, a tributação automática dos lucros auferidos por sociedades coligadas residentes em paraísos fiscais.

Embora a expressão “*paraíso fiscal*” não seja um termo técnico, não há dúvida de que, no contexto da decisão da Corte Suprema, a sua interpretação mais ampla alcançaria apenas as jurisdições com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados. Dessa forma, a Lei nº 12.973/2014 inovou ao estabelecer o novo conceito de “*regime de subtributação*” [item (i) acima], bem como ao introduzir a sociedade coligada controlada por sociedade submetida a regime de subtributação [item (ii) acima].

Assim, pode-se dizer que, neste particular, a Lei nº 12.973/2014 se afastou da letra e do espírito da decisão proferida pelo Pretório Excelso na ADIN nº 2.588²³⁰.

Sergio André Rocha destaca que o artigo 81 da Lei nº 12.973/2014, que trata da tributação dos lucros auferidos por coligadas no exterior no momento da disponibilização, comprova o subterfúgio utilizado pelo legislador ao descrever a materialidade submetida à incidência do IRPJ e da CSLL no caso de lucros auferidos por controladas no exterior²³¹.

Isso porque artigo 81 da Lei nº 12.973/2014 prevê expressamente que “*os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados (...)*”. Ora, no caso das sociedades coligadas, como a tributação dos lucros do exterior apenas ocorrerá no momento da disponibilização, em linha com o princípio da

230 Como explica Alberto Xavier: “Vêm essas considerações para colocar em plena luz o fato de a Lei nº 12.973/2014 ter desrespeitado a orientação do STF por ter introduzido outras restrições à aplicação do regime de caixa com a consequente aplicação do regime de competência (inconstitucional segundo o Supremo), notadamente as constantes do art. 81, dentre as quais a do inciso II (não ser beneficiária do regime fiscal privilegiado) e a do inciso III (não ser controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a regime de subtributação)”. (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 463).

231 ROCHA, Sergio Andre. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 106.

realização da renda²³², não houve a necessidade de recorrer a um jogo de palavras para a criação de um ilusionismo semântico.

Porém, com relação aos lucros auferidos por sociedades controladas no exterior, como o tema gerou – e ainda gerará – inúmeras controvérsias e litígios, o Poder Público decidiu alterar, apenas formalmente, a materialidade tributável, para conceber a fictícia figura da “*parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros*”²³³.

Segundo o artigo 81, parágrafo 1º, da Lei nº 12.973/2014, os lucros auferidos por intermédio de sociedade coligada serão considerados disponibilizados para a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil:

- (i) na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da investida no exterior;
- (ii) na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, sociedade coligada no exterior, possuir lucros ou reservas de lucros; ou
- (iii) na hipótese de adiantamento de recursos efetuado pela sociedade investida, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorrerá em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.

Como se pode notar, o dispositivo legal acima faz referência apenas ao pagamento ou crédito, deixando de mencionar a entrega, o emprego e a remessa, que são outros atos comumente utilizados pelas leis tributárias para demarcar o aspecto temporal da incidência do imposto de renda retido na fonte (IRRF) na remessa de rendimentos.

232 Nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira, “renda realizada é aquela que já entrou na titularidade do contribuinte, em caráter definitivo e sem se submeter a qualquer condição ou evento futuro e de acontecimento incerto, ou, por outras palavras, a renda realizada corresponde a novo direito definitivamente adquirido, mesmo que a termo, portanto, ainda que não traduzido em moeda recebida, mas que já está disponível para uso, gozo e disposição.” (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Incorporação de Ações no Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, pp. 98-99). Sobre o tema da realização da renda, vide: ZILVETI, Fernando Aurelio. *Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. Sobre o tema, vide: POLIZELLI, Victor Borges. *O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012.

233 ROCHA, Sergio Andre. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 106.

O lucro será considerado creditado quando ocorrer o registro de seu valor em qualquer conta representativa de passivo exigível da sociedade coligada no exterior²³⁴.

Neste ponto, é importante esclarecer que o artigo 81, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 12.973/2014 não deve ser interpretado à luz da tradicional posição do Fisco Federal, no sentido de que o mero lançamento contábil seria suficiente para colocar o lucro ou rendimento na esfera de disponibilidade do beneficiário²³⁵.

Ao contrário, para que não se subverta a hierarquia normativa do sistema tributário brasileiro, esse dispositivo legal deve ser interpretado em conformidade com o conceito de aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda, previsto no artigo 43 do CTN, motivo pelo qual se entende que o crédito contábil em questão, que registra o valor em conta representativa de passivo exigível, deve ser acompanhado ou decorrente de um ato ativo da sociedade coligada no exterior, que coloque o lucro à livre disposição da pessoa jurídica no Brasil²³⁶. Como exemplo, pode-se mencionar a declaração dos dividendos pelo órgão competente da sociedade coligada no exterior, que determina o montante a ser distribuído, a fonte (lucros correntes ou reservas) e o prazo de pagamento.

Assim, o registro contábil deve ser acompanhado de ato de disponibilização em que a própria pessoa jurídica no exterior coloca seus lucros às ordens dos seus investidores.

Por outro lado, considera-se pago o lucro quando ocorrer: a) o crédito do valor em conta bancária, em favor da investidora domiciliada no Brasil; b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária; c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; ou d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da coligada, domiciliada no exterior.

234 Artigo 81, parágrafo 2º, inciso I, da Lei nº 12.973/2014.

235 Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 8, de 2.9.2014, e Solução de Divergência COSIT nº 26, de 31.10.2013.

236 Nas palavras de Ricardo Mariz de Oliveira: "(...) a hipótese de crédito se configura quando ocorrer a transferência do registro do valor do lucro da controlada ou coligada no exterior para qualquer conta representativa do seu passivo exigível. Esta descrição do que seja crédito põe ao claro que a disponibilização somente ocorre quando a própria pessoa jurídica no exterior coloca seus lucros à disposição daquela que participa do seu capital social". (OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 595).

A bem de ver, as regras de disponibilização dos lucros da sociedade coligada no exterior, que constam do artigo 81, parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 12.973/2014, basicamente repetem as formas de disponibilização de lucros do exterior previstas no artigo 1º da Lei nº 9.532/1997, sem qualquer inovação significativa.

Seguindo adiante, o artigo 81, parágrafo 1º, inciso II, da Lei nº 12.973/2014 prevê que os lucros auferidos pela sociedade coligada serão considerados disponibilizados para a pessoa jurídica no Brasil no caso de contratação de operações de mútuo, caso a sociedade mutuante no exterior possua lucros ou reservas de lucros. Assim, caso a sociedade coligada no exterior conceda recursos financeiros para a pessoa jurídica no Brasil por meio de contrato de mútuo, os lucros do exterior serão considerados disponibilizados.

Alberto Xavier considera que a tributação dos recursos financeiros mutuados ou adiantados, como hipótese de disponibilização dos lucros do exterior, viola o artigo 43 do CTN, que apenas permite que a lei ordinária determine a incidência do imposto de renda sobre acréscimos patrimoniais efetivos e disponíveis para o contribuinte. O autor acrescenta que se trata de hipótese de distribuição ficta semelhante àquela prevista pelo artigo 60, inciso V, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, que presume a ocorrência de distribuição disfarçada de lucros ("DDL") no negócio jurídico pelo qual "pessoa jurídica empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros"²³⁷.

Para Sergio André Rocha, a regra jurídica em questão contém uma presunção²³⁸ de distribuição de dividendo, tendo em vista que, com a transferência de recursos financeiros da sociedade coligada estrangeira para a pessoa jurídica no Brasil, o contrato de mútuo alcançou a mesma finalidade da distribuição de dividendos, ainda que, sob uma perspectiva puramente formal, a deliberação de distribuição de dividendos e o contrato de mútuo sejam, respectivamente,

237 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 99.

238 Tecnicamente, a consideração do artigo 81, parágrafo 1º, inciso II, da Lei nº 12.973/2014 como uma hipótese de ficção ou presunção depende do conceito adotado por cada autor para tais institutos. Por isso, optou-se por não entrar no mérito do sentido atribuído ao termo por Sergio André Rocha. De todo modo, cumpre esclarecer que não se adota, no presente trabalho, a posição que concebe as ficções como um processo gnosiológico figurativo, em que a realidade jurídica não coincide com a realidade fenomênica. Para uma análise mais detida dos conceitos de ficção e presunção, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição Disfarçada de Lucros*. São Paulo: Dialética, 1996, pp. 97-131.

ato jurídico e negócio jurídico distintos²³⁹. Assim, como explica o autor, para o legislador a “*transferência de caixa da coligada estrangeira para o Brasil, via mútuo, (...) alcançou a finalidade da distribuição de dividendos*”²⁴⁰.

A todo rigor, por se tratar de uma regra com propósito anti-elusivo específico, a lei ordinária deveria exigir a presença de pressupostos adicionais para caracterizar o contrato de mútuo como uma forma de disponibilização dos lucros do exterior, tais como: o estabelecimento de prazo excessivamente longo para a devolução do principal; o perdão da dívida por parte da sociedade coligada no exterior; a não devolução do valor do principal por determinado período de tempo; a ausência de previsão de juros de mercado; a celebração do contrato de mútuo em condições não comutativas, entre outras.

Isso porque as regras anti-elusivas específicas, para serem válidas, devem ser claras, precisas e adequadamente direcionadas para as situações elusivas. Entretanto, no caso ora examinado, o texto legal é abrangente e mal direcionado, pois alcança qualquer contrato de mútuo entre a sociedade coligada no exterior e a pessoa jurídica no Brasil, exigindo-se apenas a existência de lucros ou reservas de lucros passíveis de distribuição.

O problema surge justamente quando a restrição prevista na regra anti-elusiva é realizada de forma excessiva, arbitrária e sem fundamento constitucional, afetando, por consequência, os princípios da liberdade contratual e da livre iniciativa. As regras anti-elusivas específicas devem ser utilizadas para colmatar lacunas, corrigir imperfeições e fechar brechas exploradas por meio da prática de atos ou negócios jurídicos, mas sempre com a observância dos limites impostos pelo ordenamento jurídico²⁴¹.

A restrição inserida na Lei nº 12.973/2014 está baseada na premissa apriorística e enviesada de que o contrato de mútuo entre a sociedade coligada no exterior e a pessoa jurídica no Brasil é realizado apenas com o objetivo de evitar a distribuição de dividendos e, por consequência, a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros do exterior. Porém, o texto legal ignora um universo de

239 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 112.

240 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 112.

241 GUTIERREZ, Miguel Delgado. *Planejamento Tributário – Elisão e Evasão Fiscal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 223-232.

possibilidades e diversas circunstâncias concretas que podem justificar a celebração do contrato de mútuo, ou mesmo a impossibilidade de repatriação dos recursos para o Brasil, sob a forma de dividendos.

Note-se que, sob o ponto de vista da forma jurídica, no âmbito do direito privado, a distribuição de dividendos e o contrato de mútuo não se confundem, de modo que a eventual equiparação de seus efeitos, com base na substância econômica subjacente, deveria estar baseada em critérios que, uma vez verificados no caso concreto, evidenciem o caráter elusivo da alternativa escolhida pelas partes para acessar os recursos financeiros mantidos no patrimônio da sociedade coligada no exterior.

O fato de a prática internacional de determinados países, como os Estados Unidos, seguir regra semelhante não afeta a conclusão acima. De fato, as regras de “*Subpart F*” nos Estados Unidos estabelecem, na Seção 956 (c) (1) (C) do “*Internal Revenue Code*”, que um contrato de mútuo entre a entidade controlada no exterior e a pessoa jurídica controladora naquele país é considerado um evento de repatriação de dividendos, que acarreta a tributação dos lucros da sociedade estrangeira pelos Estados Unidos²⁴².

A despeito da prática norte-americana, é evidente que qualquer recurso ao direito comparado deve sempre passar pelo filtro básico de adaptação para o sistema constitucional-tributário brasileiro. Os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano são estruturalmente distintos²⁴³, de modo que não se pode considerar a solução adotada pela lei brasileira correta apenas porque existe regra jurídica semelhante nos Estados Unidos.

Daí o alerta de Ricardo Mariz de Oliveira a respeito do recurso ao direito comparado: “*Como bem sabem todos os juristas, não é possível simplesmente impor*”

242 Nas palavras de Daniel Soleimani: “*The subpart F rules have created a framework that taxes a U.S. parent corporation on income earned passively through a CFC, or upon repatriation of funds earned by the CFC. The deemed-dividend rules include an “obligation of a U.S. person,” which includes a loan made from a subsidiary to a parent. Loans are considered to be repatriating events, and the entire amount loaned from a subsidiary to a parent triggers subpart F taxation for the parent.*” (SOLEIMANI, Daniel. “The Difficulties with the Subpart F System of International Taxation: How the Schering-Plough Decision Indicates That the Status Quo Is Unclear and Unwise”. *Emory Law Journal*. Volume 60, No. 2. Atlanta: Emory University School of Law, 2010, pp. 516-517).

243 GONÇALVES, José Artur Lima. *Imposto sobre a Renda – Pressupostos Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 31-32.

tar preceitos do Direito de outros países, para aplicá-los aqui sem uma análise crítica e comparativa das diferenças entre o regime jurídico do país de origem e o nosso”²⁴⁴.

Com base em tais anotações, reitera-se que, para delimitar adequadamente o seu escopo normativo, sem restringir excessivamente a liberdade contratual, a Lei nº 12.973/2014 deveria exigir pressupostos adicionais para caracterizar o contrato de mútuo como uma forma de disponibilização dos lucros do exterior. Alternativamente, a lei poderia conceder ao contribuinte a possibilidade de produção de prova em contrário, para demonstrar porque o contrato de mútuo era a solução mais adequada naquele caso específico, em vez da distribuição dos lucros acumulados ou das reservas de lucros.

Por último, ainda em relação à questão do contrato de mútuo, note-se que a lei e a Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 não dispõem a respeito do tratamento tributário aplicável na hipótese em que a existência de lucros ou reserva de lucros apenas se materializa em momento posterior à contratação do empréstimo. O artigo 60, parágrafo 8º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, que tratava da hipótese de DDL relativa aos contratos de mútuo, previa expressamente que, no caso de lucros ou reservas de lucros apurados após a concessão do empréstimo, o regime de DDL seria aplicado partir da formação do lucro ou da reserva de lucros, até o montante do valor emprestado. A Lei nº 12.973/2014 não trouxe hipótese semelhante, tampouco a Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, o que impede a aplicação do mesmo tratamento tributário, em razão da ausência de previsão normativa.

A terceira hipótese de disponibilização dos lucros do exterior prevista na Lei nº 12.973/2014 ocorre em razão do adiantamento de recursos efetuado pela sociedade coligada, por conta de contrato de venda futura cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorrerá em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.

Nesta terceira hipótese, o legislador procurou cobrir um negócio jurídico alternativo, que poderia ser utilizado para atingir a mesma finalidade (concessão de recursos financeiros), mas sem a caracterização de um contrato de mútuo. Tanto é assim que o adiantamento de recursos a fornecedores chegou a ser examinado pela jurisprudência administrativa, justamente no âmbito da regra de DDL que tratava do contrato de mútuo. Como exemplo, cite-se o acórdão nº 101-84.617, de 25.1.1993, a seguir transcrito:

244 OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. “Norma Geral Antielusão”. *Revista Direito Tributário Atual* nº 25. São Paulo: Dialética, 2011, p. 133

“IRPJ - DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS - Adiantamentos do preço, em cumprimento de cláusula de Contrato de Compra e Venda de Mercadoria firmado com sócio que é, também, produtor rural e fornecedor da empresa, não caracteriza distribuição de lucros sob disfarce a que se refere o artigo 367 inciso V do RIR/80, se não ficou provado que o negócio encobriu verdadeira operação de empréstimo. No caso ficou provado, também, que a empresa realizava o mesmo tipo de negócio com outros fornecedores, com exigência de juros e correção monetária calculados sobre as parcelas adiantadas”.

Assim, em virtude da clara relação entre as duas situações, os mesmos comentários apresentados em relação ao contrato de mútuo são aplicáveis, com as devidas adaptações, ao adiantamento de recursos efetuado por conta de contrato de venda futura.

Note-se que o regime de tributação dos lucros no exterior apenas no momento da disponibilização não se aplica à pessoa jurídica coligada que for equiparada à controlada, pois, nesse caso, a sociedade coligada está sujeita ao regime jurídico aplicável às sociedades controladas diretas ou indiretas no exterior.

O artigo 19 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 utiliza a expressão “regime de caixa” para designar a tributação dos lucros das sociedades coligadas no exterior no momento da disponibilização, bem como a expressão “regime de competência” para tratar da tributação automática dos lucros do exterior em 31 de dezembro de cada ano-calendário. Porém, sob o ponto de vista técnico, o uso de tais expressões é equivocado, pois tais conceitos não convergem com as situações disciplinadas na lei.

O regime de caixa considera como evento crítico, para efeito de imputação temporal de resultados nas demonstrações financeiras da pessoa jurídica, o momento do efetivo recebimento ou desembolso do dinheiro. Assim, o regime de caixa depende da efetiva liquidação financeira da operação, com a entrega de recursos financeiros ou bens equivalentes ao beneficiário. Ocorre que, como visto acima, o artigo 81, parágrafo 1º, da Lei nº 12.973/2014 não exige o efetivo recebimento financeiro dos lucros do exterior pela pessoa jurídica no Brasil, para fins de incidência do IRPJ e da CSLL.

A seu turno, o regime de competência rege a imputação temporal das mutações patrimoniais da pessoa jurídica, para fins de determinação do seu resultado contábil, com o objetivo de conferir efetividade ao princípio da integridade

das demonstrações financeiras e, ao mesmo tempo, atender ao princípio da realização da renda para a repartição dos resultados entre os sócios. Entretanto, o artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, ao tratar da tributação dos lucros auferidos por sociedades controladas no exterior, não adota o regime de competência, pois a imputação dos lucros ao resultado da pessoa jurídica no Brasil ocorre de forma ficta, independentemente da aquisição do direito ao seu recebimento.

Passando para o campo das obrigações acessórias (deveres instrumentais), a pessoa jurídica residente no Brasil deverá informar as suas coligadas no exterior no Demonstrativo de Estrutura Societária, bem como preencher o Demonstrativo de Resultados no Exterior de Coligada em Regime de Caixa²⁴⁵.

Vale reiterar que, para as sociedades coligadas sujeitas à tributação no momento da disponibilização, não há previsão legal expressa para a compensação dos prejuízos acumulados no exterior. Isso ocorre porque os seus lucros somente serão tributáveis no Brasil no momento da efetiva disponibilização, a qual, por óbvio, somente pode compreender o lucro líquido apurado no exterior após a absorção de prejuízos anteriores.

Por fim, o artigo 81, parágrafo 5º, da Lei nº 12.973/2014 prevê que, para fins de tributação pelo regime de caixa (i.e. tributação dos lucros apenas no momento da efetiva disponibilização), equiparam-se à condição de sociedade coligada os empreendimentos controlados em conjunto por partes não vinculadas. Assim, no caso de controle compartilhado de empreendimento no exterior por partes independentes, os lucros serão tributados apenas no momento da efetiva disponibilização.

1.26 Variação cambial e sociedades coligadas

Como visto acima, no caso de investimentos em sociedades coligadas no exterior que atendam aos requisitos legais, o artigo 81 da Lei nº 12.973/2014 prevê que os lucros correspondentes serão computados na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

Daí decorre que, no caso de investimentos em sociedades coligadas, a não tributação da variação cambial está implícita no artigo 81 da Lei nº 12.973/2014, que faz menção expressa aos lucros auferidos por tais entidades. Veja-se:

²⁴⁵ Artigo 17, parágrafo 5º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

“Art. 81. Os **lucros auferidos** por intermédio de coligada domiciliada no exterior serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, desde que se verifiquem as seguintes condições, cumulativamente, relativas à investida”.

Assim, no caso das sociedades coligadas, como a tributação dos lucros do exterior apenas ocorrerá no momento da disponibilização, em linha com o princípio da realização da renda, não haverá tributação da variação cambial reconhecida via MEP.

Até mesmo porque, para as coligadas, na ausência de norma específica na Lei nº 12.973/2014, a taxa de câmbio aplicável para fins de conversão dos resultados a serem tributados é aquela em vigor na data da apuração dos lucros, nos termos do artigo 25, parágrafo 4º, da Lei nº 9.249/1995, que não foi objeto de revogação tácita ou expressa pela legislação superveniente. Tanto isso é verdade que a Lei nº 12.973/2014 ainda acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, esclarecendo que os lucros a serem tributados devem ser apurados segundo a legislação comercial do país de domicílio da entidade no exterior. Percebe-se, assim, que o artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 foi mantido na sistemática atual de tributação dos lucros auferidos por intermédio de sociedades no exterior, estabelecendo regras gerais que permanecem aplicáveis em conjunto com as novas disposições legais introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei nº 12.973/2014.

Vale lembrar, ainda, que a não tributação da variação cambial dos lucros submetidos à incidência do IRPJ e da CSLL no momento da disponibilização foi reconhecida de forma pacífica pela antiga jurisprudência administrativa, sedimentada sob a égide do artigo 1º da Lei nº 9.532/1997, quando os lucros de sociedades controladas e coligadas eram tributados apenas no momento da disponibilização efetiva. Naquela época, o Fisco sustentava não haver sentido lógico para o descasamento entre o momento da conversão dos lucros no exterior para Reais (data do balanço, segundo o parágrafo 4º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995) e o momento do efetivo oferecimento dos lucros à tributação pelo IRPJ e pela CSLL (31 de dezembro do ano-calendário da disponibilização), alegando que teria havido a revogação tácita do mencionado parágrafo 4º.

Apesar disso, a jurisprudência firmou-se no sentido de que o parágrafo 4º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995 não havia sido revogado e que a razão para o descasamento entre as datas de conversão do lucro e a data da incidência do IRPJ e da CSLL era justamente a impossibilidade de tributação da variação cambial sobre tais lucros²⁴⁶.

O mesmo entendimento deve ser aplicado aos lucros apurados por sociedades coligadas após a entrada em vigor da Lei nº 12.973/2014.

1.27 Da sociedade coligada desenquadrada

Como adiantado brevemente acima, a exclusão do regime de tributação dos lucros apenas no momento da disponibilização ocorre nas seguintes situações²⁴⁷:

- (i) a sociedade coligada está sujeita a regime de subtributação;
- (ii) a sociedade coligada está localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou sujeita a regime fiscal privilegiado; e
- (iii) a sociedade coligada é controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a regime de subtributação.

Nesta hipótese, os lucros auferidos por intermédio de sociedade coligada domiciliada no exterior devem ser submetidos à incidência do IRPJ e da CSLL, pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil, em 31 de dezembro de cada ano-calendário²⁴⁸.

É importante esclarecer que o desenquadramento não submete a sociedade coligada no exterior ao regime geral de tributação das sociedades controladas.

De fato, as sociedades coligadas desenquadradas estão sujeitas a um regime de tributação distinto, que não se confunde com o regime geral de tributação em bases universais, que é aplicável às sociedades coligadas equiparadas a controladas.

246 Sobre o tema, vide a Súmula CARF n. 94: "Os lucros auferidos no exterior por filial, sucursal, controlada ou coligada serão convertidos em reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados tais lucros, inclusive a partir da vigência da MP nº 2.158-35, de 2001".

247 Artigo 81 da Lei nº 12.973/2014.

248 Artigo 82 da Lei nº 12.973/2014.

A primeira diferença diz respeito à materialidade tributável. Os lucros das sociedades coligadas desenquadradas, que devem ser oferecidos à incidência do IRPJ e da CSLL em 31 de dezembro de cada ano-calendário, correspondem aos valores apurados após o pagamento do imposto de renda local. Ao contrário, os lucros das sociedades coligadas equiparadas à controladas submetem-se ao regime geral de tributação dos lucros do exterior, no qual o IRPJ e a CSLL incidem sobre a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto de renda local.

Para facilitar a compreensão, confira-se a tabela abaixo:

Materialidade Tributável		
Controladas / Coligadas Equiparadas	Coligadas Qualificadas	Coligadas Desenquadradas
Art. 77. "A parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros por ela auferidos <u>antes</u> do imposto sobre a renda."	Art. 81. " <u>Os lucros auferidos</u> por intermédio de coligada domiciliada no exterior serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL".	Art. 82. "(...) o resultado na coligada domiciliada no exterior <u>equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados</u> deverá ser computado na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL."
Lucro antes do imposto de renda local	Lucro depois do imposto de renda local	Lucro depois do imposto de renda local

A segunda diferença entre os regimes diz respeito ao aproveitamento do imposto de renda pago no exterior.

Crédito de Imposto de Renda pago no Exterior		
Controladas / Coligadas Equiparadas	Coligadas Qualificadas	Coligadas Desenquadradas
Art. 87. "A pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o <u>imposto sobre a renda pago</u> no exterior pela controlada direta ou indireta." § 1º. Para efeitos do disposto no caput, considera-se imposto sobre a renda (...) inclusive (...) <u>imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído para a controladora brasileira.</u>	Art. 88. "A pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil poderá deduzir do imposto sobre a renda ou da CSLL devidos <u>o imposto sobre a renda retido na fonte no exterior incidente sobre os dividendos</u> que tenham sido computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL".	Art. 83 da Lei nº 12.973/2014 é omissa em relação ao aproveitamento de crédito. Art. 26 da IN RFB nº 1.520/2014: "O imposto sobre a renda pago no país de domicílio da coligada (...) poderá ser compensado com o que for devido no Brasil".
Imposto de Renda corporativo e Imposto de Renda na Fonte	Imposto de Renda na Fonte	Imposto de Renda corporativo

Inicialmente, o artigo 83 da Lei nº 12.973/2014 não contemplou a possibilidade de aproveitamento de crédito em relação ao imposto de renda pago no exterior por sociedade coligada desenquadrada. Em vista disso, Sergio André Rocha criticou a omissão do legislador e a diferença no tratamento tributário conferido às coligadas qualificadas e às coligadas desenquadradas, pois a restrição ao aproveitamento de crédito do imposto pago no exterior fatalmente acarretaria a dupla tributação da renda²⁴⁹.

249 Confira-se: "Para as coligadas 'desenquadradas', tributadas na forma do artigo 82, a Lei 12.973 não trouxe qualquer regra de compensação de imposto pago no exterior. Não é justificável a opção da lei. A coligada no exterior pode ser residente, inclusive, em um país de alta tributação, como ocorreria no caso de coligada controlada por empresa localizada em país com tributação favorecida. Não é justificável, portanto, o tratamento diferenciado entre as coligadas dos artigos 81 e 82, no que se refere ao aproveitamento de crédito de imposto pago no exterior, que tem potencial para gerar bitributação da renda". (ROCHA, Sergio André. Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14). São Paulo: Dialética, 2014, p. 130).

A Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 aparentemente solucionou o problema em seu artigo 26, segundo o qual "o imposto sobre a renda pago no país de domicílio da coligada (...) poderá ser compensado com o que for devido no Brasil".

Para efeito de compensação, considera-se imposto de renda pago no país de domicílio da coligada o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem. Assim, pelo menos aparentemente, a Instrução Normativa apenas autorizou o aproveitamento de crédito em relação ao imposto de renda corporativo.

Apesar de solucionar um problema, a Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 trouxe outra incerteza ao prever a possibilidade de compensação do imposto de renda corporativo pago no exterior. Isso porque o artigo 82 da Lei nº 12.973/2014 dá a entender que o lucro da sociedade coligada a ser tributado no Brasil é aquele apurado antes do imposto de renda corporativo, pois faz menção ao resultado equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados. Essa interpretação surge da comparação da redação do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, que menciona os lucros apurados antes do imposto de renda pago no exterior, com o texto do artigo 82, que simplesmente menciona lucros ou prejuízos.

O artigo 19 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 não resolve a questão, mas adota uma redação ligeiramente diferente daquela utilizada no artigo 82 da Lei nº 12.973/2014, ao fazer alusão à "parcela do ajuste do valor do investimento na coligada domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados". Dessa forma, ao utilizar o mecanismo da parcela do ajuste do valor de investimento, a Instrução Normativa parece ter submetido a coligada desenquadrada ao mesmo regime das sociedades controladas.

Neste caso, o IRPJ e a CSLL incidiriam sobre o lucro antes do imposto de renda pago no exterior, com a possibilidade de aproveitamento de crédito.

Assim, em termos mais precisos, o artigo 19 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 dispôs que a parcela do ajuste do valor do investimento em sociedade coligada domiciliada no exterior, equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, das seguintes formas: (i) se positiva, deverá ser adicionada ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela pessoa jurídica investida domiciliada no exterior; (ii) se negati-

va, poderá ser compensada com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior, desde que o estoque de prejuízo seja informado no DPAAE.

Observe-se que os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a coligada no exterior mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no seu balanço para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da sociedade coligada no Brasil²⁵⁰.

1.28 O desenquadramento por opção do contribuinte

Segundo o artigo 82-A da Lei nº 12.973/2014, em caráter opcional, a pessoa jurídica domiciliada no Brasil poderá oferecer à tributação os lucros auferidos por intermédio de suas sociedades coligadas no exterior com base no regime ora examinado (i.e. regime das coligadas desenquadradas), independentemente do descumprimento das condições examinadas acima, previstas no artigo 81 da Lei nº 12.973/2014.

Para regulamentar a opção, a Instrução Normativa RFB nº 1.674/2016 incluiu o artigo 19-A na Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, segundo o qual a pessoa jurídica deverá comunicar a opção pela tributação automática dos lucros do exterior à RFB, por intermédio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF) relativa ao respectivo ano-calendário.

A opção pela tributação automática dos lucros das coligadas se aplica ao IRPJ e à CSLL e deve englobar todas as coligadas no exterior, não sendo possível a opção parcial e individual por entidade. Além disso, o exercício da opção será irrevogável, não sendo válida a transmissão de ECF retificadora fora do seu prazo inicial de entrega.

Antes da regulamentação do artigo 82-A da Lei nº 12.973/2014, os contribuintes pleiteavam que o regime de tributação automática dos lucros das coligadas no exterior fosse passível de eleição individual por entidade, cabendo à pessoa jurídica domiciliada no Brasil, a seu critério, escolher as entidades coligadas que seriam tributadas de forma automática e aquelas que seriam tributadas apenas na disponibilização. Dessa forma, a expectativa do mercado era

²⁵⁰ Artigo 82, parágrafo 1º, da Lei nº 12.973/2014.

a possibilidade de escolha, como ocorre no regime de consolidação, no qual o contribuinte pode eleger as entidades em bases individuais.

Contrariando a pretensão inicial dos contribuintes, a Instrução Normativa estabeleceu que a opção alcança todas as entidades coligadas indistintamente, o que pode suscitar dúvida a respeito da existência de uma restrição ilegal ao exercício da opção.

Neste contexto, cabe destacar que o artigo 82-A, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 prevê expressamente que “a Secretaria da Receita Federal do Brasil estabelecerá a forma e as condições para a opção”.

Ocorre que, a rigor, esse dispositivo legal deve ser interpretado como uma regra que apenas autoriza a Administração Tributária a detalhar os aspectos formais e procedimentais da opção, sem a possibilidade de tornar a opção aplicável indistintamente a todas as coligadas.

Assim, como a Instrução Normativa RFB nº 1.674/2016 restringiu uma liberdade de opção que foi concedida de forma ampla pelo artigo 82-A da Lei nº 12.973/2014, a sua validade poderá ser questionada pelos contribuintes em casos concretos.

1.29 A sociedade coligada equiparada à sociedade controladora

De acordo com o artigo 83 da Lei nº 12.973/2014, equipara-se à condição de sociedade controladora a pessoa jurídica domiciliada no Brasil que detenha participação em coligada no exterior e que, em conjunto com pessoas físicas ou pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil ou no exterior, consideradas a ela vinculadas, possua mais de 50% (cinquenta por cento) do capital votante da coligada no exterior.

Como se pode ver, a regra de equiparação trazida pela Lei nº 12.973/2014 tem o objetivo de evitar que as sociedades controladoras residentes no Brasil pulverizem a participação societária em sociedades no exterior por meio de arranjos com pessoas vinculadas, a fim de se esquivar da tributação automática dos lucros auferidos no exterior.

Ou seja, como os lucros auferidos por sociedades coligadas no exterior passaram a ser tributados pelo IRPJ e pela CSLL no Brasil apenas no momento da efetiva disponibilização para a sociedade investidora no país, o legislador

tributário optou pela introdução de uma regra anti-elusiva específica, que tem o objetivo de evitar a pulverização do capital de sociedades no exterior por meio de estrutura com pessoas vinculadas. Portanto, o propósito do artigo 83 da Lei nº 12.973/2014 é justamente impedir que as pessoas jurídicas no Brasil encontrem caminhos para evitar a caracterização formal do controle societário.

Apenas para exemplificar, veja-se que, sob o ponto de vista do direito societário, a pessoa jurídica domiciliada no Brasil continuará sendo formalmente coligada à entidade no exterior, na forma do artigo 243, parágrafos 1º, 4º e 5º da Lei nº 6.404/1976. Porém, em virtude de participações societárias mantidas por partes vinculadas no capital social da entidade no exterior, essa sociedade coligada, para fins de tributação dos lucros do exterior, será submetida a um regime jurídico de equiparação à sociedade controlada.

Para tanto, o artigo 83 da Lei nº 12.973/2014 exige a presença de dois requisitos cumulativos: (i) a pessoa jurídica domiciliada no Brasil deve ser coligada à entidade no exterior; e (ii) o somatório das participações societárias detidas por pessoas físicas ou pessoas jurídicas vinculadas, domiciliadas no Brasil ou no exterior, no capital votante da sociedade coligada no exterior, deve ser superior a 50% (cinquenta por cento).

Na visão de Alberto Xavier, o regime jurídico de equiparação da sociedade coligada à sociedade controlada é mais uma inovação da Lei nº 12.973/2014, que se afasta das diretrizes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 2.588, por introduzir um critério não contemplado na decisão judicial a respeito da aplicação do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 aos lucros auferidos por sociedades coligadas²⁵¹.

Assim, embora o Pretório Excelso tenha considerado que os lucros de sociedades coligadas domiciliadas em jurisdições normais somente poderiam ser tributados no momento da disponibilização, a Lei nº 12.973/2014 trouxe requisito adicional ao criar o conceito de sociedade coligada equiparada à sociedade controlada²⁵².

251 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 464.

252 CARVALHO, Lucas Lima. "A regra de 'equiparação à controlada' prevista no art. 83 da Lei n. 12.973/2014". *Direito Tributário Atual*. Coord. Cristiano Carvalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 215.

Para efeito de aplicação do dispositivo legal acima, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil²⁵³:

- (i) a pessoa física ou jurídica cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora, direta ou indireta, na forma definida nos parágrafos 1º e 2º do artigo 243 da Lei nº 6.404/1976;
- (ii) a pessoa jurídica que seja caracterizada como sua controlada, direta ou indireta, ou coligada, na forma definida nos parágrafos 1º e 2º do artigo 243 da Lei nº 6.404/1976;
- (iii) a pessoa jurídica quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos 10% (dez por cento) do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;
- (iv) a pessoa física ou jurídica que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;
- (v) a pessoa física que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus conselheiros, administradores, sócios ou acionista controlador em participação direta ou indireta; e
- (vi) a pessoa jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado, conforme dispõem os artigos 24 e 24-A da Lei nº 9.430/1996.

Como se vê, o legislador tributário optou por listar pessoas que, pelo menos em teoria, seriam veículos adequados para a pulverização do controle societário formal. Por isso, o texto legal elenca uma série de pessoas que, segundo o juízo prévio do legislador, poderiam vir a ser utilizadas para disfarçar a existência de um efetivo quadro de controle societário, com o objetivo de evitar a tributação

253 Artigo 83, parágrafo único, da Lei nº 12.973/2014 e artigo 15, parágrafo 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

automática, em 31 de dezembro de cada ano-calendário, dos lucros auferidos por meio de entidades no exterior²⁵⁴.

Observe-se que a regra anti-elusiva ora examinada não constitui uma prática exclusiva do legislador brasileiro. Como exemplo, no sistema tributário norte-americano, o regime de tributação em bases universais contém regras de "constructive ownership", justamente com o objetivo de evitar que as sociedades domiciliadas nos Estados Unidos, por meio de estruturas formatadas com partes relacionadas, consigam evitar a caracterização de entidades no exterior como "controlled foreign companies", conforme se depreende da seção 318(a) e da seção 958(b) do "Internal Revenue Code"²⁵⁵.

Cabe alertar que, neste ponto, o legislador adotou um conceito de pessoa vinculada distinto daquele utilizado para fins de controle de preços de transferência e de subcapitalização, previsto no artigo 23 da Lei nº 9.430/1996²⁵⁶. Embora a existência de dois conceitos semelhantes no mesmo sistema tributário possa trazer certa complexidade, é razoável, neste caso, a adoção de critérios distintos, sobretudo em virtude dos propósitos específicos buscados pelo legislador em cada situação.

De fato, as regras de preços de transferência e de subcapitalização visam a evitar a erosão de bases tributáveis e a transferência artificial de lucros mediante a manipulação de condições comerciais ou financeiras em operações internacionais. Assim, o elenco utilizado pelo legislador deve alcançar quaisquer hipóteses em que a relação jurídica ou econômica entre as partes indique a possibilidade de fixação de preços ou condições que não prevaleceriam entre terceiros independentes no mercado. Por outro lado, as regras de equiparação à controlada devem ter um âmbito de aplicação mais restrito, pois as regras de tributação automática de lucros do exterior pressupõem a existência de controle societário sobre a sociedade domiciliada no exterior.

Na hipótese prevista no item (iv) acima, a pessoa jurídica domiciliada no Brasil não será considerada vinculada caso comprove que os sócios da pessoa

254 CARVALHO, Lucas Lima. "A regra de 'equiparação à controlada' prevista no art. 83 da Lei n. 12.973/2014". *Direito Tributário Atual*. Coord. Cristiano Carvalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 217.

255 CARVALHO, Lucas Lima. "A regra de 'equiparação à controlada' prevista no art. 83 da Lei n. 12.973/2014". *Direito Tributário Atual*. Coord. Cristiano Carvalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 217.

256 O elenco de partes vinculadas, previsto no artigo 83, parágrafo único, da Lei nº 12.973/2014 também não se confunde com a relação de "partes dependentes", prevista no artigo 25 da própria Lei nº 12.973/2014 para efeito de dedução fiscal do ágio por rentabilidade futura.

jurídica domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado não estão enquadrados nas hipóteses previstas nos itens (i) a (v) acima²⁵⁷.

Assim, a pessoa jurídica no Brasil, para evitar a caracterização da vinculação, deve obter informações a respeito dos sócios da pessoa jurídica domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado. Essas informações são necessárias para comprovar que os sócios da entidade no exterior não são partes vinculadas à pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

O problema é que, em se tratando de pessoa jurídica domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado, a obtenção de informações a respeito dos seus sócios pode ser complexa. A entidade no exterior pode se recusar a fornecer tais informações para a pessoa jurídica no Brasil, seja para não expor dados pessoais de investidores, seja para não fornecer elementos que permitam o rastreamento de seus patrimônios e investimentos no exterior pelo Fisco²⁵⁸.

Por fim, a pessoa jurídica domiciliada no Brasil deverá informar as coligadas equiparadas no Demonstrativo de Estrutura Societária, previsto no artigo 41 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

1.30 Da dedução do lucro de participações societárias no Brasil

De acordo com o artigo 85 da Lei nº 12.973/2014, para fins de apuração do IRPJ e da CSLL devidos pela sociedade controladora no Brasil, poderá ser deduzida, da parcela do lucro da pessoa jurídica controlada (direta ou indireta) no exterior, a fração do lucro oriunda de participações societárias mantidas em pessoas jurídicas controladas ou coligadas domiciliadas no Brasil. Veja-se:

"Art. 85. Para fins de apuração do imposto sobre a renda e da CSLL devida pela controladora no Brasil, poderá ser deduzida da parcela do lucro da pessoa jurídica controlada, direta ou indireta, domiciliada no

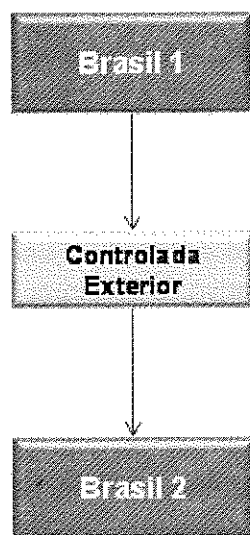
257 Artigo 83, inciso VI, da Lei nº 12.973/2014 e artigo 15, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

258 CARVALHO, Lucas Lima. "A regra de 'equiparação à controlada' prevista no art. 83 da Lei n. 12.973/2014". *Direito Tributário Atual*. Coord. Cristiano Carvalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 219.

exterior, a parcela do lucro oriunda de participações destas em pessoas jurídicas controladas ou coligadas domiciliadas no Brasil”.

A regra ora examinada é uma importante inovação trazida pela Lei nº 12.973/2014, pois resolve o problema relativo às estruturas societárias internacionais chamadas de “sanduíche brasileiro”, nas quais a pessoa jurídica controladora no Brasil detém participação societária em sociedade controlada no exterior, que, por sua vez, detém investimento em outra sociedade brasileira.

A estrutura chamada de “sanduíche brasileiro” pode ser assim representada:



Na vigência do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, a Solução de Consulta nº 40, de 12.2.2009, proferida pela SRRF da 8ª Região Fiscal considerou que não havia previsão legal para excluir, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL da pessoa jurídica controladora no Brasil, o valor do resultado da equivalência patrimonial integrante do lucro da sociedade controlada no exterior, em decorrência de sua participação em sociedade domiciliada em território brasileiro. Confira-se a ementa da decisão:

“Ementa: EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL Não há previsão legal para se excluir da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, pela controladora brasileira, o valor do resultado de equivalência patrimonial integrante do lucro da controlada no exterior em decorrência de sua participação em empresa domiciliada em território brasileiro.

Não há, também, previsão legal para compensação, pela controladora brasileira, de qualquer imposto que tenha incidido no Brasil em parte do lucro apurado pela controlada no exterior, podendo apenas ser compensado, pela controladora, até o limite do imposto renda incidente no Brasil, em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição, o valor do imposto pago no domicílio da controlada, convertido em Reais tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem, fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data de seu efetivo pagamento, sendo que o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto”.

Pelo que se pode depreender do caso examinado, a sociedade controlada no exterior refletia, em seu balanço patrimonial, os lucros provenientes de sua participação societária no Brasil, seja mediante a aplicação de mecanismo de avaliação de investimento semelhante ao MEP, seja por meio da consolidação contábil de resultados.

Além de não permitir a exclusão dos lucros apurados no Brasil do balanço patrimonial da sociedade estrangeira, a Solução de Consulta em questão também não permitiu a compensação do imposto de renda pago no Brasil, pois a lei interna apenas autoriza a compensação do imposto de renda pago no exterior²⁵⁹.

Mesmo durante o regime anterior, Marco Antônio Chazaine Pereira já destacava que o procedimento correto seria excluir o lucro auferido pela pessoa jurídica investida no Brasil, no momento da tributação dos lucros auferidos pela sociedade controladora, em vez de simplesmente conceder o crédito de imposto. Isso porque, no âmbito doméstico, tanto o resultado positivo de equivalência patrimonial, quanto os dividendos efetivamente distribuídos não estão sujeitos à incidência do IRPJ e da CSLL, justamente porque o lucro em questão foi tributado na sociedade investida. Assim, a mera existência de uma sociedade intermediária no exterior, entre as duas pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, não deveria provocar uma dupla tributação econômica desmedida e injustificável dos mesmos lucros no Brasil. Para o autor, a dupla tributação em questão ainda fere o princípio da igualdade, pois se atribui tra-

²⁵⁹ Artigo 26 da Lei nº 9.249/1995.

tamento tributário distinto a pessoas jurídicas brasileiras que detêm controle societário direto em sociedades no Brasil, em detrimento de pessoas jurídicas brasileiras que possuem controle societário indireto em sociedades no Brasil, sem qualquer critério de justificação adequado²⁶⁰.

Diante do cenário relatado acima, percebe-se que a Lei nº 12.973/2014 resolveu um grave problema da legislação anterior ao disciplinar expressamente a questão, pois o lucro da sociedade brasileira, refletido na sociedade controlada direta no exterior, já foi submetido à tributação no Brasil, o que afasta qualquer preocupação quanto ao diferimento artificial de lucros no exterior. Isso sem contar o fato de que o regime anterior acabava ocasionando a dupla tributação econômica dos mesmos resultados no Brasil, com os potenciais impactos nocivos daí decorrentes: (i) desencorajar a constituição de sociedades para o exercício de atividades econômicas; (ii) distorcer a alocação ótima de recursos, por meio da retenção de lucros e do reinvestimento dos resultados; (iii) onerar a renda em patamar superior à capacidade contributiva; (iv) desestimular investimentos em geral; (v) incentivar o deslocamento da renda para países de baixa pressão fiscal; (vi) encorajar o aporte de recursos por meio de contratos de mútuo; (vii) afetar a formação de poupança, desestimulando o desenvolvimento econômico de longo prazo, entre outros.

Além disso, vale lembrar que, no âmbito doméstico, o resultado da avaliação do investimento pelo MEP é neutro para fins fiscais, ao passo que os dividendos distribuídos são isentos de IRPJ e de CSLL, o que tornava esse tratamento tributário ainda mais incoerente.

Por oportuno, registre-se que a regra ora examinada, relativa à possibilidade de dedução do lucro proveniente de participações societárias no Brasil, também se aplica às hipóteses em que a pessoa jurídica coligada está sujeita ao regime jurídico de equiparação à sociedade controlada, previsto no artigo 83 da Lei nº 12.973/2014²⁶¹. A equiparação ocorre quando a pessoa jurídica domiciliada no Brasil detém participação em coligada no exterior e, em conjunto com outras pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou

260 PEREIRA, Marco Antônio Chazaine. *A Tributação de Lucros Auferidos no Exterior*. São Paulo: LTR, 2010, pp. 53-54.

261 Artigo 22, parágrafo 1º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

no exterior, consideradas a ela vinculadas, possui mais de 50% (cinquenta por cento) do capital votante da coligada no exterior²⁶².

Outro aspecto a ser mencionado é que a Lei nº 12.973/2014 foi omissa em relação à possibilidade de aproveitamento de crédito fiscal em relação ao imposto de renda retido no exterior sobre os dividendos distribuídos pela sociedade investida no exterior, com base em lucros oriundos de sua participação societária no Brasil.

Como a parcela do lucro oriunda de participações societárias em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil será excluída do regime de tributação em bases universais, é possível que o crédito fiscal seja negado pelas autoridades fiscais, pois o crédito relativo ao imposto de renda pago no exterior é limitado aos valores de IRPJ e de CSLL devidos no país sobre os resultados do exterior. Logo, na ausência de IRPJ e CSLL devidos sobre os resultados originados na estrutura de "sanduíche brasileiro", o valor relativo ao IRRF cobrado no exterior pode não ensejar direito a crédito no Brasil.

Por fim, cabe destacar que a sociedade controladora no Brasil deverá informar os dados referentes às participações em pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil nos demonstrativos exigidos pela Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

1.31 Da dedução de valores sujeitos às regras de Preços de Transferência e de Subcapitalização

De acordo com o artigo 86 da Lei nº 12.973/2014, poderão ser deduzidos, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora no Brasil, os valores referentes às adições, espontaneamente efetuadas, de ajustes decorrentes da aplicação das regras de preços de transferência²⁶³, das regras de subcapitalização²⁶⁴ e das regras de restrição à dedução de pagamentos para beneficiários residentes em jurisdição com tributação favorecida ou sujeitos a regime fiscal privilegiado²⁶⁵.

262 Artigo 83 da Lei nº 12.973/2014 e Artigo 15 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

263 Artigos 18 a 22 da Lei nº 9.430/1996.

264 Artigos 24 a 25 da Lei nº 12.249/2010.

265 Artigo 26 da Lei nº 12.249/2010.

O dispositivo legal acima foi introduzido com o objetivo de evitar a dupla tributação da renda que ocorria em razão da aplicação concomitante das regras de tributação em bases universais e dos ajustes previstos pelas regras de preços de transferência ou pelas regras de subcapitalização. Assim, o artigo 86 da Lei nº 12.973/2014 corrige um antigo problema da legislação anterior, atendendo às reivindicações apresentadas pelos contribuintes na vigência do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Porém, cabe destacar que há uma rígida limitação no escopo normativo do texto legal, que alcança apenas as “adições espontâneas” realizadas pelo contribuinte. Logo, no caso de adição realizada em virtude de lançamento de ofício, o valor do ajuste fiscal não pode ser deduzido do lucro auferido pela entidade no exterior²⁶⁶.

A rigor, a restrição inserida no artigo 86 da Lei nº 12.973/2014 é inadequada, pois tanto no caso de “ajuste espontâneo”, quanto no caso de “ajuste de ofício”, há a dupla tributação da renda. De fato, quando a autoridade fiscal realiza o lançamento de ofício para corrigir distorções no lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil, em razão de operações realizadas com sociedades controladas no exterior, as regras de tributação em bases universais perdem o fundamento jurídico que justifica a sua aplicação, uma vez que a renda em questão já foi tributada no país. O mesmo fenômeno ocorre tanto no caso de um ajuste espontâneo realizado pelo próprio contribuinte, quanto no caso de um lançamento de ofício realizado pelo Fisco.

A restrição em questão parece encontrar justificativa em razão de ordem prática. É possível que o lançamento de ofício para a aplicação das regras de preços de transferência ou das regras de subcapitalização ocorra somente algum tempo depois que os lucros da sociedade controlada foram tributados no Brasil, o que poderia dificultar a aplicação prática da regra (v.g. dedução do ajuste de preço de transferência contra lucro futuro da mesma controlada ou retificação das declarações fiscais e a apresentação de pedido de restituição). Além disso, as diferenças temporais podem dificultar a atividade de fiscalização e o cruzamento eletrônico de informações. Em ambos os casos, a restrição continua sendo questionável, em razão da existência de dupla tributação da renda.

266 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 122.

É interessante notar que, no caso do ajuste de preço de transferência, o fundamento para o ajuste fiscal previsto no artigo 86 da Lei nº 12.973/2014 não decorre apenas da necessidade de evitar a dupla tributação da renda.

De fato, as regras de preços de transferência ajustam os preços praticados nas operações de importação e exportação de bens, serviços e direitos, com o objetivo de corrigir distorções no resultado contábil da pessoa jurídica, a fim de adequá-lo à renda efetivamente auferida em transações internacionais. Assim, a realização do ajuste de preços de transferência implica o reconhecimento de que parte do lucro atribuído à entidade no exterior, mediante a manipulação de preço, corresponde a resultado atribuível à pessoa jurídica no Brasil. Assim, considerando que a parcela do lucro ajustada por meio da aplicação das regras de preços de transferência não foi efetivamente auferida no exterior, mas, sim, transferida para o exterior mediante a manipulação do preço da transação, é evidente que, após a realização do ajuste fiscal no Brasil, não há mais fundamento jurídico para a aplicação das regras brasileiras de tributação em bases universais²⁶⁷.

Daí a correta exclusão dos lucros ajustados pelas regras de preços de transferência do âmbito de aplicação da Lei nº 12.973/2014, não apenas como medida para evitar a dupla tributação da renda, mas também como consequência lógica do reconhecimento de que os lucros ajustados foram auferidos no Brasil.

A dedução em questão está condicionada ao cumprimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) os lucros auferidos pela sociedade controlada no exterior devem ter sido computados na base de cálculo do IRPJ e da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada; e (ii) o IRPJ e a CSLL correspondentes devem ter sido devidamente recolhidos.

Embora o item (ii) acima disponha que o IRPJ e a CSLL correspondentes devem ter sido devidamente recolhidos²⁶⁸, deve-se entender que o ajuste é

267 Merece destaque a lição de Luís Eduardo Schoueri: “(...) a efetuação de ajustes de preços de transferência realizada pelo contribuinte brasileiro implica a asserção de que os lucros que este apurou nas transações controladas, praticadas com a controlada no exterior, teriam sido auferidos no Brasil. Ora, admitindo-se a conclusão de quais lucros não teriam sido auferidos no exterior, e sim no País, parece correto afirmar que não haverá causa jurídica (i.e., fundamento jurídico) para a aplicação das regras CFC à situação sob análise”. (SCHOUERI, Luís Eduardo. “Aplicação Concomitante da Legislação de Preços de Transferência e da Tributação em Bases Mundiais”. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. Volume III. Coord. Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 246).

268 Artigo 86, parágrafo 1º, inciso IV, da Lei nº 12.973/2014 e artigo 23, parágrafo 1º, inciso I, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

dedutível mesmo que não haja efetivo recolhimento de IRPJ e CSLL no Brasil em razão da compensação dos ajustes fiscais e dos resultados no exterior com prejuízos fiscais e bases negativas de CSLL. Essa interpretação é a mais consentânea com o objetivo de evitar a dupla tributação da renda.

Os valores correspondentes aos ajustes de preços de transferência ou de subcapitalização devem ser oriundos de operações efetuadas com a respectiva controlada, direta ou indireta, da qual o lucro seja proveniente. Assim, não é qualquer ajuste de preços de transferência ou de subcapitalização que pode ser excluído dos lucros auferidos no exterior, mas apenas a parcela do ajuste fiscal oriunda de operações realizadas entre a pessoa jurídica no Brasil e a entidade no exterior²⁶⁹.

A dedução deve ser proporcional à participação da pessoa jurídica no Brasil na controlada no exterior, estando limitada ao valor do lucro auferido pela controlada no exterior e à base de cálculo do imposto devido no Brasil em razão dos ajustes de preços de transferência e de subcapitalização, não podendo gerar prejuízo fiscal.

A existência de limite deixa claro o propósito de evitar a dupla tributação oriunda das relações entre a pessoa jurídica no Brasil e a sua controlada no exterior. Isso porque, se o objetivo da regra é aliviar os efeitos econômicos nocivos da dupla tributação, é evidente que a exclusão prevista no artigo 86 da Lei nº 12.973/2014 deve estar limitada ao lucro auferido pela entidade no exterior, que será oferecido à tributação pelo IRPJ e pela CSLL pela pessoa jurídica no Brasil, no regime de tributação em bases universais.

Em certas situações, a sociedade controlada no exterior pode não auferir lucros suficientes para compensar integralmente o ajuste de preços de transferência ou de subcapitalização realizado no Brasil, seja porque a sociedade estrangeira incorreu em despesas no exterior, seja porque os dois países adotam critérios distintos de contabilização. Além disso, o lucro da sociedade controlada no exterior pode ter sido consumido por prejuízos incorridos em operações com terceiros. Por tais razões, a dedução das adições espontâneas está limitada ao valor do lucro auferido pela controlada no exterior.

Observe-se que, nos casos em que o ajuste de preço de transferência ou de subcapitalização é superior ao valor do lucro auferido pela sociedade controlada no exterior, não há previsão legal para carregar o valor residual do ajuste

fiscal para os anos subsequentes (a lei não contempla o chamado “*carry-forward mechanism*”). Assim, a dedução é limitada ao valor do lucro auferido no exterior pela controlada, não havendo previsão legal para o aproveitamento de eventual excesso em anos posteriores.

Outro aspecto a ser destacado é que, ao prever que a dedução deve ser proporcional à participação da pessoa jurídica no Brasil na controlada no exterior, o artigo 86, parágrafo 2º, inciso II, da Lei nº 12.973/2014 não disciplinou os casos em que há alteração no percentual de participação da controlada no exterior entre o momento do ajuste de preços de transferência ou de subcapitalização e o momento de tributação dos lucros auferidos no exterior. Em regra, como o ajuste está limitado ao lucro auferido pela controlada no exterior, as variações no percentual de participação societária podem acabar influenciando no cálculo do valor a ser deduzido do lucro do exterior.

Ainda em relação à questão do limite, é interessante notar que a lei brasileira não tratou dos casos em que a legislação estrangeira prevê a realização de um “*ajuste correlativo*” de preços de transferência, justamente para evitar a existência de dupla tributação da renda. Em geral, a existência de um “*ajuste correlativo*” no exterior para evitar a dupla tributação não deve causar nenhum impacto no Brasil. Porém, há situações em que a lei estrangeira ainda exige um “*ajuste secundário*”, a ser realizado na própria escrituração contábil, para refletir o lucro efetivamente apurado pela sociedade no exterior (v.g. reconhecimento de despesa contábil em valor equivalente ao ajuste de preço de transferência realizado pelo Brasil). Neste caso, com a redução do lucro contábil auferido pela sociedade controlada no exterior, há a consequente redução do substrato econômico a ser tributado no Brasil em 31 de dezembro. Logo, na situação ora comentada, não haveria dupla tributação efetiva a ser anulada no Brasil mediante a dedução do ajuste de preços de transferência. Trata-se, assim, de situação que não foi expressamente disciplinada pelo legislador, que poderá suscitar controvérsias em casos concretos.

Outro ponto a ser destacado é que o artigo 86, parágrafo 1º, inciso IV, da Lei nº 12.973/2014 dispõe que a dedução dos ajustes de preços de transferência e de subcapitalização deve ser limitada ao imposto devido no Brasil em razão dos mencionados ajustes. A redação do texto legal é um pouco confusa, pois não fica claro se o texto legal pretende proporcionalizar a exclusão do ajuste fiscal, em função de outros resultados auferidos no exterior, como ocorre com a com-

269 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 123.

pensação de prejuízos de outras entidades no regime de tributação consolidada dos resultados do exterior²⁷⁰.

No entanto, o artigo 23, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, ao regulamentar o assunto, dispôs que “a dedução de que trata este artigo está limitada à base de cálculo do imposto devido no Brasil em razão dos ajustes de preços de transferência e subcapitalização previstos no caput, não podendo gerar prejuízo fiscal”. Assim, na interpretação oficial da Administração Tributária, o objetivo da regra é garantir que a dedução seja realizada apenas até o limite dos ajustes fiscais de preços de transferência e de subcapitalização, anulando seus efeitos para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, mas sem chegar ao ponto de gerar prejuízo fiscal.

Com isso, após as alterações promovidas pela Instrução Normativa RFB nº 1.674/2016, os limites previstos no artigo 23, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 são apenas os seguintes:

- os ajustes de preços de transferência e de subcapitalização devem decorrer de operações efetuadas com a respectiva controlada, direta ou indireta, da qual o lucro seja proveniente;
- a dedução deve ser proporcional à participação da pessoa jurídica no Brasil na controlada no exterior;
- a dedução deve estar limitada ao valor do lucro auferido pela controlada no exterior; e
- a dedução deve estar limitada à base de cálculo do imposto devido no Brasil em razão dos ajustes de preços de transferência e subcapitalização, não podendo gerar prejuízo fiscal.

270 Essa interpretação foi sugerida por Sergio André Rocha em sua obra sobre o tema: “(...) a dedução dos ajustes de preços de transferência: (...) deve ser limitada ao imposto devido no Brasil em razão dos ajustes previstos no caput. Esta regra pode levar a uma proporcionalização da exclusão equivalente ao ajuste de preços de transferência. De fato, independentemente do lucro auferido pela controlada no exterior, da participação da empresa brasileira em tal controlada ou do valor do ajuste de preços de transferência, a dedução da base de cálculo do IRPJ e da CSLL não será maior do que o imposto devido no Brasil. Por exemplo, no caso de consolidação, a utilização do prejuízo apurado no exterior pode levar à perda, integral ou parcial, da dedução do ajuste de preços de transferência”. (ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei nº 12.973/14)*. São Paulo: Dialética, 2014, p. 123).

Note-se que essa alteração, conquanto favorável aos contribuintes, pode suscitar dúvida em relação a sua aderência à redação literal do artigo 86, parágrafo 1º, inciso IV, da Lei nº 12.973/2014, segundo o qual “a dedução de que trata o caput: (...) IV - deve ser limitada ao imposto devido no Brasil em razão dos ajustes previstos no caput”.

Como mencionado, a regra do artigo 86, parágrafo 1º, inciso IV, da Lei nº 12.973/2014 sempre causou certa dúvida no mercado, pois poderia levar a uma proporcionalização da dedução relativa aos ajustes de preços de transferência e de subcapitalização.

De fato, a redação literal do dispositivo legal em pauta sugere que, independentemente do lucro auferido pela controlada no exterior, da participação da sociedade brasileira na controlada ou do valor dos ajustes de preços de transferência e de subcapitalização, a dedução fiscal não poderia ser maior do que o IRPJ e a CSLL devidos no Brasil (assumindo que a expressão “imposto devido no Brasil” abrange a CSLL). Com isso, no caso de uma sociedade controlada inserida no regime de consolidação, a dedução relativa aos ajustes de preços de transferência e de subcapitalização poderia ser perdida, de forma integral ou parcial, a depender dos valores finais de IRPJ e CSLL devidos no Brasil.

Com a alteração da Instrução Normativa RFB nº 1.674/2016, fica claro que a dedução pode ser realizada até o limite dos ajustes fiscais de preços de transferência e de subcapitalização, anulando seus efeitos para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, mas sem chegar ao ponto de gerar prejuízo fiscal.

Por fim, vale mencionar que a possibilidade de dedução de valores sujeitos às regras de preços de transferência e de subcapitalização também se aplica ao resultado obtido por (i) coligadas desenquadradas, (ii) coligadas equiparadas a controladoras e (iii) filiais ou sucursais²⁷¹. Logo, as sociedades coligadas sujeitas ao regime de tributação apenas no momento da disponibilização não podem excluir os ajustes espontâneos de preços de transferência e de subcapitalização, o que representa uma restrição questionável.

O regime de tributação das coligadas apenas no momento da disponibilização dos lucros difere dos demais essencialmente no que tange ao aspecto temporal, que determina o momento de tributação dos lucros do exterior. As diferenças que existem na determinação da materialidade tributável não guardam

271 Artigo 86, parágrafo 2º, Lei nº 12.973/2014 c/c artigo 24 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

relação direta com os ajustes de preços de transferência e de subcapitalização, pois nos três regimes de tributação das sociedades coligadas pode existir a dupla tributação da renda.

A justificativa para a restrição parece estar mais relacionada à possibilidade de manipulação. Como os lucros auferidos pelas sociedades coligadas podem ser tributados apenas no momento da distribuição, seria possível distribuir dividendos do exterior para o Brasil no exato montante dos ajustes fiscais de preços de transferência e de subcapitalização, sem a incidência de IRPJ e de CSLL no Brasil. De qualquer forma, a restrição deve ser considerada indevida, por ser irrazoável e desproporcional.

1.32 Da atividade de prospecção e exploração de Petróleo e Gás

De acordo com o artigo 77, parágrafo 3º, da Lei nº 12.973/2014 e o artigo 20 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, até 31 de dezembro de 2019, a parcela do lucro auferido no exterior, por controlada (direta ou indireta) ou coligada, correspondente às atividades de afretamento por tempo ou casco nu, arrendamento mercantil operacional, aluguel, empréstimo de bens ou prestação de serviços diretamente relacionados à prospecção e à exploração de petróleo e gás, em território brasileiro, não será computada na determinação do lucro real e na base de cálculo CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil.

Cabe esclarecer que, antes da edição da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, houve dúvida a respeito do termo inicial de contagem do prazo de 5 (cinco) anos previsto no parágrafo 3º do artigo 77 da Lei nº 12.973/2014, que fazia remissão à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)²⁷², sobretudo em razão da possibilidade de antecipação da vigência das novas regras de tributação em bases universais para 1º de janeiro de 2014.

Com a edição da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, a Administração Tributária deixou claro que as isenções de IRPJ e de CSLL vigorarão apenas até 31 de dezembro de 2019, o que significa que se considerou, em caráter geral,

272 O art. 91, parágrafo 1º, da LDO (Lei nº 12.708/2012) prevê que: "Os projetos de lei aprovados ou medidas provisórias que resultem em renúncia de receita em razão de concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, financeira, creditícia ou patrimonial, ou que vinculem receitas e despesas, órgãos ou fundos, deverão conter cláusula de vigência de, no máximo, cinco anos".

que a nova lei passou a produzir efeitos a partir de 1º de janeiro de 2014, ainda que apenas para os contribuintes que exerceram a opção.

O tratamento tributário acima aplica-se somente nos casos de controlada, direta ou indireta, ou coligada no exterior de pessoa jurídica brasileira:

- (i) detentora de concessão ou autorização nos termos da Lei nº 9.478/1997, ou sob o regime de partilha de produção de que trata a Lei nº 12.351/2010, ou sob o regime de cessão onerosa previsto na Lei nº 12.276/2010; e
- (ii) contratada pela pessoa jurídica de que trata o item (i) acima.

A isenção de IRPJ e CSLL, ora mencionada, aplica-se inclusive nos casos de coligada de controlada direta ou indireta de pessoa jurídica brasileira²⁷³.

Vale destacar que a isenção em questão não afasta a obrigação da pessoa jurídica controladora no Brasil de efetuar o controle em subcontas, nem de apresentar as obrigações acessórias relacionadas ao regime brasileiro de tributação em bases universais, previstas na Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014²⁷⁴.

Por fim, cabe mencionar que a desoneração concedida pela Lei nº 12.973/2014 para tais atividades não observou estritamente as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2001), segundo a qual a renúncia de receita deve vir acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro, além de atender uma das seguintes condições: (i) demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais; ou (ii) introdução de medidas de compensação²⁷⁵.

1.33 Da dedução do imposto de renda pago no exterior

De acordo com o artigo 87 da Lei nº 12.973/2014, a pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o imposto de renda pago no exterior pela controlada direta ou indireta, incidente sobre as parcelas positivas compu-

273 Artigo 77, parágrafo 4º, da Lei nº 12.973/2014 e artigo 20, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

274 Artigo 20, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

275 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, pp. 161-162.

tadas na determinação do lucro real da sociedade controladora no Brasil, até o limite do IRPJ e da CSLL incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas.

A possibilidade de compensação do imposto pago no exterior constitui medida unilateral adotada pelo Brasil para aliviar os efeitos da dupla tributação da renda. O método de compensação adotado pelo Brasil, denominado de **método do crédito ordinário proporcional**, busca eliminar os efeitos nocivos da dupla tributação da renda à integração econômica, às atividades desenvolvidas por empresas brasileiras no exterior e ao comércio internacional de bens e serviços.

A dupla tributação internacional da renda é ocasionada pela entropia das relações entre os sistemas tributários dos países, que acarreta um concurso de pretensões impositivas²⁷⁶. Como cada país tem certa liberdade na definição de sua política fiscal, a cumulação de pretensões impositivas geralmente decorre da adoção de diferentes parâmetros para a delimitação dos respectivos poderes tributários²⁷⁷. A aplicação cumulativa das normas fiscais de diferentes países sobre a renda provoca efeitos nocivos ao desenvolvimento econômico e aos investimentos internacionais entre os Estados. A dupla tributação internacional interfere diretamente no desenvolvimento das relações econômicas e sociopolíticas entre os Estados, na medida em que dificulta a movimentação de capitais, pessoas, bens, mercadorias e serviços, além da própria transferência de tecnologia²⁷⁸. Como aponta Sergio André Rocha, a dupla tributação está na contramão do processo de globalização econômica mundial, sendo um entrave à livre movimentação de bens, serviços, capital e pessoas²⁷⁹.

Apenas para ilustrar, as principais consequências nocivas da dupla tributação podem ser assim elencadas: (i) inibição do comércio internacional; (ii) potencial violação da capacidade contributiva dos contribuintes, sobretudo na dupla tributação jurídica; (iii) desestímulo aos investimentos estrangeiros; (iv) entrave à livre movimentação de pessoas; (v) perda da transparência na relação

276 TÔRRES, Heleno. *Pluriritributação Internacional sobre as Rendas das Empresas*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 372.

277 SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. "A Relevância dos Elementos de Conexão no Planejamento Tributário Internacional". *Planejamento Fiscal. Aspectos Teóricos e Práticos*. Volume II. Coord. Pedro Anan Jr. São Paulo: Dialética, 2009, p. 311.

278 MOREIRA JUNIOR, Gilberto Castro. *Bitributação Internacional e Elementos de Conexão*. São Paulo: Aduaneiras, 2003, pp. 54-57.

279 ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3.

entre o fisco e o contribuinte, o que pode estimular o deslocamento da renda para países de baixa pressão fiscal. Como se pode notar, os resultados adversos para economia são tão severos que a maior parte dos países adota medidas unilaterais para evitar, minimizar ou neutralizar os efeitos da dupla tributação, geralmente mediante a concessão de crédito ou isenção.

Note-se, ainda, que o crédito do imposto pago no exterior, ao eliminar a dupla tributação, faz com que a pessoa jurídica sediada no Brasil sofra, apenas, o ônus do imposto mais elevado, seja o imposto cobrado no exterior, seja o imposto devido no Brasil²⁸⁰.

Para tanto, considera-se como imposto de renda pago no exterior não apenas o imposto de renda corporativo, como também o imposto de renda retido na fonte sobre o lucro distribuído para a controladora brasileira²⁸¹.

No caso de consolidação, poderá ser considerado, para efeito da dedução, o imposto de renda pago pelas pessoas jurídicas cujos resultados positivos tiverem sido consolidados²⁸². Por outro lado, na ausência de consolidação, a dedução do imposto de renda será efetuada de forma individualizada, por sociedade controlada, direta ou indireta²⁸³.

É importante mencionar que o atual artigo 87, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 passou por uma alteração durante o processo de tramitação da Medida Provisória nº 627/2013, cujo artigo 83, parágrafo 2º, estava assim redigido:

"§ 2º. No caso de consolidação, deverá ser considerado para efeito da dedução prevista no caput o imposto sobre a renda pago pelas pessoas jurídicas, cujos resultados positivos tiverem sido consolidados, na proporção entre o resultado positivo da consolidação e o somatório das parcelas positivas consolidadas".

280 Como ensina Antonio Amendola: "(...) com a adoção do método do crédito de imposto, a carga tributária dos impostos dos diferentes países envolvidos não se adiciona, mas se neutraliza, de tal maneira que o ônus tributário efetivo corresponde ao do Estado que cobrar o imposto de renda mais alto, evitando-se, assim, a dupla tributação". (AMENDOLA, Antonio. "Análise do Método do Crédito de Imposto como Medida Unilateral para Evitar a Dupla Tributação das Empresas no Brasil". *Direito Tributário Internacional Aplicado*. Volume V. Coord. Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 263).

281 Artigo 87, parágrafo 1º, da Lei nº 12.973/2014.

282 Artigo 87, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014.

283 Artigo 87, parágrafo 3º, da Lei nº 12.973/2014.

Como se pode observar, a redação original do enunciado normativo previa que o imposto de renda pago no exterior deveria ser aproveitado de forma proporcional, a partir da relação entre o resultado positivo da consolidação e o somatório das parcelas positivas consolidadas, que se sujeitaram à tributação no exterior. Como a necessidade de proporcionalização foi excluída no processo de conversão em lei da Medida Provisória, é razoável entender que o imposto de renda pago no exterior sobre os resultados positivos incluídos na consolidação pode ser integralmente compensado pela pessoa jurídica no Brasil, com a observância apenas dos limites gerais previstos na lei brasileira para o aproveitamento do imposto de renda pago no exterior (i.e. não ultrapassar o IRPJ e a CSLL devidos no Brasil sobre os resultados auferidos no exterior)²⁸⁴.

Seguindo adiante na análise do tema, cabe destacar que, na hipótese de os lucros da controlada, direta ou indireta, virem a ser tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, a dedução deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação no exterior, com a observância dos limites do método da imputação proporcional adotado pelo Brasil, calculados em relação ao ano-calendário em que os lucros foram oferecidos à tributação no Brasil²⁸⁵.

Assim, o limite de imposto de renda a ser aproveitado no Brasil deve ser calculado com base no método do crédito ordinário proporcional, levando em consideração os resultados apurados no ano-calendário em que os lucros apurados pela sociedade residente no exterior foram oferecidos à tributação no Brasil, independentemente do momento do efetivo pagamento do imposto ao Estado estrangeiro.

A pessoa jurídica no Brasil deverá comprovar o pagamento mediante apresentação do documento de arrecadação estrangeiro.

Para fins de dedução, o documento relativo ao imposto de renda pago no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto. Vale registrar que os documentos de origem estrangeira, para serem válidos perante

284 ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 2ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 208.

285 Os limites constam do artigo 30, parágrafos 8º a 11, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

as autoridades fiscais brasileiras, devem ser vertidos para o português por tradutor juramentado²⁸⁶.

Note-se, ainda, que no caso específico da Argentina, a exigência de intervenção consular em relação aos documentos que comprovam a retenção do imposto de renda é afastada pelo acordo internacional celebrado entre o Brasil e a Argentina para simplificar a legalização de documentos públicos. Segundo esse acordo, os documentos públicos expedidos no território de uma das partes (Brasil ou Argentina) serão dispensados de toda e qualquer forma de intervenção consular, para que produzam os efeitos que lhes são próprios.

Registre-se, ainda, que o Decreto nº 8.660/2016 promulgou Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, celebrada pelo Brasil em Haia, em 5 de outubro de 1961 ("Convenção de Apostila de Haia"). Essa convenção pode, eventualmente, facilitar o cumprimento dos aspectos formais exigidos para a compensação do imposto de renda pago no exterior.

Segundo o artigo 25, parágrafo 7º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, o imposto de renda pago no exterior deve ser informado no Demonstrativo de Imposto Pago no Exterior.

No caso de sociedades coligadas tributadas em 31 de dezembro de cada ano-calendário (i.e. não apenas no momento da disponibilização), o imposto de renda pago no país de domicílio da coligada poderá ser compensado com o que for devido no Brasil.

Para efeito de compensação, considera-se imposto de renda pago no país de domicílio da coligada o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem. Observe-se que, caso o imposto pago no exterior seja apurado com base em um sistema simplificado de tributação, como ocorre com o lucro presumido no Brasil, o crédito de imposto para a compensação com o IRPJ e a CSLL devidos também deve ser concedido, ainda que a

286 Sobre o tema, confira-se o acórdão nº 2201-00.522, de 3.2.2010, da 1ª Turma, da 2ª Câmara, da 2ª Seção do CARF, a respeito da validade de documentos em língua estrangeira: "DOCUMENTO - TRADUÇÃO FEITA POR TRADUTOR JURAMENTADO - ADMISSIBILIDADE COMO MEIO DE PROVA. Pelo disposto no artigo 224 do Código Civil, não se pode recusar como meio de prova o documento redigido em língua estrangeira que foi traduzido para o português, por tradutor devidamente juramentado. Ademais, se o recorrente, com o recurso, além da tradução juramentada faz juntar aos autos a prova de registro do documento no Cartório de Títulos e Documentos, desaparece o fundamento pelo qual se negou provimento à impugnação feita pelo sujeito passivo".

exação não incida sobre o lucro líquido propriamente dito, como ocorre, por exemplo, no caso de um imposto incidente sobre uma margem de lucro preestabelecida a partir da receita bruta da pessoa jurídica²⁸⁷.

O tributo pago no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros que tiverem sido computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Além disso, o crédito de imposto reconhecido pela lei brasileira está limitado ao montante do IRPJ e da CSLL devidos pela pessoa jurídica no País sobre os lucros auferidos no exterior.

Isso significa que o Brasil não adota o método do crédito integral, no qual a pessoa jurídica pode aproveitar integralmente o imposto pago no exterior, ainda que o seu valor supere o imposto devido no País sobre o mesmo rendimento. Ao contrário, o Brasil optou pela utilização do método do crédito ordinário proporcional, no qual o imposto pago no exterior é passível de compensação contra o IRPJ e a CSLL devidos no Brasil sobre o resultado auferido no exterior, sendo que, se o imposto recolhido for superior ao devido no País, após a realização do cálculo proporcional, a diferença não será passível de aproveitamento, pois a neutralidade na exportação de capitais adotada pelo Brasil é limitada.

A limitação estabelecida pela lei brasileira tem o objetivo de evitar que os valores de IRPJ e de CSLL devidos sobre os resultados auferidos no Brasil sejam reduzidos em razão de tributos recolhidos a Estados estrangeiros. Em consequência, a concessão de crédito em relação ao imposto cobrado no exterior não pode ultrapassar os valores de IRPJ e de CSLL incidentes no Brasil sobre os lucros auferidos no exterior e tampouco implicar a restituição dos valores eventualmente cobrados pelo governo estrangeiro, em montante superior ao IRPJ e à CSLL devidos no Brasil sobre os resultados auferidos no exterior.

As diretrizes de política fiscal que orientam o método do crédito proporcional utilizado pelo Brasil estão baseadas nos seguintes alicerces: (i) não restituir imposto pago a Estado estrangeiro; (ii) não reduzir o IRPJ e a CSLL devidos no Brasil sobre os resultados auferidos no país; (iii) evitar que Estados estrangeiros tenham estímulos para aumentar suas alíquotas; (iv) manter o equilíbrio entre neutralidade de investimentos entre Estados estrangeiros e o estímulo a investimentos domésticos.

287 AMENDOLA, Antonio. "Análise do Método do Crédito de Imposto como Medida Unilateral para Evitar a Dupla Tributação das Empresas no Brasil". *Direito Tributário Internacional Aplicado*. Volume V. Coord. Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 273.

Para efeito de compensação, o tributo será considerado pelo valor efetivamente pago, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributo decorrente de qualquer benefício fiscal²⁸⁸.

Por fim, cabe alertar que eventual excesso de imposto pago no exterior não pode ser deduzido como despesa, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

De fato, a Superintendência Regional da Receita Federal (SRRF) da 10ª Região Fiscal, na Solução de Consulta nº 138, de 23.8.2005, considerou que a dedução do imposto pago no exterior como despesa constitui uma violação das regras que estabelecem os limites para o aproveitamento do imposto de renda pago no exterior. Confira-se a ementa da decisão:

"IMPOSTO DE RENDA PAGO NO EXTERIOR. VALOR EXCEDENTE AO LIMITE COMPENSÁVEL NO BRASIL. DEDUTIBILIDADE. O saldo do imposto de renda pago no exterior, que exceder o valor compensável com o Imposto de Renda e a CSLL devidos no Brasil sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, não é dedutível na determinação do lucro real".

Excepcionalmente, no caso de imposto pago no exterior que não seja passível de aproveitamento no Brasil, seria necessário analisar, diante do caso concreto, a possibilidade de sua caracterização como uma despesa ou perda dedutível, sob pena de distorção do conceito de renda. Porém, essas hipóteses são excepcionais e, por isso, devem ser objeto de análise casuística, a partir dos fatos e das circunstâncias de cada contribuinte.

1.34 Da dedução do imposto de renda retido pelo Estado estrangeiro na distribuição de dividendos por sociedades controladas

Como visto acima, o artigo 87 da Lei nº 12.973/2014 prevê que a pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o imposto de renda pago no exterior pela controlada direta ou indireta, incidente sobre as parcelas

288 Artigo 25, parágrafo 4º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

positivas computadas na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora no Brasil, até o limite do IRPJ e da CSLL incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas. A possibilidade de compensação em questão alcança não apenas o imposto de renda corporativo, mas também o imposto de renda retido na fonte sobre o lucro distribuído para a controladora brasileira²⁸⁹.

O aproveitamento de crédito em relação ao imposto da renda retido na fonte sobre o lucro distribuído causa um descompasso temporal entre o momento da tributação dos lucros do exterior, em 31 de dezembro de cada ano-calendário, e o momento da retenção e recolhimento do imposto de renda na fonte cobrado pelo Estado estrangeiro, que ocorre apenas por ocasião da efetiva distribuição dos dividendos.

Nesta situação, embora a Lei nº 12.973/2014 e a Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 não disciplinem pormenorizadamente o procedimento a ser observado pela pessoa jurídica controladora no Brasil, entende-se que o cálculo do limite de crédito a ser aproveitado no País, com base no método do crédito proporcional, deve levar em consideração os resultados do ano-calendário em que os lucros foram apurados e oferecidos à tributação no Brasil, independentemente do momento da distribuição dos dividendos.

Como exemplo, no caso de lucro apurado no ano-calendário de 2015, mas que apenas foi efetivamente distribuído em 2017, o cálculo do limite de crédito deve levar em consideração os resultados de 2015, ocasião em que os lucros que ensejaram o pagamento dos dividendos distribuídos foram efetivamente oferecidos à tributação no Brasil.

Note-se que esse descasamento temporal entre o cálculo do limite de crédito e o momento do aproveitamento do imposto de renda retido na fonte sobre o lucro distribuído decorre da própria sistemática de tributação de lucros auferidos no exterior, segundo a qual:

- (i) a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros obtidos por controladas estrangeiras deve ser tributada antes de qualquer ato de disponibilização;
- (ii) o crédito do imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído pode ser compensado contra o IRPJ e a CSLL devidos, ainda que o pagamento

²⁸⁹ Artigo 87, parágrafo 1º, da Lei nº 12.973/2014.

ocorra posteriormente ao oferecimento à tributação dos lucros correspondentes no Brasil; e

- (iii) o montante do imposto a ser aproveitado no Brasil deve ser limitado ao IRPJ e a CSLL devidos no Brasil sobre os resultados do exterior, com base no método do crédito proporcional.

De todo modo, esse descasamento temporal não deve causar espécie. Na verdade, é até possível traçar um paralelo com a tributação das aplicações financeiras de renda fixa e o aproveitamento do respectivo imposto de renda incidente na fonte.

Nos investimentos em títulos de renda fixa, também se verifica um descompasso temporal entre o momento da contabilização e do oferecimento à tributação dos rendimentos pelo IRPJ e pela CSLL, que ocorrem segundo o regime de competência, e o momento da retenção e do aproveitamento do imposto de renda na fonte, que somente ocorrem após o resgate ou a liquidação do investimento. No caso das aplicações financeiras, não há necessidade de realização de cálculos para proporcionalizar o crédito de IRRF, como ocorre na Lei nº 12.973/2014, mas o aproveitamento do IRRF incidente no resgate ou liquidação das aplicações financeiras pressupõe o oferecimento dos rendimentos à tributação com base no regime de competência, o que, na maior parte das vezes, ocorre em período anterior àquele em que se verifica o efetivo resgate ou liquidação do investimento.

Assim, em ambas as situações, o lucro ou rendimento pode vir a ser oferecido à tributação em determinado período de apuração e o respectivo crédito de imposto de renda somente vir a ser aproveitado em período de apuração posterior.

Apesar de o limite de crédito ser calculado com base nos resultados de períodos anteriores, isso não quer dizer que o aproveitamento do imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído deve ser feito em relação aos tributos devidos no Brasil naqueles anos. Em outras palavras, o procedimento em questão, embora leve em conta os resultados de períodos anteriores, não implica a necessidade de retificação das declarações fiscais dos períodos precedentes, para fins de aproveitamento do imposto de renda retido no exterior.

Logo, o método do crédito proporcional deve considerar os resultados do ano-calendário em que os lucros foram apurados, mas o aproveitamento do imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído deverá ocorrer no momento do

pagamento dos dividendos, sem alterar a apuração dos tributos devidos nos períodos anteriores.

Por fim, registre-se que essa interpretação foi adotada pelo legislador no artigo 88, parágrafo único, da Lei nº 12.973/2014, ao tratar do crédito de imposto de renda na fonte incidente sobre os lucros distribuídos por sociedades coligadas tributadas apenas no momento da efetiva disponibilização²⁹⁰. Apesar da inexistência de disposição legal semelhante para as controladas no exterior, o mesmo procedimento deve ser aplicado neste caso.

1.35 Da dedução do imposto de renda retido sobre rendimentos recebidos

Segundo o artigo 89 da Lei nº 12.973/2014, a matriz e a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, poderão considerar como imposto pago, para fins de dedução, o imposto de renda retido na fonte ("IRRF") no Brasil e no exterior, na proporção de sua participação, decorrente de rendimentos recebidos pela filial, sucursal ou controlada domiciliada no exterior²⁹¹.

Essa regra é necessária porque o IRRF é uma antecipação do imposto de renda corporativo devido pela sociedade residente no exterior, que será compensado com o imposto de renda a ser efetivamente pago na jurisdição estrangeira, o que, por consequência, poderia reduzir o crédito passível de aproveitamento.

Um exemplo pode ajudar a entender o objetivo do dispositivo legal. Suponha-se que uma sociedade controlada, ao receber determinado rendimento do exterior, sofreu uma retenção de IRRF no valor de \$ 50. Ao computar o rendimento na base de cálculo do imposto de renda corporativo local, a controlada apurou imposto de renda a pagar de \$ 200. Como o IRRF é uma antecipação

290 Confira-se: "Art. 88. A pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil poderá deduzir do imposto sobre a renda ou da CSLL devidos o imposto sobre a renda retido na fonte no exterior incidente sobre os dividendos que tenham sido computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que sua coligada no exterior se enquadre nas condições previstas no art. 81, observados os limites previstos nos §§ 4º e 8º do art. 87.

Parágrafo único. Na hipótese de a retenção do imposto sobre a renda no exterior vir a ocorrer em momento posterior àquele em que tiverem sido considerados no resultado da coligada domiciliada no Brasil, a dedução de que trata este artigo somente poderá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a retenção, e deverá respeitar os limites previstos no caput".

291 Artigo 89 da Lei nº 12.973/2014.

do imposto de renda corporativo devido na jurisdição, a controlada efetua a compensação do IRRF de \$ 50 e recolhe apenas a diferença de \$ 150.

Nesse contexto, como o crédito admitido no Brasil diz respeito ao imposto pago no exterior (i.e. \$ 150), e não ao imposto devido (i.e. \$ 200), o artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 admite o aproveitamento do IRRF de \$50, justamente para evitar que o procedimento de aproveitamento do crédito de imposto pago no exterior acarrete eventual dupla tributação. Logo, o artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 é uma regra que vem impedir que o caráter de antecipação do IRRF provoque a redução do crédito de imposto passível de aproveitamento no Brasil, o que geraria a dupla tributação da renda e prejudicaria ainda mais a competitividade das empresas brasileiras que realizam incursões no exterior.

A todo rigor, a autorização para a dedução do IRRF devido a título de antecipação já podia ser extraída do artigo 26 da Lei nº 9.249/1995, que contempla a regra geral a respeito do aproveitamento de crédito relativo ao imposto de renda pago no exterior, sem fazer qualquer ressalva em relação ao mecanismo de arrecadação (imposto de renda retido na fonte ou imposto de renda corporativo). Seja como for, no contexto das novas regras de tributação em bases universais, o artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 vem reforçar o direito à dedução do imposto pago no exterior, incluindo o IRRF.

De acordo com o artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014, para o imposto de renda retido na fonte no exterior, o valor a ser considerado está limitado ao montante que o país de domicílio do beneficiário do rendimento permite que seja aproveitado na apuração do imposto devido pela sociedade no exterior.

Essa regra tem o objetivo de evitar o duplo aproveitamento do crédito de IRRF. Retornando ao exemplo acima, imagine-se que a controlada sofreu uma retenção de IRRF no valor de \$ 50 sobre um rendimento proveniente no exterior, mas que o imposto de renda local incidente sobre esse rendimento do exterior totaliza apenas \$ 20. Assim, o IRRF no valor de \$ 50 será suficiente para compensar integralmente o imposto de renda local de \$ 20, sobrando um saldo de \$ 30. A diferença de \$ 30 poderá ser perdida, restituída ou carregada para períodos futuros, de acordo com as regras locais do país da controlada.

Nesta hipótese, o parágrafo 2º do artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 dispõe que o aproveitamento do IRRF será limitado ao valor \$ 20, para evitar que a diferença residual de \$ 30 seja aproveitada duas vezes, tanto no Brasil, quanto no exterior.

De fato, caso o Brasil admitisse a compensação integral do IRRF pago, a diferença de \$ 30 poderia ser compensada no Brasil e, ao mesmo tempo, ser

objeto de um pedido de restituição ou de uma compensação futura no país de domicílio da controlada. Além disso, mesmo que o país de domicílio da controlada proibisse o aproveitamento da diferença de \$ 30, esse crédito de IRRF poderia ser baixado como perda no exterior, o que também reduziria o lucro a ser tributado no Brasil. Assim, em qualquer das hipóteses acima (i.e. restituição, carregamento para utilização futura ou baixa como perda), seria justificável, a princípio, a incidência do parágrafo 2º do artigo 89 da Lei nº 12.973/2014.

No cenário atual, a maioria dos países contém regras para evitar o aproveitamento do excesso de crédito de IRRF (no valor de \$ 30 no exemplo acima), por meio de mecanismo de vedação ao chamado “double dip”. Ademais, cabe destacar que em situações como essa, a dupla tributação que pode ocorrer será gerada pelo país de domicílio da controlada, que limita o direito ao aproveitamento do IRRF, e não pelo Brasil. Por essa razão, o parágrafo 2º do artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 limita o aproveitamento do IRRF ao valor admitido pelo país da controlada, evitando, assim, a dupla dedução do crédito de IRRF.

O artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 também gerou discussões a respeito de uma possível revogação tácita do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que versa sobre crédito indireto de IRRF não compensado no exterior, em razão de a beneficiária do rendimento estar em jurisdição com tributação favorecida. Confira-se a redação do texto legal:

“Art. 9º. O imposto retido na fonte sobre rendimentos pagos ou creditados à filial, sucursal, controlada ou coligada de pessoa jurídica domiciliada no Brasil, não compensado em virtude de a beneficiária ser domiciliada em país enquadrado nas disposições do art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996, poderá ser compensado com o imposto devido sobre o lucro real da matriz, controladora ou coligada no Brasil quando os resultados da filial, sucursal, controlada ou coligada, que contenham os referidos rendimentos, forem computados na determinação do lucro real da pessoa jurídica no Brasil”.

A dúvida a respeito da possível revogação do preceito normativo acima surgiu porque o artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 limita o crédito de IRRF, incidente sobre rendimentos recebidos por filial, sucursal ou controlada domiciliada no exterior, ao montante que o país de domicílio do beneficiário permite que seja aproveitado, ao passo que o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não estabelece, como limite para o aproveitamento do crédito

de IRRF, o valor passível de compensação no Estado estrangeiro, justamente porque assume, em sua hipótese normativa, que a filial, sucursal, controlada ou coligada está domiciliada em jurisdição com tributação favorecida.

Assim, caso se admita que o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 permanece em vigor, o crédito de IRRF passível de aproveitamento segundo as suas disposições poderá ser maior do que o crédito de IRRF permitido pelo artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014, o que pode representar um contrassenso sob o ponto de vista de política fiscal, tendo em vista que o rendimento obtido por filial, sucursal ou controlada domiciliada em jurisdição com tributação favorecida estará sujeito a um tratamento tributário mais benéfico do que aquele aplicável aos rendimentos auferidos pelas mesmas entidades, caso elas estejam localizadas em países de alta pressão fiscal.

De início, é importante frisar que a Lei nº 12.973/2014 não revogou expressamente o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001. O artigo 9º da Lei Complementar nº 95/1998, que versa sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, prevê que “a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas”²⁹². Desde a entrada em vigor da citada lei, entende-se que a revogação de qualquer dispositivo legal deve ser expressa.

Mas ainda que se admitisse a possibilidade de revogação tácita, é certo que o seu reconhecimento somente seria possível caso se constatasse que: (i) a Lei nº 12.973/2014 disciplinou inteiramente da matéria, revogando tacitamente o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001; ou (ii) há incompatibilidade absoluta entre o artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 e o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Isso porque, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), “a lei posterior revoga a anterior

²⁹² A respeito da importância da Lei Complementar nº 95/1998, pede-se vênia para transcrever o seguinte excerto de voto proferido pela Ministra Cármen Lúcia na ADIN nº 4.876-DF, de 26.3.2014: “A Lei Complementar nº 95, que é tão pouco lida no Brasil, e que é a lei que afirma e afirmou como se devem fazer as leis, para que a gente superasse formas de elaboração legislativa que querem se fazer desentender, ao invés de se fazer entender (...). Eu faço menção a essa norma, porque essa lei complementar veio logo após a Constituição, em 93, porque tínhamos uma técnica infeliz de fazer leis no Brasil, especialmente na área da Administração Pública”. Na Solução de Consulta COSIT nº 181/2014, a Administração Tributária utilizou a Lei Complementar nº 95/1998 para afirmar que as disposições de um parágrafo devem ser analisadas em consonância com o disposto no caput, destacando, ainda, a sua importância para que os textos legais sejam redigidos com clareza, precisão e ordem lógica.

quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Ora, como visto acima, não houve revogação expressa do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, de modo que as únicas alternativas remanescentes seriam o disciplinamento integral da matéria ou a sua incompatibilidade com o artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014.

A chamada "revogação tácita global" ocorre quando a nova lei disciplina integralmente certa matéria, mesmo que repetindo certos preceitos da lei anterior, sem a necessidade de incompatibilidade²⁹³. Entretanto, há de se convir que a Lei nº 12.973/2014 não disciplinou integralmente a matéria, tal como ocorre, por exemplo, na hipótese de edição de um novo código civil, que substitui integralmente o anterior.

De fato, a Lei nº 12.973/2014 não disciplinou integralmente o aproveitamento de crédito de imposto de renda pago no exterior. Ao contrário, a disciplina geral relativa ao assunto está prevista no artigo 26 da Lei nº 9.249/1995, que trata da compensação do imposto de renda pago no exterior sobre lucros, rendimentos ou ganhos de capital, até o limite do imposto incidente no Brasil sobre os referidos resultados²⁹⁴. Esse dispositivo legal, que permanece em vigor, foi inserido no ordenamento jurídico pátrio quando o Brasil passou a adotar o regime de tributação em bases universais para as pessoas jurídicas, assumindo, nesse contexto, o papel de regra geral de alívio à dupla tributação da renda.

Diante disso, percebe-se que a Lei nº 12.973/2014 não disciplinou integralmente a matéria ora examinada, o que afasta a hipótese de "revogação tácita global" do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

A seu turno, a chamada "revogação tácita por incompatibilidade" ocorre no caso de antagonismo absoluto entre a matéria regulada pela nova lei e as

293 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 200-201.

294 Veja-se: "Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital".

disposições legais anteriores²⁹⁵, que impossibilite a coexistência harmônica das duas regras²⁹⁶.

Entretanto, não há incompatibilidade entre o artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 e o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

O artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 trata do crédito indireto de IRRF não compensado no exterior, em razão de a beneficiária do rendimento estar em jurisdição com tributação favorecida. O dispositivo legal exige que os resultados da entidade estrangeira, que contenham os rendimentos que sofreram retenção, sejam computados no lucro real da pessoa jurídica brasileira, sendo que o limite para o aproveitamento do crédito fiscal será o imposto de renda incidente no Brasil sobre os respectivos resultados.

Diversamente, o artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014 não limita o seu âmbito de aplicação às beneficiárias localizadas em jurisdição com tributação favorecida. O "caput" do artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 faz remissão ao artigo 87 da mesma lei, o que mostra que a regra tem caráter geral, ao contrário do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001. Além disso, o parágrafo 2º do artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 prevê que o crédito de IRRF está limitado ao valor que o Estado estrangeiro permite que seja aproveitado no exterior, o que confirma que o seu escopo normativo não é direcionado especificamente para as jurisdições com tributação favorecida.

Além disso, o artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 trata o IRRF como "imposto pago", e não como crédito de imposto de renda retido na fonte, como se pode verificar do seguinte trecho: "A matriz e a pessoa jurídica controladora (...) poderão considerar como imposto pago (...) o imposto sobre a renda retido na fonte". Ou seja, o texto legal trata da hipótese em que o IRRF foi compensado no país da filial, sucursal ou controlada, reduzindo, por consequência, o valor do imposto pago

295 Nas palavras de Silvio Rodrigues: "A lei posterior revoga a anterior (...) quando discipline inteiramente a matéria por aquela tratada. (...). Entretanto, se não há colidência entre os dois textos, porque a lei nova apenas estabelece disposições a par das já existentes e com ela compatíveis, a primeira continua a subsistir". (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Parte Geral*. Volume I. 32ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19).

296 Segundo Caio Mário da Silva Pereira: "O princípio *cardinal* em torno da revogação tácita é o da incompatibilidade. (...) Esta incompatibilidade pode ser o resultado da normativa geral instituída em face do que antes existia: quando a lei nova passa a regular inteiramente a matéria versada na lei anterior, todas as disposições desta deixam de existir, vindo a lei revogadora substituir inteiramente a antiga". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil / Teoria Geral de Direito Civil*. Volume I. 26ª Edição. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 106).

no exterior, que seria passível de compensação no Brasil. Assim, o artigo 89 da Lei nº 12.973/2014 veio admitir a soma do IRRF com o valor residual de imposto de renda pago no exterior, o que reforça a afirmação de que o seu âmbito de aplicação não se confunde com o do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no qual o crédito passível de aproveitamento abrange o próprio IRRF.

Por fim, a diferença entre os âmbitos de aplicação de cada dispositivo legal é reforçada pela análise do país que deu origem a dupla tributação da renda.

No caso do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, a ausência de compensação do IRRF no Estado estrangeiro é pressuposto para a sua compensação com o imposto de renda devido no Brasil, pois o seu enunciado normativo prevê que "**o imposto retido na fonte (...) não compensado em virtude de a beneficiária ser domiciliada em**" jurisdição com tributação favorecida: "*podem ser compensado com o imposto devido sobre o lucro real da matriz, controladora ou coligada no Brasil*".

Assim, caso não reconhecesse o crédito do IRRF, seria o Brasil que estaria dando ensejo à dupla tributação da renda no âmbito internacional. Note-se que a dupla tributação não foi gerada pela jurisdição com tributação favorecida, pois não houve tributação no exterior (é pressuposto para aplicação do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 a falta de compensação do IRRF no exterior).

Por outro lado, na hipótese do artigo 89, parágrafo 2º, da Lei nº 12.973/2014, foi o Estado estrangeiro o país que limitou o crédito do IRRF. Ou seja, o IRRF foi aproveitado até o limite do imposto de renda corporativo devido no Estado de residência da sociedade controlada no exterior. Assim, sob a perspectiva internacional, não foi o Brasil que restringiu o aproveitamento do crédito adicional de IRRF, como mecanismo de alívio à dupla tributação. Esse crédito foi inicialmente limitado pelo próprio Estado estrangeiro.

Acrescente-se, ainda, que o artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 constitui norma especial, cujo teor, mesmo antes da edição da Lei nº 12.973/2014, já convivia com normas de caráter geral que tratavam da mesma matéria.

Com tais anotações, é possível concluir que não houve revogação tácita do artigo 9º da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que permanece em vigor.

Por fim, cabe mencionar que o imposto de renda retido na fonte deve ser informado no Demonstrativo de Imposto Pago no Exterior de que trata a Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014. Além disso, para fins de dedução, o documento relativo ao imposto de renda retido no exterior deverá ser reconhecido

pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.

1.36 Da dedução do imposto de renda retido pelo Estado estrangeiro na distribuição de dividendos pelas sociedades coligadas tributadas pelo regime caixa

A pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil poderá deduzir do IRPJ e da CSLL devidos o imposto de renda retido na fonte incidente sobre os dividendos que tenham sido computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que a coligada no exterior se enquadre nas condições para a tributação apenas no momento da efetiva disponibilização²⁹⁷.

Na hipótese de a retenção do imposto de renda no exterior vier a ocorrer em momento posterior àquele em que o rendimento tiver sido considerado no resultado da pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil, a dedução ora examinada somente poderá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a retenção, com a observância dos limites previstos na Lei nº 12.973/2014²⁹⁸.

A pessoa jurídica no Brasil deverá comprovar o pagamento mediante apresentação do documento de arrecadação estrangeiro.

1.37 Da compensação do imposto de renda incidente no exterior antes no seu efetivo pagamento

O artigo 14, parágrafos 13 e 14, da Instrução Normativa SRF nº 213/2002, mesmo sem base legal expressa, prevê a possibilidade de compensação de imposto de renda incidente no exterior antes de seu efetivo pagamento, desde que o contribuinte coloque à disposição das autoridades fiscais os respectivos

²⁹⁷ Artigo 88 da Lei nº 12.973/2014.

²⁹⁸ Artigo 88, parágrafo único, da Lei nº 12.973/2014.

comprovantes de pagamento a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da compensação²⁹⁹.

A permissão prevista na Instrução Normativa SRF nº 213/2002 tem o objetivo de permitir que o imposto de renda pago no exterior seja compensado com o IRPJ e a CSLL incidentes no Brasil sobre os mesmos lucros apurados no exterior. Com isso, evita-se o descasamento temporal entre o lucro do exterior a ser tributado e a compensação do crédito correspondente ao imposto de renda pago no exterior.

Na época, o enunciado normativo em questão trazia certa dificuldade prática, pois o artigo 14, parágrafo 2º, da própria Instrução Normativa SRF nº 213/2002 previa que o imposto pago no exterior deveria ser convertido para Reais com base na taxa de câmbio vigente na data do seu efetivo pagamento. Assim, no caso de compensação a ser efetuada antes do pagamento, havia certa dúvida a respeito da taxa de câmbio a ser utilizada. De todo modo, não há necessidade de retomar essa discussão no presente momento, pois as regras de conversão do imposto pago no exterior sofreram alterações supervenientes, como comentado em tópicos anteriores (essas regras serão retomadas adiante).

A despeito das recentes alterações legislativas, essas disposições da Instrução Normativa SRF nº 213/2002 permanecem em vigor. Assim, é importante examinar a sua compatibilidade com o novo regime de tributação dos lucros do exterior, introduzido pela Lei nº 12.973/2014 e regulamentado pela Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

Neste contexto, o artigo 87, parágrafo 7º, da Lei nº 12.973/2014 dispõe que, caso o lucro da sociedade controlada direta ou indireta no exterior seja tributado pelo Estado estrangeiro em momento posterior ao seu oferecimento à tributação pela pessoa jurídica no Brasil, a compensação do imposto de renda pago no exterior deverá ocorrer no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior. Confira-se a redação do texto legal:

299 Veja-se: "Parágrafo 13. A compensação dos tributos, na hipótese de cômputo de lucros, rendimentos ou ganhos de capital, auferidos no exterior, na determinação do lucro real, antes de seu pagamento no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, poderá ser efetuada, desde que os comprovantes de pagamento sejam colocados à disposição da Secretaria da Receita Federal antes de encerrado o ano-calendário correspondente.

Parágrafo 14. Em qualquer hipótese, a pessoa jurídica no Brasil deverá colocar os documentos comprobatórios do tributo compensado à disposição da Secretaria da Receita Federal, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da compensação".

"Art. 87. A pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o imposto sobre a renda pago no exterior pela controlada direta ou indireta, incidente sobre as parcelas positivas computadas na determinação do lucro real da controladora no Brasil, até o limite dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas.

§ 7º. Na hipótese de os lucros da controlada, direta ou indireta, virem a ser tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela controladora domiciliada no Brasil, a dedução de que trata este artigo deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior, e deverá respeitar os limites previstos nos §§ 4º e 8º deste artigo."

O artigo 25, parágrafo 4º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 reproduz o texto legal acima, sem trazer elementos adicionais para auxiliar na sua interpretação.

À primeira vista, o dispositivo legal acima parece contrariar o artigo 14, parágrafo 13, da Instrução Normativa SRF nº 213/2002, justamente por mencionar que, na hipótese de tributação dos lucros auferidos pela sociedade estrangeira pelo seu país de origem em momento posterior à tributação do mesmo valor pela pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, a compensação do imposto pago no exterior deverá ocorrer no ano-calendário em que ocorrer a tributação ou em ano-calendário posterior.

Porém, é possível interpretar as duas regras de forma harmônica, pois o artigo 14, parágrafo 13, da Instrução Normativa SRF nº 213/2002 permite a compensação do imposto incidente no exterior antes do seu pagamento, mas desde que o recolhimento efetivo venha a ser realizado até o encerramento do ano-calendário, pois o comprovante de arrecadação deve ser disponibilizado ao Fisco partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da compensação.

A seu turno, o artigo 87, parágrafo 7º, da Lei nº 12.973/2014, ao tratar do lucro tributado no exterior em momento posterior, parece pressupor um descasamento temporal superior, que alcance anos-calendários distintos. Assim, na redação do texto legal, o "momento posterior" pressupõe o pagamento de imposto no exterior em outro ano-calendário. É o que se depreende da parte final do enunciado normativo, segundo o qual: "a dedução de que trata este artigo deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior". Assim, o texto legal parece pressupor

uma divergência de ano-calendário, ao contrário do que ocorre na Instrução Normativa SRF nº 213/2002.

Logo, como o artigo 14, parágrafos 13, da Instrução Normativa SRF nº 213/2002 permanece em vigor e o artigo 87, parágrafo 7º, da Lei nº 12.973/2014 não revoga as suas disposições, é razoável entender que o imposto de renda incidente no exterior pode ser compensado antes do seu efetivo pagamento, desde que o recolhimento efetivo ocorra no mesmo ano-calendário e o contribuinte coloque à disposição das autoridades fiscais os respectivos comprovantes de arrecadação a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da compensação.

Com relação à taxa de câmbio, o artigo 87, parágrafo 5º, da Lei nº 12.973/2014 prevê que o imposto pago no exterior a ser compensado será convertido para Reais com base na taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda pelo Banco Central do Brasil correspondente à data: (i) da disponibilização, na hipótese de imposto de renda retido na fonte sobre o lucro distribuído; e (ii) do balanço apurado, nos demais casos.

Portanto, na vigência da Lei nº 12.973/2014, os lucros do exterior e o imposto de renda pago no Estado estrangeiro passaram a ser convertidos para Reais com base na mesma taxa de câmbio, evitando a disparidade de critérios que existia no regime anterior (conversão dos lucros com base na taxa de câmbio em vigor na data do encerramento do período de apuração relativo às demonstrações financeiras e conversão do imposto de renda pela taxa de câmbio vigente na data do pagamento). Dessa forma, a discussão que existia anteriormente pode ser considerada superada na sistemática de tributação dos lucros do exterior introduzida pela Lei nº 12.973/2014.

Por fim, observe-se que o artigo 14, parágrafo 2º, da Instrução Normativa SRF nº 213/2002, que prevê a conversão do imposto de renda pago no exterior para Reais com base na taxa de câmbio vigente na data do efetivo pagamento, não foi revogado, tendo em vista que essa regra permanece aplicável ao imposto incidente no exterior sobre rendimentos e ganhos de capital, conforme prevê o artigo 26, parágrafo 3º, da Lei nº 9.249/1995. De todo modo, para fins de tributação dos lucros do exterior, os novos critérios previstos na Lei nº 12.973/2014 e na Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 devem ser aplicados.

Com base nas considerações acima, pode-se assentar que a pessoa jurídica no Brasil pode compensar imposto de renda incidente no exterior antes de seu efetivo pagamento, desde que o seu recolhimento ocorra no mesmo ano-calendário

ário e que coloque os respectivos comprovantes de arrecadação à disposição das autoridades fiscais a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente.

1.38 O crédito presumido de CSLL

Em sua redação original, o artigo 87, parágrafo 10, da Lei nº 12.973/2014 estabelecia que, até o ano-calendário de 2022, a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil poderia deduzir crédito presumido de imposto no valor de 9% (nove por cento) da parcela positiva computada no lucro real e na base de cálculo da CSLL, relativa a investimentos em pessoas jurídicas no exterior que realizassem as atividades de fabricação de bebidas, de fabricação de produtos alimentícios e de construção de edifícios e de obras de infraestrutura.

O artigo 28 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, ao regulamentar a Lei nº 12.973/2014, levou em consideração a Portaria MF nº 427/2014, que estendeu o crédito presumido para as atividades de extração de minérios e exploração, sob concessão, de bem público localizado no país de domicílio da controlada.

Essa ampliação do rol de atividades por ato do Poder Executivo estava autorizada pelo artigo 87, parágrafo 11, da Lei nº 12.973/2014, segundo o qual o Poder Executivo poderá, desde que não resulte em prejuízo aos investimentos no País, ampliar o rol de atividades beneficiadas com o crédito presumido de CSLL ora analisado.

Finalmente, a Lei nº 13.043/2014, alterando o artigo 87, parágrafo 10, da Lei nº 12.973/2014 estendeu o crédito presumido de CSLL para as “*demais indústrias em geral*”, o que reduz as discussões em torno das justificativas para a violação dos princípios da generalidade, da universalidade e da igualdade na concessão do crédito presumido ora examinado, que beneficiava apenas setores específicos da economia.

A expressão “*demais indústrias em geral*” pode suscitar dúvidas a respeito do seu alcance e extensão, para fins de aproveitamento do crédito presumido de 9%.

Assim, para compreender o seu alcance, é importante recorrer à Lei Complementar nº 95/1998, que versa sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação de leis em geral, fornecendo ao exegeta um importante instrumento para a interpretação dos textos legais.

De acordo com artigo 11, inciso I, letra “a”, da referida lei complementar, a clareza da norma jurídica deve ser obtida mediante o uso de palavras e de

expressões em seu sentido comum, exceto quando versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em se esteja legislando. Confira-se:

“Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) *usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando*”.

O vocábulo “*indústria*” é uma palavra de uso comum, utilizada pelos cidadãos em situações corriqueiras, e, ao mesmo tempo, um termo técnico específico da legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados (“IPI”).

Em sentido comum, o termo “*indústria*” designa a “*atividade de produção de mercadorias, especialmente de forma mecanizada e em grande escala, abrangendo a extração de produtos naturais (indústria extrativa) e sua transformação (indústria de transformação)*”³⁰⁰. Essa definição geral alcança diversos ramos da atividade industrial, como a indústria de base, a indústria de transformação, a indústria extrativa, a indústria de bens de consumo, a indústria pesada, entre outros.

Em sentido técnico jurídico, o termo *indústria* remete ao segmento fabril, que conduz o processo de transformação de matéria prima em produtos finais ou semiacabados.

De fato, o artigo 4º do Decreto nº 7.212/2010, que institui o Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (“RIPI”), caracteriza como industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como:

- (i) a operação que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);
- (ii) a operação que modifique, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, altere o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

300 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio – Dicionário da Língua Portuguesa. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1104.

- (iii) a operação que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);
- (iv) a operação que altere a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou
- (v) a operação que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Assim, é possível inferir que, nas duas acepções possíveis (comum e técnica), a expressão “*demais indústrias em geral*” restringe o âmbito de aplicação do crédito presumido de 9% às pessoas jurídicas que exerçam atividade industrial, em seus diversos segmentos, mas sem alcançar as atividades de comércio e prestação de serviços.

De todo modo, observado esse núcleo semântico, a expressão “*indústrias em geral*” deve ser interpretada de forma ampla, para alcançar qualquer atividade produtiva realizada no exterior que apresente os requisitos necessários à sua caracterização como industrial, sob pena de violação injustificada ao princípio da generalidade.

O artigo 153, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal prevê que o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei. Veja-se:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

III - renda e proventos de qualquer natureza;

(...)

§ 2º. O imposto previsto no inciso III:

I - *será informado* pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, *na forma da lei*”;

O princípio da generalidade tem a função de impedir privilégios de índole pessoal, bem como a tributação baseada em critérios de discriminação não

autorizados pela Constituição Federal. Isso não significa, entretanto, que o legislador esteja absolutamente impedido de estabelecer tratamento diferenciado para contribuintes que estejam em situação específica ou para certos tipos de rendimentos. O ponto fundamental é que qualquer distinção estabelecida deve encontrar respaldo no texto constitucional.

Assim, o princípio da generalidade visa a evitar a concessão de tratamento jurídico-tributário benéfico a determinado grupo de contribuintes, por meio de redução de imposto, concessão de isenção ou outorga de subvenção ou incentivo financeiro, com base em critério de discriminação que não encontre respaldo no texto constitucional.

Note-se que os critérios de discriminação vedados pelo ordenamento jurídico não são apenas aqueles expressamente proibidos pela Carta Magna. Ao revés, o próprio princípio da igualdade impõe a vedação a qualquer forma de discriminação arbitrária, estando ou não prevista expressamente no texto constitucional. Essa interpretação conduz à conclusão de que o tratamento diferenciado somente será válido se o critério de discriminação utilizado pelo legislador puder ser justificado com base na própria Lei Maior, como instrumento necessário à consecução de outros objetivos constitucionais, por vezes relacionados à promoção da ordem econômica ou social.

A utilização da expressão “*indústrias em geral*” pelo legislador tributário, para definir o alcance do crédito presumido de CSLL, parece ter o objetivo de privilegiar atividades industriais desenvolvidas por empresas brasileiras no exterior, mediante o emprego de fatores organizados de produção para a geração de lucros. Assim, o legislador tributário, aparentemente, procurou estimular incursões no exterior por parte de pessoas jurídicas que desenvolvam atividades industriais efetivas.

Porém, a questão que pode surgir, em casos concretos, diz respeito à existência de justificativa válida para conceder o crédito presumido de 9% apenas para as pessoas jurídicas cujas sociedades investidas no exterior exerçam atividade industrial, em detrimento das sociedades que atuam em outros segmentos econômicos.

Não se nega a importância da indústria para o desenvolvimento econômico. Entretanto, há dois aspectos que chamam a atenção no crédito presumido de CSLL.

O primeiro aspecto é que, ao estimular o desenvolvimento de atividades industriais no exterior, o Governo brasileiro pode encorajar a transferência de

fábricas e parques industriais para outros países, em detrimento da economia nacional. Assim, a exploração de atividades industriais no exterior pode conduzir à criação de empregos em Estados estrangeiros, ao desenvolvimento de tecnologia de informação em outros países, à redução das exportações de produtos acabados, entre outros efeitos econômicos nocivos.

O segundo aspecto é que a exploração de outras atividades econômicas no exterior, como o comércio e a prestação de serviços, também poderia impulsionar o desenvolvimento da economia nacional, pois pessoas jurídicas que exercem atividades industriais no Brasil poderiam vender seus produtos no mercado internacional por meio de “*trading companies*” no exterior. Por igual forma, sociedades de prestação de serviços inicialmente constituídas no Brasil poderiam explorar novos mercados, contribuindo para a inovação tecnológica e para o aumento da qualidade no setor de serviços.

Dá a dificuldade de se justificar o alcance restrito do crédito presumido concedido pelo artigo 87, parágrafo 10, da Lei nº 12.973/2014, à luz dos princípios da generalidade e da igualdade, que devem orientar o legislador e o intérprete.

Sob o enfoque de política fiscal, o legislador deveria ter concedido o crédito presumido de 9% para qualquer atividade produtiva realizada no exterior, por meio de sociedades com substância econômica (i.e. sociedades que dispõem dos meios físicos, financeiros e humanos necessários para o desenvolvimento de suas atividades).

Em geral, sabe-se que atividades industriais e ativos produtivos não são transferidos para o exterior exclusivamente para a obtenção de economia tributária. Ao contrário, o desenvolvimento de atividades econômicas no exterior e a exploração de novos mercados podem ser justificados na necessidade de expansão dos negócios, o que justifica a concessão do crédito presumido de CSLL para a preservação da competitividade das empresas brasileiras que atuam no plano internacional.

Com isso, seria possível atingir o objetivo do legislador de estimular as incursões no exterior de pessoas jurídicas que atuem no desenvolvimento de atividades produtivas.

Em um cenário ideal, o legislador brasileiro deveria ter permitido a tributação de tais lucros apenas no momento da repatriação. De qualquer forma, é inegável que o crédito presumido atenua, pelo menos em parte, os efeitos nocivos da Lei nº 12.973/2014.

Seguindo adiante na análise do tema, é importante destacar que o artigo 87, parágrafo 10, da Lei nº 12.973/2014 prevê que a possibilidade de aproveitamento do crédito presumido, sobre o valor da parcela positiva do resultado da sociedade controlada no exterior, depende do cumprimento das condições estatuídas nos incisos I e IV, do artigo 91, da mesma lei. Veja-se:

“§ 10. Até o ano-calendário de 2022, a controladora no Brasil poderá deduzir até 9% (nove por cento), a título de crédito presumido sobre a renda incidente sobre a parcela positiva computada no lucro real, observados o disposto no § 2º deste artigo e as condições previstas nos incisos I e IV do art. 91 desta Lei, relativo a investimento em pessoas jurídicas no exterior que realizem as atividades de fabricação de bebidas, de fabricação de produtos alimentícios e de construção de edifícios e de obras de infraestrutura, além das demais indústrias em geral”.

As condições previstas nos incisos I e IV do artigo 91 da Lei nº 12.973/2014 tratam da sociedade controlada no exterior sujeita a regime de subtributação e da exigência de renda ativa própria igual ou superior a 80% da sua renda total, casos que afastam a possibilidade de desconto do crédito presumido de imposto, conforme a redação do parágrafo 10, do artigo 87, acima transcrito.

O dispositivo legal em questão foi objeto de regulamentação pela Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, que, em seu artigo 28, parágrafo 2º, estabeleceu que o crédito presumido não seria aplicável aos lucros oriundos de controlada no exterior que:

- (i) estivesse sujeita a regime de subtributação;
- (ii) estivesse localizada em país ou dependência com tributação favorecida ou em regime fiscal privilegiado;
- (iii) fosse controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica localizada em país ou dependência com tributação favorecida ou em regime fiscal privilegiado; e
- (iv) tivesse renda ativa própria inferior a 80% da sua renda total, conforme definido no artigo 21 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

Note-se que o artigo 87, parágrafo 10, da Lei nº 12.973/2014 não prevê a aplicação de todas as condições acima para a concessão do crédito presumido, fazendo referência apenas aos incisos I e IV do artigo 91 da mesma lei.

Assim, o artigo 28, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 estabeleceu, sem base legal, a exigência de que a controlada não estivesse localizada em país ou dependência com tributação favorecida ou em regime fiscal privilegiado, nem fosse controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica em tais condições.

Para tentar resolver a ilegalidade sem atrapalhar a sua intenção inicial, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa RFB nº 1.674/2016, para alterar a redação do artigo 28, parágrafo 2º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

Ao alterar a redação do preceito normativo acima, a Administração Tributária observou a literalidade da Lei nº 12.973/2014, prevendo que o crédito presumido não se aplica às parcelas dos lucros decorrentes dos resultados oriundos de controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior que:

- (i) esteja sujeita a regime de subtributação; e
- (ii) tenha renda ativa própria inferior a 80% da sua renda total, conforme definido no artigo 21 da Instrução Normativa RFB nº 1520/2014.

Porém, para não se distanciar de seu objetivo inicial, a Administração Tributária alterou a definição de **regime de subtributação** para ampliar a sua redação original, incluindo em seu âmbito normativo os países ou dependências com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados. Para facilitar a compreensão, confira-se a redação atual do artigo 21 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014:

“Art. 21. Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se: III - regime de subtributação - aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior à alíquota nominal inferior a 20% (vinte por cento).

§ 3º. **Estão incluídos no conceito de regime de subtributação os países ou dependências com tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 1996.**”

Apesar do esforço criativo da Administração Tributária brasileira, a alteração da Instrução Normativa não eliminou o vício de ilegalidade presente na ampliação, por ato infra legal, das hipóteses de vedação ao crédito presumido.

A rigor, o artigo 84, inciso III, da Lei nº 12.973/2014 define expressamente o regime de subtributação como aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior à **alíquota nominal** inferior a 20%. Assim, pode-se dizer que, em princípio, não poderia o Fisco, por meio de instrução normativa, alterar o alcance do texto legal.

Como visto acima, o regime de subtributação trata da **alíquota nominal**, ao passo que o conceito de jurisdição com tributação favorecida, pelo menos após a edição da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012³⁰¹, considera a **alíquota efetiva**.

Tanto é assim que o artigo 52, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.312/2012 prevê que "(...) **a alíquota efetiva de tributação**, no país de residência da pessoa física ou jurídica, será determinada comparando-se a soma do imposto pago sobre o lucro, na pessoa jurídica e na sua distribuição, com o lucro apurado em conformidade com a legislação brasileira, antes dessas incidências".

Embora as alíquotas efetivas somente sejam conhecidas no caso concreto, em tese, um país com alíquota nominal inferior 20% (subtributação) pode ter uma alíquota efetiva superior a 17% (jurisdição com tributação favorecida), que é o padrão utilizado para definir as jurisdições com tributação favorecida após a edição da Portaria MF nº 488/2014, que reduziu a alíquota exigida de 20% para 17%, sem prejuízo da observância das demais condições relativas aos padrões internacionais de transparência fiscal.

Por isso, não se pode afirmar, em caráter geral, que o conceito de subtributação alcança as jurisdições com tributação favorecida.

Passando para o conceito de regime fiscal privilegiado, o artigo 24-A da Lei nº 9.430/1996, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.727/2008, assim considera aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características:

301 O artigo 24 da Lei nº 9.430/1996 considera como país com tributação favorecida aquele que não tribute a renda ou a tribute com base em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), bem como aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. Assim, a lei não trata da questão de alíquota nominal ou efetiva.

- (i) não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20%³⁰²;
- (ii) conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: (a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;
- (iii) não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20%, os rendimentos auferidos fora de seu território;
- (iv) não permita o acesso a informações relativas à composição societária, à titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

Como se pode ver, a inclusão de determinados países na lista de regimes fiscais privilegiados pode não ter qualquer relação com as alíquotas de imposto de renda cobradas no Estado estrangeiro, de modo que não se pode afirmar, em caráter geral, que o conceito de subtributação alcance os regimes fiscais privilegiados.

Diante disso, conclui-se que a Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, mesmo após a alteração promovida pela Instrução Normativa RFB nº 1.674/2016, continua ilegal quando restringe o crédito presumido de 9% previsto no artigo 87, parágrafo 10, da Lei nº 12.973/2014.

Neste ponto, vale lembrar que, no campo do direito tributário, o princípio da legalidade tributária exige que o fato gerador do tributo e os seus elementos sejam veiculados, com clareza e exaustividade, por meio de lei em sentido estrito. Assim, a legalidade tributária requer que todos os aspectos do fato gerador da obrigação tributária sejam estabelecidos por meio de lei formal, enquanto ato normativo emanado por órgão com competência legislativa.

Note-se que a impossibilidade de a Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 ampliar as hipóteses de vedação ao uso crédito presumido não pode ser contornada com base no argumento de que o critério utilizado pela Administração Tributária é compatível com a sistemática geral da Lei nº 12.973/2014, que im-

302 A alíquota de 20% também foi reduzida para 17% pelo art. 1º da Portaria MF nº 488/2014: "Art. 1º Fica reduzido para 17% (dezessete por cento) o percentual de que trata o caput do art. 24 e os incisos I e III do parágrafo único do art. 24-A, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, para os países, dependências e regimes que estejam alinhados com os padrões internacionais de transparência fiscal, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, sem prejuízo da observância das demais condições estabelecidas pelos arts. 24 e 24-A da referida Lei".

põe um tratamento tributário mais oneroso para as operações realizadas com pessoas físicas ou jurídicas residentes em jurisdições com tributação favorecida ou sujeitas a regimes fiscais privilegiados.

De fato, o intérprete não pode, a pretexto de sanar as imperfeições do texto legal e recolocá-lo no caminho desejado, extrapolar os limites do enunciado normativo, criando uma nova norma jurídica segundo a sua própria conveniência e os seus anseios pessoais. Assim, não pode a Administração Tributária, na atividade de regulamentação da lei, criar ou atribuir significados subjetivos e arbitrários aos dispositivos legais.

Não fosse assim, ficaria ao sabor do Fisco aceitar os termos da lei, diminu-los ou alargá-los ao seu talante e ao sabor das conveniências de cada situação concreta, o que geraria uma enorme insegurança jurídica para os contribuintes.

Logo, em virtude da ilegalidade da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014, as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil podem aproveitar o crédito presumido de 9% tanto em relação aos lucros auferidos pelas sociedades localizadas em jurisdições com tributação favorecida ou em regimes fiscais privilegiados, quanto em relação aos lucros apurados pelas sociedades controladas por pessoas jurídicas em tais situações.

Para fins de apuração dos limites previstos para fins de dedução do imposto de renda pago no exterior, o valor do imposto de renda e adicional e da CSLL devidos no Brasil serão considerados após a dedução do crédito presumido ora tratado³⁰³.

Por fim, vale mencionar que o crédito presumido de CSLL em questão mitiga os efeitos econômicos nocivos da Lei nº 12.973/2014 sobre a competitividade das empresas brasileiras que atuam no exterior, atenuando o impacto da aplicação da elevada alíquota conjunta do IRPJ e da CSLL (34%) sobre os lucros auferidos no exterior. Por isso, o crédito presumido em questão deveria ser prorrogado em 2022 ou incorporado em caráter definitivo na legislação interna, observado o limite do método do crédito proporcional.

³⁰³ Artigo 28, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

1.39 Das disposições comuns às deduções do imposto pago no exterior

O artigo 30 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 traz disposições comuns, que devem ser observadas pelas pessoas jurídicas sediada no Brasil para fins de dedução do imposto de renda pago no exterior.

Para efeito de compensação, considera-se imposto de renda o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada, da unidade da federação do país de origem responsável pela sua cobrança e de o pagamento ser exigido em dinheiro ou outros bens suscetíveis de avaliação em pecúnia.

O tributo pago no exterior a ser deduzido será convertido em Reais tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda pelo Banco Central do Brasil correspondente à data: (i) da disponibilização, na hipótese de imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído; e (ii) do balanço apurado, nos demais casos³⁰⁴. Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em Dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em Reais³⁰⁵.

O tributo pago no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real³⁰⁶.

A compensação ora examinada será efetuada pela investidora no Brasil de forma individualizada por filial, sucursal, coligada ou controlada, direta ou indireta³⁰⁷.

Além disso, a compensação será efetuada com base no valor efetivamente pago pela pessoa jurídica no exterior, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributo decorrente de qualquer benefício fiscal³⁰⁸.

O valor do tributo pago no exterior não poderá exceder o montante do IRPJ e da CSLL devidos no Brasil sobre as parcelas positivas dos resultados

³⁰⁴ Artigo 30, parágrafo 3º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

³⁰⁵ Artigo 30, parágrafo 4º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

³⁰⁶ Artigo 30, parágrafo 5º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

³⁰⁷ Artigo 30, parágrafo 6º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

³⁰⁸ Artigo 30, parágrafo 7º, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

auferidos no exterior, incluídas na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Para tanto, a pessoa jurídica, no Brasil, deverá calcular o valor:

- (i) do imposto pago no exterior, correspondente aos lucros de cada filial, sucursal, controlada (direta ou indireta) ou coligada que houverem sido computados na determinação do lucro real;
- (ii) do imposto de renda e da CSLL devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros auferidos no exterior.

Efetuada os cálculos na forma mencionada acima, o tributo pago no exterior, passível de dedução, não poderá exceder o valor determinado segundo o disposto no item (i) acima, nem a diferença positiva entre os valores calculados sobre o lucro real com e sem a inclusão dos referidos lucros do exterior, conforme disposto no item (ii) acima³⁰⁹.

Observe-se que o método do crédito ordinário proporcional adotado no Brasil consagra dois níveis diferentes de proporcionalidade:

1º Nível. No primeiro nível, o valor do crédito de imposto pago no exterior deverá ser proporcional à participação societária detida pela pessoa jurídica no Brasil na sociedade investida no exterior (controlada, coligada, filial ou sucursal).

2º Nível. No segundo nível, o imposto de renda pago no exterior, passível de compensação no Brasil, deverá ser equivalente ao montante dos lucros do exterior submetidos à tributação do Brasil. Esse aspecto será especialmente relevante no caso de sociedades coligadas no exterior, cujos lucros são tributados à medida da disponibilização. Assim, em caso de distribuição parcial dos lucros apurados em determinado período-base, o valor do imposto de renda pago no exterior também deverá ser proporcionalizado.

Além dos dois níveis de proporcionalidade mencionados acima, reitera-se que o imposto devido no exterior poderá ser compensado no Brasil até o limite do IRPJ e da CSLL incidentes sobre os lucros auferidos do exterior, observada a sistemática de cálculo prevista no artigo 30, parágrafos 8º a 10, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

O cálculo do valor do tributo pago no exterior passível de dedução deve ser efetuado antes da compensação dos prejuízos fiscais acumulados pela pessoa

309 Artigo 30, parágrafo 10, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

jurídica no Brasil em anos-calendário anteriores³¹⁰. Assim, na aplicação do método do crédito proporcional, a pessoa jurídica deve considerar o IRPJ e a CSLL devidos antes e depois dos lucros auferidos no exterior, levando em consideração apenas eventuais prejuízos correntes. Os prejuízos fiscais acumulados em anos-calendário anteriores não devem ser considerados para o cálculo do limite.

Caso os lucros da filial, sucursal, coligada ou controlada (direta ou indireta) sejam tributados no exterior em momento posterior àquele em que tiverem sido tributados pela pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, a compensação do imposto de renda pago no exterior deverá ser efetuada no balanço correspondente ao ano-calendário em que ocorrer a tributação, ou em ano-calendário posterior, e deverá respeitar os limites relativos ao método do crédito proporcional³¹¹.

O saldo do tributo pago no exterior que exceder o valor passível de compensação com o IRPJ devido no Brasil poderá ser deduzido do valor da CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, das parcelas positivas dos resultados oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição³¹².

O tributo pago sobre lucros auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendário subsequentes³¹³. Para tanto, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subsequentes e controlar o seu valor na Parte B do LALUR³¹⁴.

Esse cálculo, para registro do crédito de imposto no LALUR, será efetuado mediante a multiplicação dos lucros computados no lucro real, considerados individualizadamente por filial, sucursal, coligada ou controlada, pela alíquota de 15% (quinze por cento), se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional, ou pela alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), se exceder³¹⁵.

Observe-se que a Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014 não autoriza o registro do valor correspondente à CSLL na parte B do LALUR.

310 Artigo 30, parágrafo 11, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

311 Artigo 30, parágrafo 12, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

312 Artigo 30, parágrafo 13, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

313 Artigo 30, parágrafo 14, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

314 Artigo 30, parágrafo 15, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

315 Artigo 30, parágrafo 16, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

A rigor, a restrição ao registro do valor correspondente à CSLL no LALUR é equivocada, pois (i) as regras de tributação dos resultados do exterior e de aproveitamento de créditos foram estendidas para a CSLL; (ii) os resultados do exterior devem ser adicionados à base de cálculo da CSLL, que também pode apresentar base de cálculo negativa corrente; (iii) a utilização de bases negativas de CSLL para absorção dos resultados do exterior também é forma de recomposição patrimonial, que autorizaria a manutenção do crédito relativo à CSLL, seguindo a mesma lógica utilizada para o IRPJ; (iv) a permissão para compensar o crédito registrado no LALUR com a CSLL devida indica que seria arbitrário vedar a sua consideração no momento do registro do crédito fiscal.

Em suma, no caso de apuração de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de CSLL, o resultado auferido no exterior, ao ser adicionado ao lucro real e à base de cálculo da CSLL pela pessoa jurídica brasileira, pode não gerar o pagamento de tributos no Brasil, pois os lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior serão absorvidos pelos resultados negativos aqui apurados. Por isso, na hipótese em que os prejuízos fiscais e as bases de cálculo negativas de CSLL absorverem integralmente os resultados positivos do exterior, o valor do imposto cobrado pelo Estado estrangeiro não poderá ser aqui compensado, por ausência de base tributável positiva nesse período e, consequentemente, inexistência de IRPJ e de CSLL a pagar, ocorrendo apenas uma diminuição dos saldos de prejuízos fiscais e de bases negativas de CSLL acumulados pela pessoa jurídica brasileira. Daí que, na hipótese de apuração de prejuízos fiscais e de bases de cálculo negativas de CSLL, o valor do imposto de renda pago no exterior será registrado na Parte B do LALUR para eventual compensação em períodos subsequentes.

Em cada ano-calendário, a parcela do tributo que for compensada com o imposto de renda devido no Brasil, ou com a CSLL, deverá ser baixada da respectiva folha de controle no LALUR³¹⁶. Observe-se que a legislação tributária não prevê a possibilidade de atualização monetária dos valores registrados na parte B do LALUR.

Vale ressaltar, ainda, que a lei tributária não prevê um prazo específico para a utilização do saldo de imposto pago no exterior eventualmente acumulado pelo contribuinte e registrado na parte B do LALUR. Na ausência de prazo específico na lei tributária, deve-se aplicar o prazo geral de cinco anos

316 Artigo 30, parágrafo 19, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932, pois o aproveitamento do saldo de imposto registrado na Parte B do LALUR representa, em última análise, um direito contra a Fazenda Pública.

Com relação ao termo inicial para o início do prazo de geral de cinco anos, cabe destacar que o direito subjetivo do contribuinte contra a Fazenda Pública apenas surge no momento em que a pessoa jurídica domiciliada no Brasil puder utilizar o imposto de renda pago no exterior para compensação com o IRPJ e a CSLL devidos no Brasil sobre os resultados auferidos no exterior. Dessa forma, o direito à compensação contra a Administração Tributária apenas surge no momento de coexistência dos créditos de imposto pago no exterior com os débitos de IRPJ e de CSLL devidos sobre os resultados no exterior computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, desde que não absorvidos por prejuízos fiscais e bases de cálculo negativas da CSLL³¹⁷. Antes disso, a pretensão relativa à compensação do imposto pago no exterior não pode ser exercida pelo contribuinte, o que impede a fluência do prazo previsto no Decreto nº 20.910/1932.

Por fim, ressalte-se que o artigo 99 da Lei nº 12.973/2014 passou a prever expressamente que o prazo previsto no artigo 1º, parágrafo 4º, da Lei nº 9.532/1997 não se aplica a partir da entrada em vigor do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

O artigo 1º, parágrafo 4º, da Lei nº 9.532/1997 previa que os créditos de imposto de renda pago no exterior, sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital, somente seriam compensados com o imposto de renda devido no Brasil se os respectivos valores fossem computados na base de cálculo do imposto da renda, no Brasil, até o final do segundo ano-calendário subsequente ao de sua apuração. A finalidade desse dispositivo legal era estimular a disponibilização dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, tendo em vista que, se ultrapassado o prazo de 2 anos, o contribuinte perderia o direito ao aproveitamento do crédito de imposto pago no exterior.

Com edição do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, esse dispositivo legal parece ter sido objeto de revogação tácita parcial (derrogação),

317 A existência concomitante de créditos e débitos homogêneos, líquidos e exigíveis é requisito essencial para a formalização da compensação, de tal sorte que, enquanto não for constituída a segunda relação jurídica, em que a parte credora figurará na posição de devedora, o respectivo crédito não poderá ser objeto de compensação, em razão da ausência do débito recíproco a ser extinto.

pois os lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior passaram a ser tributados automaticamente em 31 de dezembro de cada ano-calendário, de modo que não seria mais necessária a existência de regra para estimular a distribuição dos lucros. De qualquer forma, o prazo de 2 anos poderia continuar sendo aplicável aos lucros provenientes de participações societárias não-relevantes, avaliadas pelo método do custo, bem como aos rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior (pelo menos em tese).

Apesar disso, o artigo 99 da Lei nº 12.973/2014 dispôs expressamente que o prazo previsto no artigo 1º, parágrafo 4º, da Lei nº 9.532/1997 não se aplica a partir da entrada em vigor do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, motivo pelo qual esse dispositivo legal pode ser considerado revogado. Além disso, o parágrafo 1º do artigo 99 da Lei nº 12.973/2014 estabeleceu que, na hipótese de existência de lançamento de ofício efetuado sem a observância da revogação do artigo 1º, parágrafo 4º, da Lei nº 9.532/1997, fica assegurado ao contribuinte o direito ao aproveitamento do imposto pago no exterior, limitado à parcela correspondente ao lucro objeto da autuação fiscal.

1.40 Da postergação do pagamento

De acordo com o artigo 90 da Lei nº 12.973/2014, à opção da pessoa jurídica, o IRPJ e a CSLL devidos em decorrência dos resultados do exterior computados na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica domiciliada no Brasil poderão ser pagos na proporção dos lucros distribuídos nos anos subsequentes ao encerramento do período de apuração competente, observado o seguinte:

- (i) no 1º (primeiro) ano subsequente ao período de apuração, serão considerados distribuídos, no mínimo, 12,50% (doze inteiros e cinquenta centésimos por cento) do resultado apurado; e
- (ii) no 8º (oitavo) ano subsequente ao período de apuração, será considerado distribuído o saldo remanescente dos resultados, ainda não oferecidos à tributação.

Como se vê, o dispositivo legal acima permite o diferimento do IRPJ e da CSLL devidos sobre os resultados do exterior, que poderão ser pagos na pro-

porção dos lucros distribuídos. Assim, em caso de distribuição de dividendos, os valores do IRPJ e CSLL diferidos deverão ser recolhidos, na proporção dos resultados distribuídos.

Trata-se de uma medida adotada pelo legislador brasileiro para mitigar os efeitos nocivos da tributação automática dos lucros do exterior em 31 de dezembro de cada ano-calendário, mas sem deixar a incidência dos tributos devidos no Brasil subordinada à existência de evento de disponibilização do lucro, segundo a vontade do contribuinte.

Sob o enfoque de política fiscal, há duas posições antagônicas a respeito da tributação dos lucros auferidos por sociedades controladas no exterior.

De um lado, sustenta-se que a completa eliminação do diferimento da tributação dos lucros auferidos no exterior, por meio de regras de tributação em bases universais excessivamente rígidas e abrangentes, coloca as multinacionais brasileiras em uma situação de desvantagem competitiva, o que pode ocasionar a migração de multinacionais para outros países (operações de inversão) e o estabelecimento de novas multinacionais em outras jurisdições com regras de CFC menos rigorosas³¹⁸. De outro lado, defende-se que a tributação dos lucros do exterior apenas por ocasião da efetiva disponibilização deixa a critério exclusivo do contribuinte a decisão a respeito do momento em que ocorrerá incidência tributária, permitindo o diferimento permanente de lucros represados em entidades no exterior.

Assim, ao prever a incidência tributária em 31 de dezembro de cada ano-calendário e permitir a postergação do pagamento do IRPJ e da CSLL devidos, o legislador brasileiro procurou adotar uma solução de compromisso, que pode ser considerada um meio-termo entre as duas posições antagônicas expostas acima.

A opção prevista no artigo 90 da Lei nº 12.973/2014 aplica-se, exclusivamente, ao valor informado pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil na Decla-

³¹⁸ Reuven Avi-Yonah sintetiza o argumento: "The usual arguments against abolishing deferral are that it will put US multinationals at a competitive disadvantage, that it will lead to inefficient outcomes because less efficient foreign MNEs will obtain projects that should have been owned by more efficient US MNEs, and that it will lead to migration of US MNEs to other countries and to the establishment of new MNEs in other jurisdictions with more favorable tax rules." (AVI-YONAH, Reuven S. "Back From Dead: How to Prevent Transfer Pricing Enforcement". *Law & Economics Working Papers* nº 85. Michigan: University of Michigan Law School, 2013, p. 3).

ração de Débitos e Créditos Tributários Federais ("DCTF") relativa ao período de apuração dos resultados no exterior.

A exigência de que o valor esteja declarado na DCTF evidencia que o dispositivo legal acima apenas posterga o prazo de pagamento do tributo, mantendo intacto o momento da incidência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros do exterior. Como a jurisprudência do STJ considera a DCTF instrumento hábil para a constituição do crédito tributário, fica claro que a postergação trazida pela Lei nº 12.973/2014 diz respeito apenas ao prazo para pagamento.

No caso de fusão, cisão, incorporação, encerramento de atividade ou liquidação da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, o pagamento do tributo deverá ser feito até a data do evento ou da extinção da pessoa jurídica, conforme o caso.

O valor do pagamento, a partir do segundo ano-calendário subsequente, será acrescido de juros calculados com base na taxa LIBOR para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de 12 (doze) meses, referente ao último dia útil do mês civil imediatamente anterior ao vencimento, acrescida da variação cambial dessa moeda, definida pelo Banco Central do Brasil, "pro rata tempore", acumulados anualmente, na forma definida em ato do Poder Executivo.

O artigo 90, parágrafo 4º, da Lei nº 12.973/2014 prevê que os juros em questão serão dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Entretanto, a lei é omissa a respeito da possibilidade de dedução da variação cambial. Veja-se:

"Art. 90. § 4º. O valor do pagamento, a partir do 2º (segundo) ano subsequente, será acrescido de juros calculados com base na taxa London Interbank Offered Rate - Libor, para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de 12 (doze) meses, referente ao último dia útil do mês civil imediatamente anterior ao vencimento, acrescida da variação cambial dessa moeda, definida pelo Banco Central do Brasil, pro rata tempore, acumulados anualmente, calculados na forma definida em ato do Poder Executivo, sendo os juros dedutíveis na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL".

À primeira vista, pode parecer que a redação do dispositivo legal acima restringe a possibilidade de dedução de eventuais despesas de variação cambial negativa, ao prever que apenas os juros serão dedutíveis do lucro líquido, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Porém,

a interpretação adequada do dispositivo legal acima evidencia que a variação cambial deve ser acrescida à taxa LIBOR, compondo, assim, o valor total dos juros que serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Mas ainda que assim não fosse, o que se admite apenas por hipótese, cabe ponderar que a lei tributária prevê que as variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito do contribuinte, assim como os ganhos cambiais e monetários realizados no pagamento de obrigações, devem ser computados na determinação do lucro operacional, como receitas ou despesas financeiras, conforme o caso³¹⁹.

Assim, na omissão do legislador, seria possível alegar que permanece aplicável a regra geral que admite a dedução das despesas de variação cambial.

A rigor, o acréscimo da variação cambial da moeda no período é razoável, pois se o lucro do exterior apenas fosse tributado no Brasil no momento da disponibilização, o valor em moeda estrangeira estaria sujeito à variação cambial. Assim, o regime de postergação de pagamento previsto no artigo 90 da Lei nº 12.973/2014 funciona da seguinte forma: os valores em moeda estrangeira são convertidos para Reais na data do balanço em que foram apurados. O IRPJ e a CSLL devidos sobre os resultados do exterior são informados em DCTF, por meio de controle em Reais. Os valores devidos são postergados para pagamento de acordo com a disponibilização dos lucros do exterior, observados os limites legais (i.e. 12,50% no primeiro ano e o saldo remanescente até o 8º (oitavo) ano subsequente ao período de apuração). Os valores de IRPJ e CSLL a recolher devem ser acrescidos de juros baseados na taxa LIBOR e da variação cambial do período.

Dessa forma, ao adicionar a variação cambial, o legislador procurou simular o tratamento tributário que tais lucros teriam recebidos caso a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os resultados do exterior ocorresse apenas no momento da disponibilização.

Sendo esse o racional que orienta artigo 90, parágrafo 4º, da Lei nº 12.973/2014, parece razoável inferir que a intenção original do legislador era res-

³¹⁹ Artigo 375 do RIR/99, artigo 18 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, artigo 8º da Lei nº 9.249/1995 e artigo 9º da Lei nº 9.718/1998.

tringir a possibilidade de dedução das despesas de variação cambial. Porém, se essa era realmente a intenção do legislador, isso deveria ter sido feito expressamente.

Isso porque a lei vale pelo que ela diz, e não pelo que o seu legislador quis dizer, pois, uma vez promulgada, a lei desprende-se do legislador e da sua vontade (*"intentio legislatoris"*), para adquirir vida própria e *"mens legis"* autônoma. É o que ensina, com a habitual clareza, Karl Larenz ao afirmar que *"(...) uma lei, logo que seja aplicada, irradia uma ação que lhe é peculiar, que transcende aquilo que o legislador tinha intentado. A lei intervém em relações da vida diversas e em mutação, cujo conjunto o legislador não poderia ter abrangido e dá resposta a questões que o legislador ainda não tinha colocado a si próprio. Adquire, com o decurso do tempo, cada vez mais como que uma vida própria e afasta-se, deste modo, das ideias de seus autores"*³²⁰.

Por isso, se a intenção do legislador eventualmente diverge do que a lei exprime, deve-se reconhecer que caberia ao próprio Poder Legislativo ter manifestado a sua intenção de maneira diferente e com a necessária propriedade no uso do vernáculo, sendo que qualquer deficiência no texto legal editado, em relação à intenção subjacente do legislador, somente pode ser corrigida por meio do processo legislativo adequado e com a observância dos requisitos e limites constitucionais.

Logo, diante da inexistência de restrição expressa na lei, deve-se entender que a regra geral que admite a dedução das despesas de variação cambial permanece aplicável, pois não cabe ao intérprete restringir onde a lei não restringiu.

Outro problema que surge reside no fato de que o IRPJ não é dedutível de sua própria base de cálculo³²¹ e da base de cálculo da CSLL³²², ao passo que a CSLL não é dedutível da base de cálculo do IRPJ, tampouco da sua própria base de cálculo³²³.

Ocorre que, a rigor, tais restrições apenas se aplicam ao valor do principal do tributo, sem estender seus efeitos sobre eventuais variações cambiais. Assim, a impossibilidade de dedução das despesas de IRPJ e de CSLL não se estende à variação cambial de que trata o artigo 90, parágrafo 4º, da Lei nº 12.973/2014.

320 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª Edição. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 446.

321 Artigo 41, parágrafo 2º, da Lei nº 8.981/1995.

322 Artigo 51 da Instrução Normativa SRF nº 390/2004.

323 Artigo 1º da Lei nº 9.316/1996.

Tanto é assim que o artigo 52 da Lei nº 9.069/1995 prevê expressamente a possibilidade de dedução das variações monetárias de tributos não pagos:

"Art. 52. São dedutíveis, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro, segundo o regime de competência, as contrapartidas de variação monetária de obrigações, inclusive de tributos e contribuições, ainda que não pagos, e perdas cambiais e monetárias na realização de créditos".

O antigo Parecer Normativo nº 174/1974 também corrobora a interpretação acima, ao prever que os juros de mora caracterizam-se como despesas financeiras dedutíveis para fins de determinação do lucro real, em virtude de sua natureza jurídica de compensação pelo atraso na liquidação de débitos³²⁴.

Daí se dizer que é equivocado considerar os juros de mora como meros acessórios dos tributos, que seguem a sorte da obrigação principal³²⁵. A condição necessária e suficiente para a exigência dos juros de mora é o simples atraso no pagamento do tributo devido, de modo que a sua dedução do lucro líquido, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, não se sujeita às restrições previstas para os tributos.

Apesar do entendimento acima, cabe registrar que a Solução de Consulta COSIT nº 208, de 5.8.2015³²⁶, considerou que os juros de mora incidentes sobre a multa de ofício não são dedutíveis para fins de determinação do lucro real, adotando expressamente a linha de que o acessório segue a sorte do principal³²⁷. Pelos fundamentos expostos acima, é de se reconhecer que a interpretação adotada pela COSIT não merece acolhida.

324 Veja-se: "No que tange aos juros de mora, por se tratar de compensação pelo atraso na liquidação de débitos, caracterizam-se como despesa financeira, e, como tal são dedutíveis".

325 Como ensina Edmar Oliveira Andrade Filho: "Juro de mora não é acessório do tributo, porque ele não é um elemento necessário neste: pode existir tributo devido e crédito tributário extinto sem que devidos ou pagos juros de mora. Ademais, a causa do juro não tem supedâneo no fato gerador: a causa do juro de mora é descumprimento do devedor de prestar (pagar o tributo devido) no prazo estipulado em lei". (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Imposto de Renda das Empresas*. 12ª Edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 417).

326 Transcreve-se a ementa da decisão: "LUCRO REAL. DESPESAS. ICMS. MULTA DE OFÍCIO. JUROS DE MORA. DEDUTIBILIDADE. São indedutíveis, na apuração do lucro real, a multa de ofício por falta de pagamento do ICMS e os juros de mora a ela acrescidos".

327 Confira-se o parágrafo 29 da decisão: "os juros incidentes sobre a multa de ofício devem ser tratados como acessório, seguindo a mesma sorte do principal. Deste modo, também constituem despesa indedutível".

Sem embargo da discussão acima, a verdade é que, como comentado anteriormente, a interpretação percuciente do artigo 90, parágrafo 4º, da Lei nº 12.973/2014 indica que a variação cambial é parte integrante das despesas de juros, por ser acrescida à taxa LIBOR. É o que se verifica no seguinte trecho: “O valor do pagamento (...) será acrescido de juros calculados com base na taxa London Interbank Offered Rate – Libor (...), referente ao último dia útil do mês civil imediatamente **anterior ao vencimento, acrescida da variação cambial dessa moeda**”.

Assim, a variação cambial é acrescida à taxa LIBOR, integrando, por consequência, o valor da despesa de juros que será deduzida do lucro líquido contábil, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Deixando de lado a discussão acima, é importante frisar que a opção pelo pagamento diferido do IRPJ e da CSLL somente poderá ser exercida em relação aos lucros oriundos de controlada, direta ou indireta, no exterior³²⁸:

- (i) não sujeita a regime de subtributação;
- (ii) não localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não beneficiária de regime fiscal privilegiado;
- (iii) não controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou beneficiária de regime fiscal privilegiado; e
- (iv) que tenha renda ativa própria igual ou superior a 80% (oitenta por cento) da sua renda total, conforme definido no artigo 84 da Lei nº 12.973/2014 e no artigo 21 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

No caso de infração à regra acima, será aplicada multa isolada de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor do tributo declarado³²⁹.

1.41 Filiais e Sucursais

De acordo com o artigo 92 da Lei nº 12.973/2014, as mesmas regras previstas para as sociedades controladas são aplicáveis às filiais e sucursais de pes-

328 Artigo 33 da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

329 Artigo 33, parágrafo único, da Instrução Normativa RFB nº 1.520/2014.

soas jurídicas brasileiras. Assim, embora as filiais e sucursais que operam no exterior sejam consideradas extensão da própria pessoa jurídica no Brasil, a Lei nº 12.973/2014 manteve a tradição da legislação brasileira de tributar filiais e sucursais como entes autônomos, submetendo os lucros por elas apurados ao regime regular de tributação em bases universais.

Ainda em relação ao tema, cabe pontuar que há dúvida a respeito do tratamento tributário a ser aplicado aos lucros auferidos por filiais de sociedade controlada no exterior, as quais operam como estabelecimentos permanentes da entidade estrangeira.

O artigo 88 da Medida Provisória nº 627/2013 previa expressamente que o regime de tributação em bases universais seria aplicável ao lucro das filiais ou sucursais mantidas pela sociedade controlada no exterior, nos seguintes termos:

“Art. 88. Aplica-se o disposto nos arts. 86 e 87 ao resultado da filial ou da sucursal, no exterior.

§ 1º. Para efeitos desta Medida Provisória, o resultado de filial ou sucursal da pessoa jurídica domiciliada no Brasil ou de suas controladas, direta ou indireta, no exterior, terá o mesmo tratamento conferido à subsidiária integral domiciliada no exterior.

§ 2º. Não se aplica o disposto no § 1º a filiais ou sucursais de controladas, direta ou indireta, de pessoa jurídica domiciliada no Brasil que esteja situada no mesmo país de sua matriz.

§ 3º. Na hipótese prevista no § 2º, os resultados de matriz e filiais ou sucursais deverão ser consolidados e entendidos como uma única pessoa jurídica”.

Assim, segundo a redação original do artigo 88 da Medida Provisória nº 627/2013, existiam dois regimes para a tributação das filiais ou sucursais de controladas no exterior: (i) as filiais ou sucursais localizadas no mesmo país da sociedade controlada teriam seus resultados consolidados como uma única pessoa jurídica (*i.e.* a sociedade controlada consolidaria os resultados das filiais e sucursais no mesmo país); e (ii) as filiais ou sucursais localizadas em terceiros Estados seriam consideradas como pessoas jurídicas independentes, sujeitando-se ao mesmo tratamento tributário aplicável à subsidiária integral domiciliada no exterior (*i.e.* tributação automática de seus lucros em 31 de dezembro).

Ocorre que a tributação automática dos lucros do exterior, pretendida pela Lei nº 12.973/2014, inverte e viola essa estrutura lógica porque a tributação automática de lucros não distribuídos e a tributação posterior dos dividendos distribuídos acarretaria uma dupla tributação não protegida pelo tratado internacional, pois não há nenhuma disposição convencional que impeça a tributação dos lucros efetivamente distribuídos, que já tenham sido previamente tributados via ficção jurídica.

Acrescente-se que essa suposta cláusula convencional impedindo a tributação de dividendos gerados a partir de lucros anteriormente tributados não existe justamente porque o artigo 7º do acordo de bitributação impede a tributação de lucros não distribuídos. Obviamente, se fosse possível a tributação automática dos lucros, é certo que o acordo de bitributação jamais deixaria uma situação como essa sem proteção, pois a dupla tributação passaria a depender diretamente de regras domésticas de alívio à dupla tributação.

Ressalte-se, ainda, que a tributação automática de lucros também pode levar ao extremo de permitir a tributação de lucros apurados em um ano-calendário, mesmo quando a sociedade no exterior possua prejuízos acumulados, bem como de possibilitar a tributação de lucros mantidos em reservas obrigatórias, o que jamais acontece na tributação apenas dos dividendos distribuídos, como autorizado pelos acordos de bitributação. Tais situações são absolutamente contrárias aos objetivos dos acordos de bitributação⁴⁹¹.

Daí se dizer que, a rigor, não seria necessário discutir se a Lei nº 12.973/2014 viola o artigo 7º ou o artigo 10 dos acordos de bitributação. Na realidade, esse dispositivo legal é incompatível, a um só tempo, com o artigo 7º, que protege os lucros das empresas não residentes, com o artigo 10, que permite a tributação dos dividendos pagos, e com o artigo 23, que não contém regras de crédito indireto do imposto de renda corporativo. E isso acontece justamente porque a tributação de lucros não disponibilizados é incompatível com a estrutura lógica do acordo de bitributação, que pode ser assim resumida:

491 É o que se depreende da leitura do parágrafo 7º do Comentário ao artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE, ao estabelecer que "the principal purpose of double tax conventions is to promote, by eliminating double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons". (OECD Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version. Paris: OECD, 2010, p. 59).

Artigo	Conteúdo
Artigo 7º	Os lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior somente serão tributáveis no seu Estado de residência.
Artigo 10º	Os dividendos pagos podem sofrer retenção na fonte e ser tributados no Estado de residência dos sócios quando efetivamente pagos, salvo se houver cláusula de isenção.
Artigo 23	O Estado do beneficiário dos dividendos deve conceder isenção ou crédito em relação ao IRRF recolhido no Estado da fonte, de acordo com o método adotado.

2.11 A interpretação da OCDE em relação à compatibilidade das regras de CFC com os acordos de bitributação

Como se sabe, a OCDE inseriu, no parágrafo 14 dos seus Comentários ao artigo 7º da Convenção Modelo, a afirmação de que as regras de CFC não seriam incompatíveis com os acordos de bitributação, cujas cláusulas convencionais não limitariam o direito de um Estado de tributar os seus próprios residentes. Veja-se:

“O propósito do parágrafo 1º é limitar o direito de um Estado Contratante de tributar os lucros das empresas do outro Estado Contratante. O parágrafo não limita o direito de um Estado Contratante de tributar os seus próprios residentes segundo as regras de “Controlled Foreign Companies” previstas em sua legislação interna, embora o imposto incidente sobre esses residentes possa ser calculado por referência à parcela do lucro da empresa residente no outro Estado contratante que é atribuída à participação desses residentes naquela empresa”⁴⁹².

492 Tradução livre do texto original em inglês: “The purpose of paragraph 1 is to limit the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by

Em outra passagem, extraída do parágrafo 23 dos Comentários ao artigo 1º da Convenção Modelo, a OCDE afirma que, “(...) embora alguns países tenham considerado útil esclarecer expressamente, em seus acordos de bitributação bilaterais, que as regras de CFC não entram em conflito com as cláusulas convencionais, esse esclarecimento não é necessário. É reconhecido que as regras de CFC estruturadas dessa forma não são contrárias às disposições da Convenção Modelo da OCDE”⁴⁹³.

Antes de entrar no mérito a respeito da relevância a ser atribuída aos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, tema este que, por si só, enseja calorosos debates, deve-se ponderar que essa afirmação da OCDE deve ser vista com parcimônia em determinados casos concretos, em razão dos aspectos que serão examinados a seguir.

Em primeiro lugar, é preciso compreender a afirmação da OCDE de que os acordos de bitributação não limitariam o direito de um Estado de tributar os seus próprios residentes. É comum afirmar que o artigo 7º dos acordos de bitributação não foi concebido para limitar o poder de tributar a ser exercido pelo Estado da residência em relação aos lucros auferidos por seus próprios residentes, mas, sim, para evitar que o Estado da fonte tribute os lucros auferidos por empresas localizadas no Estado da residência. A despeito disso, cabe pontuar que os tratados internacionais valem pelo conteúdo das suas cláusulas convencionais (i.e. vontade refletida objetivamente no texto), independentemente da intenção original dos redatores da Convenção Modelo da OCDE ou, ainda, dos membros da Liga das Nações. Assim, mesmo que o ato interpretativo possua, entre os seus elementos estruturais, um aspecto de natureza histórico-concreta, o intérprete não pode se arvorar na possibilidade de aplicar o acordo de bitributação buscando apenas o seu conteúdo primitivo, desprezando a evolução da sociedade e das atividades econômicas.

Tanto é assim que o princípio da máxima efetividade do acordo de bitributação (“*ut res magis valeat quam pereat*”), consagrado na Convenção de Viena sobre

reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents' participation in that enterprise”.

493 Tradução livre do texto original em inglês: “Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention”.

o Direito dos Tratados⁴⁹⁴, recomenda que as disposições convencionais sejam interpretadas de maneira concreta ao longo do tempo, de forma a permitir que novos fenômenos da realidade social sejam abrangidos pelo pacto convencional, na medida de sua compatibilidade com a redação da respectiva cláusula⁴⁹⁵.

Em segundo lugar, deve-se ressaltar que a OCDE discorre, no parágrafo 23 dos Comentários ao artigo 1º da Convenção Modelo, a respeito das regras de CFC utilizadas como instrumento para proteger as bases tributáveis e evitar o uso de sociedades-base (“*base companies*”), como se pode verificar da seguinte passagem:

“A utilização de sociedades-base também pode ser tratada por meio de disposições que tratam de sociedades controladas no exterior. Um número significativo de países membros e não-membros atualmente adota essa legislação. Embora o objetivo desse tipo de legislação varie consideravelmente entre os países, uma característica comum dessas normas, agora internacionalmente reconhecidas como um instrumento legítimo de proteção da base tributária interna, é que elas resultam na tributação, pelo Estado Contratante, de rendimento atribuído à participação de seus residentes em certas entidades estrangeiras”⁴⁹⁶.

Adiante, a própria OCDE afirma, no mesmo parágrafo, que “as regras de CFC estruturadas dessa forma não são contrárias às disposições da Convenção Modelo da OCDE”. Assim, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE tratam de regras de CFC estruturadas para proteger as bases tributáveis e evitar a prática de planejamentos tributários por meio de sociedades-base constituídas em jurisdições de baixa tributação.

No parágrafo 26 dos Comentários ao artigo 1º da Convenção Modelo, a OCDE acrescenta que as regras de CFC não devem ser aplicadas às sociedades

494 ENGELN, Frank. *Interpretation of Tax Treaties under International Law*. Doctoral Series. Volume 7. Amsterdam: IBFD, 2004, pp. 503-505.

495 DE BROE, Luc. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Doctoral Series. Volume 14. Amsterdam: IBFD, 2008, pp. 505-506.

496 Tradução livre do texto original em inglês: “The use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions. A significant number of member and non-member countries have now adopted such legislation. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities”.

sujeitas a um nível de tributação comparável àquele aplicado no país da sociedade controladora. Veja-se:

“Os Estados que adotam disposições de controladas estrangeiras ou as regras anti-abuso mencionadas acima em sua legislação tributária interna buscam manter a equidade e a neutralidade dessas leis em um ambiente internacional caracterizado por cargas tributárias muito diferentes, mas essas medidas deverão ser utilizadas somente para esse propósito. Como regra geral, essas medidas não devem ser aplicadas caso o rendimento pertinente esteja sujeito à tributação que seja comparável àquela do país de residência do contribuinte”⁴⁹⁷.

É fácil perceber, a partir da leitura das passagens transcritas, que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE tratam de regras de CFC típicas, que são aplicadas em condições excepcionais, quando a sociedade controlada no exterior auferir rendas passivas ou contaminadas em países de tributação favorecida. Por isso, o entendimento da OCDE não pode ser estendido para as regras brasileiras de tributação em bases universais, que possuem função meramente arrecadatória, ultrapassando o objetivo de combater a evasão fiscal e o diferimento artificial de lucros no exterior.

Além do aspecto literal acima, essa interpretação é reforçada pelo fato de que a maioria dos países membros da OCDE não pode adotar regras de CFC excessivamente abrangentes, tendo em vista que, no âmbito da União Europeia, as regras de tributação automática dos lucros do exterior apenas podem alcançar operações artificiais, sob pena de violação das liberdades fundamentais, em especial o princípio da liberdade de estabelecimento⁴⁹⁸. Além disso, lembre-se que, à época da alteração dos Comentários à Convenção Modelo em 2003, a

497 Tradução livre do texto original em inglês: “States that adopt controlled foreign companies provisions or the anti-abuse rules referred to above in their domestic tax laws seek to maintain the equity and neutrality of these laws in an international environment characterised by very different tax burdens, but such measures should be used only for this purpose. As a general rule, these measures should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer”.

498 Foi o que decidiu a Corte Europeia de Justiça no julgamento do caso Cadbury Schweppes (C-196/04): “It follows that, in order to a restriction on the freedom of establishment to be justified on the ground of prevention of abusive practices, the specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality (...)”. (Cadbury Schweppes, C-196/04, EU:C:2006:544, para. 51).

Nova Zelândia era o único país-membro da OCDE que possuía uma regra de CFC abrangente, que poderia ser comparada à Lei nº 12.973/2014⁴⁹⁹.

Ocorre que as regras de tributação dos lucros do exterior inseridas na Lei nº 12.973/2014 não apresentam as características típicas das regras de CFC visadas pela OCDE no momento da alteração dos Comentários à Convenção Modelo em 2003, pois a sua aplicação não depende da localização da sociedade controlada em jurisdição com tributação favorecida ou em regime fiscal privilegiado, da existência de renda passiva e da ausência de atividade econômica substancial. A maioria das regras de CFC apresenta as características típicas indicadas acima, que funcionam como indicadores do seu caráter anti-elusivo específico, mas sem exigir uma investigação ampla dos fatos e das circunstâncias do caso concreto para comprovar a existência de patologia. Assim, como a necessidade de comprovação de simulação reduziria a efetividade das regras de CFC e, ao mesmo tempo, aumentaria os custos de conformidade, os legisladores optam pela utilização de características típicas que evidenciam o propósito anti-elusivo buscado pelo legislador. Como exemplo, o controle societário sugere que o contribuinte pode ter acesso direto e atual ao rendimento, a natureza passiva do rendimento indica que não há a condução ativa de negócios pela entidade controlada no exterior, o regime tributário da jurisdição em que a entidade controlada está localizada revela a possibilidade de diferimento da tributação, em razão da alíquota reduzida aplicável no exterior, entre outros aspectos.

À primeira vista, pode parecer que a Lei nº 12.973/2014, distanciando-se da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, introduziu uma autêntica regra de CFC ao tratar do regime de consolidação dos resultados auferidos por sociedades controladas, diretas ou indiretas, no exterior.

De fato, o artigo 78 da Lei nº 12.973/2014 dispõe que, até o ano-calendário de 2022, as parcelas dos ajustes do valor dos investimentos em controladas, diretas ou indiretas, domiciliadas no exterior, equivalentes aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, poderão ser consideradas de forma consolidada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora no Brasil⁵⁰⁰. Entretanto, não poderão ser consolidadas as parcelas

499 SANDLER, Daniel. *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*. The Netherlands: Kluwer, 1998. p. 220.

500 Em caráter geral, pode-se dizer que o regime de consolidação foi concebido para atenuar os efeitos da tributação individualizada e direta dos lucros auferidos por controladas diretas e indiretas no exterior.

referentes às pessoas jurídicas investidas que se encontrem em pelo menos uma das seguintes situações: (i) estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado internacional com cláusula específica para troca de informações para fins tributários; (ii) estejam localizadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado, de que tratam os artigos 24 e 24-A da Lei nº 9.430/1996; (iii) estejam submetidas a regime de subtributação; (iv) sejam controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto nos itens (ii) e (iii) acima; (v) tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total.

Assim, a sociedade controladora no Brasil poderá consolidar os resultados auferidos pelas controladas diretas e indiretas no exterior, salvo em relação às sociedades investidas que se encontrem em uma das situações examinadas acima.

Note-se que os mesmos critérios mencionados são utilizados para o regime de postergação de pagamento previsto no artigo 90 da Lei nº 12.973/2014. Além disso, os critérios listados nos itens (ii), (iii) e (iv) acima são utilizados no artigo 81 da Lei nº 12.973/2014 como condição para que os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior sejam computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço de dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

Apesar disso, é oportuno esclarecer que os regimes de consolidação, de postergação de pagamento e de tributação das sociedades coligadas no momento da disponibilização do lucro, introduzidos pela Lei nº 12.973/2014 com base em critérios típicos de regras de CFC, não alinham o sistema brasileiro de tributação dos lucros do exterior com as regras internacionais⁵⁰¹. Na verdade,

Isso porque, ao prever a tributação direta (*“per saltum”*) das controladas indiretas, a Lei nº 12.973/2014 passou a permitir que uma sociedade brasileira, que não auferiu resultado positivo em suas operações internacionais, seja obrigada a pagar IRPJ e CSLL sobre resultados isolados de sociedades controladas indiretas lucrativas. No regime anterior, os lucros das controladas indiretas seriam consolidados na controlada direta e absorvidos por eventuais prejuízos apurados no exterior. No novo regime, como as controladas indiretas passaram a ser alcançadas diretamente, a pessoa jurídica no Brasil passa a ser obrigada a recolher IRPJ e CSLL sobre lucros que, economicamente, foram absorvidos por resultados negativos apurados em degraus superiores da cadeia vertical de investimento.

501 Segundo Marcus Lívio Gomes e Renata Cunha S. Pinheiro: “(...) o que continua distinguindo a legislação brasileira da quase totalidade dos países é que esses critérios de verificação são utilizados no Direito Comparado para determinar se os lucros da sociedade no exterior serão ou não tributados automaticamente, enquanto que no Brasil servem apenas para (...) fazer jus a específicos benefícios de pagamento (diferimento) e possibilidade de consolidação dos resultados”. (GOMES, Marcus Lívio; PINHEIRO, Renata Cunha

tais critérios foram utilizados pelo legislador apenas para excluir determinadas entidades no exterior de regimes especiais de tributação, mas não como requisitos para identificar as sociedades no exterior que estão sujeitas, ou não, ao regime de tributação em bases universais. Logo, não se pode dizer que, após a edição da Lei nº 12.973/2014, as regras brasileiras de tributação dos lucros do exterior estão alinhadas à prática internacional⁵⁰².

Não se quer, com isso, dizer que a Lei nº 12.973/2014 não é considerada uma autêntica regra de CFC para todos os fins, pois a própria OCDE, na Ação 3 do Projeto BEPS, menciona que os Estados também podem aplicar regras de CFC com base em um regime de inclusão de todos os resultados auferidos pelas entidades controladas no exterior, independentemente das características dos rendimentos⁵⁰³. Porém, a despeito do reconhecimento da OCDE, a verdade é que o Brasil é o único país que mantém um regime abrangente de tributação dos lucros auferidos do exterior, na contramão do caminho seguido pelo resto dos países, que estão suavizando as suas regras de CFC por meio de regimes de isenção de dividendos (*“participation exemption regimes”*) e expandindo as possibilidades de diferimento de lucros no exterior, como forma de estímulo a competitividade de suas multinacionais⁵⁰⁴.

Neste contexto, pode-se assentar que, independentemente do trabalho desenvolvido pela OCDE no Projeto BEPS, o parágrafo 14 dos Comentários ao

S. “As (Muitas) Controvérsias Advindas com a Lei nº 12.973/2014 no Regime de Tributação das Controladas Diretas e Indiretas”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 493).

502 No mesmo sentido, confira-se o entendimento de Alberto Xavier: “A expressão ‘regras CFC’ faz alusão a um tipo específico de normas antiabuso que pressupõe para a sua aplicação que a controlada estrangeira esteja domiciliada em país de tributação favorecida e/ou aufera apenas rendas passivas. A lei brasileira, contudo, não se enquadra no conceito de regras CFC justamente porque se aplica a toda e qualquer controlada e coligada estrangeira, independentemente do país de seu domicílio ou da origem de seus rendimentos. A Lei n. 12.973/2014 (tal como as leis anteriormente vigentes) também se aplica a toda e qualquer controlada ou coligada, sujeitas a tributação automática, utilizando critérios de localização da empresa ou da natureza de atividade apenas para efetuar restrições à concessão de regimes mais favoráveis. (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 494).

503 Veja-se: “Jurisdictions could also apply a full inclusion system, which would target income raising BEPS concerns by treating all income earned by a CFC as CFC income regardless of its character. Full-inclusion systems also aim to prevent long-term deferral of taxation, which is relevant in the context of worldwide tax systems”. (OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 11).

504 AVI-YONAH, Reuven S. “Back to the Future? The Potential Revival of Territoriality”. *Bulletin for International Taxation*. Volume 62. No. 10. Amsterdam: IBFD, 2008, pp. 471-474.

artigo 7º da Convenção Modelo da OCDE está inserido no contexto de regras domésticas que visam a combater o diferimento artificial de lucros e a proteger as bases tributáveis. Essa particularidade deixa claro que a interpretação preconizada pela organização é írrita para as regras de CFC abrangentes como a Lei nº 12.973/2014, que, ao contrário da prática seguida pelos países membros da OCDE, alcança quaisquer sociedades controladas por pessoa jurídica residente no Brasil, independentemente da presença dos elementos típicos das regras de CFC.

Vale destacar, ainda, que diversos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil são anteriores à inclusão da ressalva relativa à compatibilidade das regras de CFC com os artigos 7º e 10 da Convenção Modelo da OCDE, o que apenas veio a ocorrer em 2003. Assim, como esses novos comentários apresentam uma mudança substancial de posicionamento por parte da OCDE, é certo que essa nova posição, mesmo que fosse aplicável às regras de CFC estruturadas de forma ampla, não poderia servir de diretriz para a interpretação de acordos de bitributação celebrados antes de 2003, pois não se pode pressupor que os negociadores das delegações dos dois Estados contratantes tiveram a intenção de adotá-la como sentido especial, na forma do artigo 31, parágrafo 4º, da Convenção de Viena.

De fato, sabe-se que a OCDE defende que as alterações dos Comentários à Convenção Modelo somente não serão relevantes para a interpretação e a aplicação dos acordos de bitributação celebrados antes da sua edição quando houver alteração nas cláusulas convencionais ou o seu conteúdo apresentar diferenças substanciais em comparação ao padrão anterior⁵⁰⁵. Por outro lado, nas hipóteses em que as alterações dos Comentários à Convenção Modelo forem meramente interpretativas, a OCDE defende que as considerações introduzidas nas modificações devem ser aplicadas aos tratados internacionais concluídos antes da sua edição^{506, 507}, na medida em que refletem o consenso dos países-

505 SCHMITT, Marcus. "The relevance of amendments to the OECD Commentary for the interpretation of tax treaties (static or dynamic approach)". *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*. Coord. Michael Schilcher e Patrick Weninger. Vienna: Linde, 2008, p. 121.

506 LANG, Michael. *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships – A Critical Analysis of the Report Prepared by the OECD Committee on Fiscal Affairs*. Vienna: Linde, 2000, p. 15.

507 PROVODOVÁ, Kateřina. "The Relevance of the OECD Report for the Interpretation of Tax Treaties". *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*. Coord. Michael Schilcher e Patrick Weninger. Viena: Linde, 2008, p. 151.

membros da OCDE em relação à correta interpretação das cláusulas convencionais existentes e à sua adequada aplicação a situações específicas^{508, 509}.

Assim, diante da mudança de posicionamento da OCDE apenas nos Comentários à Convenção Modelo divulgados a partir de 2003, sem qualquer alteração concreta no texto dos acordos de bitributação, a utilização da interpretação posterior, nas relações internacionais entre os países, pode infringir o princípio da boa-fé que orienta os pactos convencionais, como prevê o artigo 31 da Convenção de Viena ao estabelecer que "um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade"⁵¹⁰.

Ainda em relação à relevância jurídica a ser atribuída aos Comentários à Convenção Modelo, vale lembrar que a OCDE não é um órgão internacional de pesquisa independente e imparcial⁵¹¹. Assim, em que pese a inegável contribuição da OCDE para o desenvolvimento da tributação internacional, deve-se ter em mente que os seus membros são representantes das administrações fiscais dos países que a integram, que agem de acordo com a política e os interesses arrecadatários de seus Estados, motivo pelo qual as alterações realizadas nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE devem ser examinadas com parcimônia⁵¹², principalmente quando tratam da agenda comum das adminis-

508 Vide parágrafo 35 da Introdução aos Comentários da OCDE, segundo o qual: "Needless to say, amendments to the Articles of the Model Convention and to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles. However, other changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD Member countries as to the proper interpretation of existing provisions and their application to specific situations". (OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version*. Paris: OECD, 2010, p. 15)

509 SCHMITT, Marcus. "The relevance of amendments to the OECD Commentary for the interpretation of tax treaties (static or dynamic approach)". *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*. Coord. Michael Schilcher e Patrick Weninger. Vienna: Linde, 2008, p. 121.

510 EMERY, Renata. "Os Vícios do Regime de Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior Previsto na Lei nº 12.973/14". *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 680.

511 ROCHA, Sérgio André. "Caso Copesul: Tributação pelo IRRF da Prestação de Serviços sem Transferência de Tecnologia Prestados por Não Residentes". *Tributação Internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 281.

512 EMERY, Renata. "Os Vícios do Regime de Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior Previsto na Lei nº 12.973/14". *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 679.

trações fazendárias em relação ao combate à erosão fiscal e ao planejamento tributário agressivo.

Aliás, no caso específico do Brasil, por se tratar de um país não-membro, o peso a ser atribuído aos Comentários à Convenção Modelo da OCDE como elemento de interpretação deve ser ainda menor. Isso porque, como os países não-membros da OCDE não participaram ativamente da elaboração da Convenção Modelo e dos respectivos Comentários, a atribuição de grande relevância jurídica aos Comentários pode suscitar um problema de falta de representatividade⁵¹³⁻⁵¹⁴. Ora, a falta de participação efetiva na elaboração dos Comentários, cujo texto contribuirá para a interpretação das cláusulas dos acordos de bitributação, é um problema relevante, pois a visão particular dos países membros da OCDE passaria a prevalecer (ou, pelo menos, a ter grande relevância) para a interpretação dos tratados internacionais celebrados pelos demais países, apesar da falta de um mecanismo que garanta a representatividade dos países não-membros⁵¹⁵⁻⁵¹⁶.

É bem verdade que a posição dos países não-membros da OCDE é registrada nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE⁵¹⁷. Porém, a verdade é que a maior parte dos países não-membros da OCDE apenas registrou suas discordâncias em relação aos artigos da Convenção Modelo, sem entrar em detalhes a respeito dos Comentários. Aliás, a falta de registro de críticas aos Comentários por parte dos países não-membros parece resultar justamente da

513 LIMA, Juciléia. "O Papel dos Comentários da OCDE no Processo de Interpretação e Aplicação dos Tratados Internacionais para evitar a Bitributação Internacional". *Revista Direito Tributário Atual* nº 30. São Paulo: IBDT/Dialética, 2014, pp. 228-230.

514 SCHOUERI, Luís Eduardo. "Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação". *Revista Direito Tributário Atual* nº 17. São Paulo: IBDT/Dialética, 2003, p. 37.

515 PISTONE, Pasquale. "Geographical boundaries of tax jurisdiction, exclusive allocation of taxing powers in tax treaties and good tax governance in relations with developing countries". *Tax, Law and Development*. Coord. Yariv Brauner e Miranda Stewart. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, pp. 275-276.

516 ZAPATA, Eduardo Medina. "The Impact of the OECD on Tax Treaties". *Tax Treaty Policy and Development*. Coord. Markus Stefaner e Mario Züger. Vienna: Linde, 2005, p. 120.

517 ENGELN, Frank. "How 'acquiescence' and 'estoppel' can operate to the effect that the States parties to a tax treaty are legally bound to interpret the treaty in accordance with the Commentaries on the OECD Model Tax Convention". *The Legal Status of the OECD Commentaries*. Coord. Sjoerd Douma e Frank Engelen. Amsterdam: IBFD, 2008, p. 69.

convicção de que a interpretação da OCDE não tem conteúdo vinculante, e não necessariamente da concordância com o seu conteúdo⁵¹⁸.

Portanto, como o Brasil não participou das discussões que conduziram à mudança dos Comentários à Convenção Modelo em 2003 e não contribuiu ativamente para a formação de convicção dentro da OCDE, não se pode atribuir grande relevância jurídica às passagens que afirmam que as regras de CFC são compatíveis com os acordos de bitributação. Esse aspecto, somado ao fato de que a OCDE tratou apenas de regras de CFC direcionadas a situações de abuso, mostra que a questão da compatibilidade da Lei nº 12.973/2014 com os acordos de bitributação deve ser solucionada à luz do texto das cláusulas convencionais, independentemente do teor dos Comentários à Convenção Modelo.

Por fim, ressalte-se que a própria OCDE propôs, na Ação 6 do Projeto BEPS, a inclusão de um parágrafo 3º no artigo 1º dos acordos de tributação, para permitir a aplicação de regras de CFC e a incidência de "exit taxes" em caso de mudança de residência. A regra proposta pela OCDE tem a seguinte redação: "This Convention shall not affect the taxation, by a Contracting State, of its residents except with respect to the benefits granted under paragraph 3 of Article 7, paragraph 2 of Article 9 and Articles 19, 20, 23, 24, 25 and 28"⁵¹⁹. A cláusula de salvaguarda proposta pela OCDE poderá vir a ser incluída nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil por meio do tratado multilateral a ser desenvolvido no âmbito da Ação 15 do Projeto BEPS. Porém, enquanto não houver cláusula convencional expressa, essa disposição não pode ser incluída nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil via interpretação, pois, do contrário, não seria necessário incluir a previsão expressa.

Isso é assim porque o que importa, para efeito de interpretação, não é a intenção subjetiva dos Estados contratantes, mas, sim, a vontade refletida objetivamente no texto das cláusulas convencionais, que passa a ser absolutamente relevante para a sua interpretação.

Neste sentido, vale relembrar a lição da Corte Federal da Austrália no caso *Commissioner of Taxation v. Lamesa Holdings BV*, julgado em 20 de agosto de 1997, no qual se afirmou que o texto do acordo de bitributação sempre deve

518 MAISTO, Guglielmo. "The Observations on the OECD Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties". *A Tax Globalist – Essays in Honour of Maarten J. Ellis*. Amsterdam: IBFD, 2005, p. 85.

519 OECD. *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*. Action 6: 2015 Final Report. Paris: OECD, 2015, p. 86.

ter primazia, sendo ele o ponto de partida para o processo de interpretação, não a intenção dos Estados contratantes. Veja-se:

The text of the treaty, being the starting point in any investigation as to the meaning of the text, necessarily has primacy in the interpretation process (...). *The starting point of interpretation is the elucidation of the meaning of the text, not an investigation ab initio into the intentions of the parties.*

Daí se dizer que o aplicador do direito não pode, na atividade de interpretação, criar ou atribuir significados subjetivos e arbitrários aos enunciados das cláusulas convencionais, assim como não pode ir além do seu sentido linguisticamente possível. Dessa forma, conquanto o ato interpretativo possua, entre os seus elementos estruturais, um aspecto de natureza histórico-concreta, que vai desde a intenção originária dos Estados contratantes até as exigências fáticas e axiológicas supervenientes⁵²⁰, a verdade é que a interpretação jurídica não pode extrapolar a estrutura objetiva da cláusula convencional, que constitui um limite objetivo do processo hermenêutico.

Diante disso, constata-se que, pelo menos neste caso específico, não se deve atribuir relevância excessiva aos Comentários da OCDE à Convenção Modelo.

2.12 Acordos de bitributação com “cláusula de incompatibilidade”

Como se sabe, os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil com a Dinamarca⁵²¹ e a República Tcheca e a Eslováquia⁵²² possuem as chamadas “cláusulas de incompatibilidade”, que expressamente afastam a possibilidade de tributação dos lucros auferidos por sociedades controladas no exterior.

As cláusulas em questão preveem expressamente que os lucros não-distribuídos de sociedades controladas no exterior não podem ser objeto de tribu-

520 COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 89-103.

521 Confira-se: “23 (5) 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”.

522 Veja-se: “23 (5) Os lucros não distribuídos de uma sociedade de um Estado Contratante, cujo capital pertencer ou for controlado total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não serão tributáveis nesse último Estado”.

tação. A própria Coordenação do Sistema de Tributação (“COSIT”), na Solução de Consulta Interna nº 18, 8.8.2013, reconheceu que, nestes casos, o Brasil não poderia tributar os lucros do exterior.

O problema que surge, neste ponto, reside no fato de que, com base em uma visão global dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, a COSIT considerou que, quando os Estados contratantes querem excluir a possibilidade de tributar os lucros não distribuídos, eles inserem uma cláusula expressa de incompatibilidade no pacto convencional. “A *contrario sensu*”, isso significaria que, em todos os demais acordos de bitributação sem cláusula de incompatibilidade, há permissão para a tributação dos lucros não distribuídos⁵²³.

Com a devida vênia, o argumento acima peca ao deixar de considerar que cada acordo de bitributação é único, sendo fruto de concessões recíprocas entre os Estados. Assim, no caso dos acordos de bitributação com “cláusulas de incompatibilidade”, a única coisa que se pode assumir é que ambos os Estados contratantes optaram por expressamente consignar que lucros não distribuídos não podem ser tributados. Nos demais casos, a ausência de “cláusula de incompatibilidade” pode ocorrer por diversas razões:

- (i) à época da conclusão do acordo de bitributação, nenhum dos países envolvidos tinha regra de CFC, de modo que o assunto não foi sequer discutido pelas delegações dos Estados;
- (ii) à época da conclusão do acordo de bitributação, as regras de CFC não estavam amplamente difundidas na prática (basta lembrar que o próprio Brasil apenas passou a adotar a tributação universal em 1995, posteriormente a diversos acordos de bitributação);
- (iii) um dos Estados contratantes pode ter considerado a “cláusula de incompatibilidade” desnecessária, uma vez que o artigo 7º do acordo de bitributação já protege os lucros das empresas estrangeiras (e se um dos Estados não quer, não há como forçar a inclusão da “cláusula

523 Vide item 32 da Solução de Consulta Interna: “É importante destacar contudo que, quando um Estado Contratante opta por abrir mão de tributar o seu próprio residente, ele o faz expressamente nos acordos, como se verifica em algumas convenções internacionais assinadas pelo Brasil, a exemplo dos tratados celebrados com a Dinamarca (Decreto nº 75.106, de 20 de dezembro de 1974.) e com as Repúblicas Tcheca e Eslovaca (Decreto nº 43, de 25 de fevereiro de 1991), em que foi estabelecida cláusula mediante a qual não são tributáveis os lucros não distribuídos”.

de incompatibilidade”);

- (iv) um dos Estados pode ter pretendido tributar lucros não-distribuídos, por isso não incluiu expressamente a “cláusula de incompatibilidade”;
- (v) à época da conclusão do acordo de bitributação, a OCDE ainda não havia inserido, no parágrafo 14 dos seus Comentários ao artigo 7º da Convenção Modelo, a afirmação de que as regras de CFC são compatíveis com os tratados internacionais⁵²⁴.

Por tais razões, o uso de acordos de bitributação paralelos (“parallel tax treaties”) como elemento de interpretação para a discussão relativa à compatibilidade das regras de CFC com o artigo 7º deve ser feito com extrema cautela, pois contraria o efeito relativo dos tratados internacionais, que decorre das longas tratativas entre os dois Estados.

Como o acordo de bitributação é fruto de um processo de negociação duro e prolongado, que envolve concessões recíprocas, cujo resultado circunscreve o exercício da jurisdição tributária pelos países contratantes⁵²⁵, Philip Baker aponta que a alteração da redação de uma cláusula convencional específica ou mesmo a ausência de determinada cláusula convencional em um tratado internacional posterior, não necessariamente explica o conteúdo ou a intenção dos Estados contratantes em outros acordos de bitributação. Eventualmente, a sucessão de cláusulas convencionais em diversos acordos de bitributação pode evidenciar a evolução da posição dos negociadores de determinado Estado, mas, em caráter geral, não se pode atribuir um grande valor interpretativo para os acordos de bitributação paralelos⁵²⁶.

524 Especificamente o trecho: “The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law (...)”.

525 VOGEL, Klaus; RUST, Alexander. “Introduction”. VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Coord. Ekkehart Reimer e Alexander Rust. 4ª Edição. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 52, m.no. 114.

526 Nas palavras de Philip Baker: “(...) it is doubtful, however, if parallel treaties prove very much. If a provision appears in a revised form in a later treaty, or is left out of a later treaty, for example, this does not necessarily explain much about the provision in the earlier treaty. Occasionally, a succession of provisions in consecutive treaties may display the development of an approach by the negotiators of one country. There is no reason why parallel treaties should not be referred to, but their value as aids to interpretation will generally be low”. (BAKER, Philip. *Double Taxation Conventions – A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. E-32).

Ademais, cabe destacar que as “cláusulas de incompatibilidade” não alcançam o mesmo núcleo material protegido pelo artigo 7º dos acordos de bitributação. Na verdade, a grande inovação trazida pelas “cláusulas de incompatibilidade” reside na proteção das controladas indiretas, que não estão cobertas pelo artigo 7º dos acordos de bitributação⁵²⁷, como se pode verificar da leitura do texto convencional em questão: “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”.

Como se não bastasse, vale ressaltar que há uma grave contradição na Solução de Consulta Interna COSIT nº 18.

De um lado, a COSIT afirma que o regime brasileiro de tributação em bases universais não é incompatível com os acordos de bitributação porque o IRPJ e a CSLL incidem sobre o contribuinte brasileiro, de modo que não existiria qualquer conflito com os acordos de bitributação⁵²⁸. De outro lado, a COSIT reconhece a impossibilidade de tributação dos lucros das controladas sediadas na Dinamarca, na República Tcheca e na Eslováquia, cujos acordos de bitributação apenas impedem a tributação dos “lucros não distribuídos de uma sociedade de um Estado Contratante”. Ora, se é verdade que o regime brasileiro de tributação em bases universais alcança os lucros auferidos pelo contribuinte no Brasil, em virtude da avaliação do investimento pelo MEP, então não haveria qualquer incompatibilidade com os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil com a Dinamarca e a República Tcheca e a Eslováquia⁵²⁹. Essa contradição mostra claramente que a interpretação defendida pela COSIT em sua Solução de Consulta não resiste a uma análise mais detida, sendo uma mera tentativa de preservar a arrecadação fiscal.

527 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 485.

528 Confira-se o item 28 da Solução de Consulta: “O art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, prevê a tributação da renda dos sócios brasileiros decorrente de sua participação em empresas domiciliadas no exterior. Ou seja, a norma interna incide em contribuinte brasileiro, não gerando qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros”.

529 EMERY, Renata. “Os Vícios do Regime de Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior Previsto na Lei nº 12.973/14”. *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 676.

Em reforço às considerações acima, acrescenta-se que, se for para fazer uso dos acordos de bitributação paralelos, também existe a chamada “cláusula de salvaguarda” (“*saving clause*”) nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil com o México e o Peru. Veja-se abaixo a redação da cláusula inserida no acordo de bitributação com o México:

“3. As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa à capitalização insuficiente ou para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou outra legislação similar”.

Como se pode notar, essa cláusula convencional permite que o Brasil tribute o lucro auferido no México mediante a aplicação da legislação interna de CFC, independentemente das disposições do acordo de bitributação entre os Estados⁵³⁰. Assim, a “*saving clause*” assegura aos países o direito de tributar os seus próprios residentes, ainda que em relação a lucros auferidos por meio de sociedades controladas no exterior.

Com tais anotações, percebe-se que, se for para recorrer aos “*parallel tax treaties*” como elemento de interpretação, como parece ter pretendido a COSIT, o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e o México pode ser utilizado para rebater o argumento do Fisco no sentido de que, nos acordos de bitributação sem “*cláusula de incompatibilidade*”, há permissão para a tributação dos lucros não distribuídos.

Pelo exposto, conclui-se que, embora o recurso aos “*parallel tax treaties*” não possa ser descartado, o seu valor como elemento de interpretação é bastante baixo para a discussão relativa à compatibilidade das regras de CFC com os acordos de bitributação.

530 Vale lembrar que há discussão sobre a caracterização do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 como uma autêntica regra anti-diferimento para efeito de seu enquadramento na “cláusula de salvaguarda” (“*saving clause*”) do acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e o México, sobretudo em razão da sua hipótese normativa ampla, que não alcançava apenas a renda passiva diferida por meio de sociedades controladas localizadas em jurisdições de baixa tributação. O mesmo problema pode surgir em relação à Lei nº 12.973/2014, como apontado nas linhas acima.

2.13 Os acordos de bitributação com cláusula de isenção

Outro aspecto a ser examinado reside no fato de que os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil com Áustria⁵³¹, Argentina⁵³², Equador⁵³³, Espanha⁵³⁴ e Índia⁵³⁵ adotam o método da isenção para evitar a dupla tributação dos dividendos. Em tais acordos de bitributação, no método de alívio à dupla tributação da renda, está previsto que o Brasil deverá isentar os dividendos recebidos por sociedade residente no Brasil que detenha participação societária no capital social da sociedade residente no outro Estado contratante (Áustria, Argentina, Equador, Espanha e Índia), que efetuou a distribuição dos resultados.

A cláusula de isenção afasta a tributação automática dos lucros do exterior prevista na Lei nº 12.973/2014, uma vez que a isenção dos dividendos não pode coexistir com a tributação dos lucros que lhes deram origem. Do contrário, o acordo de bitributação, ao invés de evitar, promoveria a dupla tributação da renda, pois o lucro seria tributado automaticamente no momento de sua apuração e o IRRF cobrado pelo Estado da fonte (Áustria, Argentina, Equador, Espanha e Índia) no momento da distribuição dos dividendos não seria passível de aproveitamento no Brasil, pois o dividendo efetivamente distribuído seria isento de tributação no País, na forma do artigo 23, parágrafo 2º.

Isso significa que, nos acordos de bitributação celebrados com tais países, o Brasil concordou em jamais tributar os lucros das sociedades estrangeiras, seja enquanto mantidos no exterior, seja quando distribuídos para a pessoa jurídica

531 Veja-se: “23 (2). Os dividendos pagos por uma sociedade residente da Áustria a uma sociedade residente do Brasil que possua no mínimo 25% das ações do capital da sociedade que paga os dividendos serão isentos do imposto de sociedade no Brasil”.

532 Veja-se: “23 (2). Os dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, que sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições da presente Convenção, estarão isentos do imposto no Brasil”.

533 Veja-se: “23 (2). Os dividendos pagos por sociedade residente de um Estado Contratante a uma sociedade residente do outro Estado Contratante detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, que são tributáveis no primeiro Estado Contratante de acordo com as disposições da presente Convenção, serão isentos de imposto no outro Estado Contratante”.

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

535 Veja-se: “23 (3). Quando uma sociedade residente de um Estado Contratante receber dividendos que, de acordo com o disposto no parágrafo 2 do Artigo 10, são tributáveis no outro Estado contratante, o primeiro Estado mencionado isentará de imposto esses dividendos”.

no País. Logo, a aplicação da Lei nº 12.973/2014, em tais situações, frustraria por completo o alcance da cláusula de isenção, pois os dividendos seriam submetidos à incidência do IRPJ e da CSLL antes mesmo da sua distribuição para a sociedade controladora no Brasil, quando ainda apresentam a natureza jurídica de lucros da entidade no exterior⁵³⁶.

Além disso, se não fosse assim, seria fácil o Estado da residência burlar a obrigação assumida de isentar os dividendos distribuídos, passando a tributar os lucros apurados por sociedades controladas no exterior antes da sua distribuição, como reconhecido pela própria OCDE no parágrafo 38 dos Comentários ao artigo 10⁵³⁷. Por isso, não pode o Brasil, por meio de simples alteração de sua lei interna, alcançar rendimentos que jamais seriam passíveis de tributação no país se respeitados os mecanismos de alívio à dupla tributação e a repartição do poder de tributar pactuada entre os Estados, sob pena de frustração da finalidade do tratado internacional, bem como do compromisso assumido perante a comunidade internacional⁵³⁸.

Neste contexto, não se pode perder de vista que, sob o prisma teleológico, a cláusula de isenção afasta a própria finalidade das regras de CFC, pois a sua intenção é combater o diferimento de lucros do exterior. Por óbvio, não há postergação da tributação devida no Brasil se os lucros distribuídos sob a forma de dividendos são isentos. Observe-se que o subterfugio de pretender tributar "a parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros", utilizado pelo

536 EMERY, Renata. "Os Vícios do Regime de Tributação dos Lucros de Controladas e Coligadas no Exterior Previsto na Lei nº 12.973/14". *Direito Tributário Internacional – Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. Coord. Sergio André Rocha e Heleno Torres. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 673.

537 Confira-se: "The application of such legislation or rules may, however, complicate the application of Article 23. If the income were attributed to the taxpayer then each item of the income would have to be treated under the relevant provisions of the Convention (business profits, interest, royalties). If the amount is treated as a deemed dividend then it is clearly derived from the base company thus constituting income from that company's country. Even then, it is by no means clear whether the taxable amount is to be regarded as a dividend within the meaning of Article 10 or as "other income" within the meaning of Article 21. Under some of these legislation or rules the taxable amount is treated as a dividend with the result that an exemption provided for by a tax convention, e.g. an affiliation exemption, is also extended to it. It is doubtful whether the Convention requires this to be done. If the country of residence considers that this is not the case it may face the allegation that it is obstructing the normal operation of the affiliation exemption by taxing the dividend (in the form of "deemed dividend") in advance". (Parágrafo 28 dos Comentários ao artigo 10 da Convenção Modelo. OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version*. Paris: OECD, 2010, p. 195).

538 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 483.

legislador tributário na Lei nº 12.973/2014, é irrelevante para fins de aplicação do método da isenção, pois se o dividendo efetivamente distribuído não pode ser tributado, então o que se dirá do seu simples reflexo na sociedade controladora, decorrente da avaliação do investimento pelo MEP⁵³⁹.

É importante mencionar que a própria OCDE, no parágrafo 137 do Relatório da Ação 3 do BEPS, indica que os países devem revisar os seus acordos de bitributação que adotam o método da isenção, a fim de que não tenham que conceder isenção de imposto de renda para os lucros que serão tributados pelas regras domésticas de CFC. Veja-se:

"The elimination of double taxation found in bilateral tax treaties may vary considerably from the wording of Articles 23 A and 23 B of the Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version (OECD, 2010). States should therefore carefully review the relevant provisions of their tax treaties when designing their CFC regimes in order to make sure that they are not inadvertently required to apply the exemption method to income that they wish to tax under these regimes"⁵⁴⁰.

Ora, se há necessidade de revisão dos acordos de tributação, é justamente porque os Estados permanecem obrigados a cumprir a obrigação, assumida no plano internacional, de isentar os dividendos provenientes do outro Estado contratante, independentemente do alcance das suas regras domésticas de CFC.

Implicitamente, a passagem transcrita acima reconhece que a tributação dos lucros de sociedades controladas no exterior é incompatível com os acordos de bitributação que adotam o método da isenção no Estado da residência da sociedade controladora.

A discussão que pode surgir sobre o tema reside no possível argumento de que, para fins de aplicação do método da isenção previsto no artigo 23 dos acordos de bitributação listados acima, seria necessário, inicialmente, qualificar o rendimento no artigo 10 ("dividendos"). Isso porque, se a isenção é concedida para os dividendos, seria necessário primeiro qualificar o rendimento ficto

539 XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 484.

540 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*. OECD: Paris, 2015. p. 59.

como dividendo no artigo 10, para, somente então, aplicar o método de alívio à dupla tributação eleito pelos Estados contratantes.

Assim, como os artigos 10 dos acordos de bitributação em questão, baseados na Convenção Modelo da OCDE, preveem que “*os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado*”, seria possível entender que os lucros fictos, submetidos à tributação no Brasil pela Lei nº 12.973/2014, não representam dividendos pagos.

Nesta linha, poder-se-ia pensar que a renda ficta não pode ser alocada no artigo 10, uma vez que não há a remessa efetiva de rendimentos ou recursos financeiros sob a perspectiva do Estado da fonte. Por consequência, a isenção do artigo 23 somente seria aplicável na efetiva distribuição dos dividendos pelo Estado da fonte.

Porém, a verdade é que o Estado da fonte não precisa alocar o rendimento ficto em qualquer regra distributiva, pois não houve distribuição de dividendos sob a perspectiva da sua jurisdição. A alocação da renda nas regras distributivas deve ser efetuada pelo Brasil, que tem o seu direito de tributar restringido pelo artigo 7º, que impede a tributação dos lucros do exterior, pelo artigo 10, que apenas autoriza a tributação dos dividendos pagos, bem como pelo artigo 23, que concede isenção para os dividendos distribuídos, o que torna a tributação automática dos lucros uma violação indireta dessa obrigação convencional.

Neste ponto, é importante esclarecer que, a todo rigor, a discussão a respeito da aplicação do método da isenção sequer deveria ser suscitada, tendo em vista que a tributação automática de lucros do exterior é incompatível com o artigo 7º e com a estrutura lógica dos acordos de bitributação.

Porém, a jurisprudência administrativa, na vigência do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, sedimentou o entendimento de que o artigo 10 (“dividendos”) deve ser interpretado de forma ampla, para abranger todos os rendimentos provenientes de participações societárias, ainda que decorrentes de ficção jurídica⁵⁴¹, conforme aduzido anteriormente. Assim, caso essa

541 Esse entendimento foi manifestado pelo CARF, por exemplo, nos Acórdãos nº 1302-001.630, de 04.02.2015; nº 1302-001.629, de 03.02.2015; nº 1102-001.247, de 25.11.2014; nº 1402-001.713, de 03.06.2014; nº 1402-00.391, de 27.01.2011; nº 1101-00.365, de 10.11.2010; nº 101-97.020, de 13.11.2008; nº 105-17.382, de 04.02.2009; nº 101-95.497, de 27.04.2006; nº 101-95.500, de 27.04.2006; nº 101-95.476, de 26.04.2006; nº 108-08.765, de 23.03.2006; nº 107-07532, de 18.02.2004, entre tantos outros.

questionável interpretação⁵⁴² venha a prevalecer também na vigência da Lei nº 12.973/2014, será forçoso reconhecer a aplicação do artigo 23 dos acordos de bitributação com cláusula de isenção para dividendos.

A todo rigor, o tema em pauta ainda não foi devidamente apreciado na jurisprudência, pelo menos não em toda a sua extensão.

De fato, sabe-se que diversos acórdãos do CARF, que analisaram o tema sob o enfoque do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, consideraram que a expressão “*lucros disponibilizados*” deveria ser considerada uma forma de tributação de “*dividendos fictos*”, de modo que o artigo 10 dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil seria aplicável para permitir o exercício cumulativo do poder de tributar pelos dois Estados contratantes, em detrimento do artigo 7º, que afastaria a aplicação das regras de CFC.

Porém, como visto no presente estudo, a Lei nº 12.973/2014 não utiliza mais a expressão “*lucros disponibilizados*”, que foi substituída pela controvertida locução “*parcela do ajuste do valor do investimento (...) equivalente aos lucros*”. Assim, ainda não se sabe, com razoável grau de certeza, se a jurisprudência formada no CARF a favor da aplicação do artigo 10 dos acordos de bitributação, para garantir a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros do exterior na vigência do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, será mantida sob a égide da Lei nº 12.973/2014⁵⁴³.

Além disso, os acórdãos do CARF que examinaram acordos de bitributação com cláusula de isenção foram julgados de forma superficial, pois consideraram que a isenção concedida para os dividendos estava condicionada à efetiva tributação dos dividendos pelo outro Estado contratante, o que jamais ocorre no caso de “*dividendos fictos*”. Assim, os acórdãos do CARF incluíram, por via oblíqua, uma cláusula de “*subject-to-tax*” nos acordos de bitributação. Como exemplo, confira-se o acórdão nº 1402-001.713, de 3.6.2014, que examinou o tratado internacional celebrado entre o Brasil e a Argentina:

542 Sobre o tema, conferir: TAKATA, Marcos Shigueo. “Lucros no Exterior, Equivalência e Tributação da ‘Parcela do Ajuste do Valor do Investimento’ à luz dos Acordos de Bitributação Brasileiros”. *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. 6º Volume. Coord. Roberto Quiroga Mosquera e Alessandro Broedel Lopes. São Paulo: Dialética, 2015, pp. 334-374.

543 Alberto Xavier entende que, diante da revogação do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que fazia menção aos “*lucros disponibilizados*”, a jurisprudência que se formou no CARF passa a ter relevância meramente histórica, pois a base em que se assentava não mais subsiste (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 483).

“CONTROLADA NA ARGENTINA. DIVIDENDOS PRESUMIDOS. DISTRIBUIÇÃO À COLIGADA NO BRASIL. TRIBUTAÇÃO. O art. 74 da MP 2158-35/2001 estabeleceu a presunção ficta da tributação de dividendos recebidos por beneficiários domiciliados no Brasil, referentes à disponibilização de lucros auferidos por coligadas ou controladas no exterior. O *Tratado entre Brasil e Argentina não afasta a incidência de tributação, na controladora sediada no Brasil, relativamente aos dividendos disponibilizados pela controlada Argentina e não tributados nesse país*”.

A exceção, na jurisprudência do CARF, fica por conta do acórdão nº 1102-001.247, de 25.11.2014, que acertadamente considerou que o artigo 23 do acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e Argentina, que contém cláusula de isenção para os dividendos, afastava a aplicação do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001. Neste sentido, confira-se trecho do voto proferido pelo João Otávio Oppermann Thomé, que acertadamente abordou as principais controvérsias envolvidas no tema:

“O dispositivo expressamente se refere a dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil. Por este motivo, poderia alguém entender inaplicável o dispositivo em questão ao caso concreto, uma vez que não houve efetivo pagamento de dividendos. Penso diferente. Entendo que não se pode reduzir os dispositivos convencionais a simplesmente nada. *Não me parece concebível que o Brasil celebre com país estrangeiro uma Convenção destinada a evitar a dupla tributação da renda e que possa, por meio de legislação interna posterior à Convenção, criar uma situação em que a renda auferida por suas controladas e coligadas, situadas naquele outro país, não seja alcançada por nenhum dispositivo da Convenção, não se beneficiando nem do tratamento ali previsto para os lucros, nem do tratamento ali previsto para os dividendos. Além disto, como entender o fato de que os dividendos pudessem ser tributados antecipadamente, por força da legislação CFC brasileira, se, por ocasião de sua efetiva distribuição, estes não poderiam ser tributados pelo Brasil?* Simplesmente não faz qualquer sentido. A outra conclusão não posso chegar de que simplesmente o Brasil abriu mão de seu direito de tributar tais rendimentos, quando restar configurada a situação prevista no parágrafo 2º do artigo 10”.

Com base nas considerações acima, pode-se assentar que, a todo rigor, o artigo 7º dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil afasta a aplicação

das regras de CFC, na medida em que protege os lucros de empresas residentes em outro Estado contratante.

Mas ainda que se adote interpretação diversa, deve-se assentar que a isenção concedida aos dividendos nos acordos de bitributação não pode coexistir com tributação dos lucros que servem de base para a distribuição dos dividendos. Sendo assim, nos acordos de bitributação em que o Brasil adotou o método da isenção, as regras brasileiras de CFC deverão ser prontamente afastadas, sob pena de violação do compromisso assumido perante o outro Estado contratante de não tributar os dividendos.

Diante de todas as considerações, percebe-se que, independentemente da discussão acerca da compatibilidade da tributação automática de lucros do exterior com o artigo 7º dos acordos de bitributação, não há como pretender tributar os lucros de sociedades domiciliadas na Áustria, Argentina, Equador, Espanha e Índia, pois o Brasil assumiu o compromisso de não tributar os dividendos distribuídos, o que afasta a possibilidade de cobrança de imposto de renda sobre o lucro auferido pela sociedade antes da sua distribuição aos sócios, bem como sobre os dividendos efetivamente distribuídos.