

**Trench  
Rossi  
Watanabe.**



# TEMAS ATUAIS EM TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

BRASIL 2020





# Temas Atuais em Tributação Internacional

Brasil 2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T792t

Trench, Rossi e Watanabe Advogados.

Temas atuais em tributação internacional – Brasil 2020.  
São Paulo: Trench, Rossi e Watanabe Advogados, 2020. PDF.

ISBN: 978-65-992030-0-8

1. Direito Tributário. 2. Tributação Internacional – Brasil. 3. Impostos. 4. Lucros no Exterior. 5. Preços de Transferência. 6. Digital Services Taxation. 7. Principal Purpose Test. I. Assis, Juliana. Camargo, Luiz Felipe. Carvalho, Paulo. Evaso, Gian. Faria, Marcelo Cimino. Furtado, Maria Fernanda. Gerola, Flavia. Gregorin, Rafael. Machado, Alessandra. Machado, Clarissa. Moretti, Claudio. Musa, Simone. Neder, Marcos. Nóbrega, Luciana. Pontelli, Larissa. Ravelli, Reinaldo. Romano, Roberto. Saraiva, Telírio. Sitrângulo, Ricardo. Stamato, Adriana. Stucky, Thales. Vito, Mariana. Waquil, Inácio. II. Título.

CDD 336.2

CDU 34:336.2

## Sumário

|  |     |
|--|-----|
| Apresentação.....  | iii |
| OS EFEITOS DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL SOBRE A TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS<br>AUFERIDOS POR CONTROLADAS NO EXTERIOR.....                         | 1   |
| <i>Simone Dias Musa e Reinaldo Ravelli</i>   |     |
| IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR: TRATAMENTO DO CRÉDITO NO CENÁRIO DE PREJUÍZO<br>DA INVESTIDORA BRASILEIRA.....                                   | 23  |
| <i>Marcos Vinicius Neder e Telírio Pinto Saraiva</i>   |     |
| A TRIBUTAÇÃO NO BRASIL DOS LUCROS AUFERIDOS POR COLIGADAS E SEUS<br>INVESTIMENTOS INDIRETOS NO EXTERIOR DE ACORDO COM A LEI 12.973/14..... | 41  |
| <i>Juliana Porchat de Assis</i>  |     |
| LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR: APLICAÇÃO DE TRATADOS E ATUAL<br>POSICIONAMENTO DAS CORTES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS.....                  | 57  |
| <i>Roberta de Lima Romano Cabral e Larissa Carneiro Pontelli</i>   |     |
| ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE<br>NO EXTERIOR COM O IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE NO BRASIL.....       | 93  |
| <i>Rafael Gregorin e Gian Carlo Alarcon Evaso</i>  |     |
| TRIBUTAÇÃO DE SERVIÇOS DIGITAIS - RECOMENDAÇÕES DA OCDE E PANORAMA<br>TRIBUTÁRIO NA AMÉRICA LATINA.....                                    | 107 |
| <i>Adriana Stamato e Luciana Nobrega e Silva Loureiro</i>  |     |
| CONVERSÃO DAS REGRAS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA PARA O MODELO OCDE -<br>IMPACTOS E PLANO DE TRANSIÇÃO.....                                 | 127 |
| <i>Clarissa Giannetti Machado e Luiz Felipe Camargo</i>  |     |
| DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS RELATIVAS A LICENÇA DE USO E DISTRIBUIÇÃO DE<br>SOFTWARE.....   | 153 |
| <i>Rafael Gregorin e Ricardo Zequi Sitrângulo</i>  |     |
| O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO <i>COST SHARING</i> INTERNACIONAL NO BRASIL.....  | 167 |
| <i>Maria Fernanda Furtado e Marcello Cimino Faria</i>  |     |

|  |     |
|--|-----|
| IMPACTOS TRIBUTÁRIOS SOBRE VALORES PAGOS NO EXTERIOR A EXPATRIADO TRABALHANDO NO BRASIL: DO REEMBOLSO DE REMUNERAÇÃO PAGO PARA A EMPRESA ESTRANGEIRA E DO PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO À PESSOA FÍSICA NÃO RESIDENTE FISCAL NO BRASIL..... | 185 |
| <i>Mariana Neves de Vito e Paulo Roberto Gomes de Carvalho</i>   |     |
| INCLUSÃO DE ROYALTIES AO VALOR ADUANEIRO DE MERCADORIAS IMPORTADAS.....  | 201 |
| <i>Alessandra Machado Villas Boas</i>  |     |
| A ERA DA TRANSPARÊNCIA FISCAL: NOTAS SOBRE AS REGRAS DE REPORTE OBRIGATÓRIO DE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS.....  | 215 |
| <i>Thales M. Stucky e Inácio Waquil</i>  |     |
| A DEFINIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PERMANENTE E SEUS EFEITOS NA DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA.....  | 251 |
| <i>Claudio Mangoni Moretti</i>   |     |
| PRINCIPAL PURPOSE TEST E A RELAÇÃO DE EQUILÍBRIO ENTRE FISCO E CONTRIBUINTE.....   | 287 |
| <i>Luciana Nobrega e Silva Loureiro</i>  |     |
| O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DAS PARTNERSHIPS (ESTRUTURAS FLOW THROUGH) NO BRASIL.....  | 305 |
| <i>Marcos Vinícius Neder de Lima e Flávia Allegro Gerola</i>   |     |
| TRIBUTAÇÃO DE LUCROS E DIVIDENDOS NO CONTEXTO DA REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL.....   | 327 |
| <i>Simone Dias Musa</i>  |     |

## Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro *Temas Atuais em Tributação Internacional - Brasil 2020*. Esse livro, organizado na forma de coletânea de artigos, é o resultado do esforço conjunto de advogados do time tributário de Trench Rossi Watanabe. O trabalho reflete a experiência dos autores em relação aos diversos temas tributários que tangenciam as transações entre partes brasileiras e estrangeiras no contexto da economia globalizada.

A obra aborda de forma prática e abrangente uma série de assuntos relacionados à tributação internacional, tais quais: a controversa tributação dos lucros em bases universais, diretrizes e modelos de tributação propostos pela OCDE, aspectos tributários concernentes às transações transfronteiriças, obrigações de reporte na era de transparência fiscal, conceitos tributários estrangeiros interpretados à luz da legislação brasileira, bem como os impactos da tributação dos dividendos no Brasil no contexto global em que a economia brasileira está inserida.

Agradecemos a todos os autores por sua disposição em compartilhar seus conhecimentos e pelo tempo que despenderam na preparação de seus respectivos capítulos.

Acreditamos que este livro fornecerá um rico material para reflexão e debate sobre temas relevantes relativos à tributação internacional.



OS EFEITOS DA  
EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL  
SOBRE A TRIBUTAÇÃO DOS  
LUCROS AUFERIDOS POR  
CONTROLADAS NO EXTERIOR

# OS EFEITOS DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL SOBRE A TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADAS NO EXTERIOR

*Simone Dias Musa e Reinaldo Ravelli*

## 1. Introdução

O pronunciamento técnico CPC 18 (R2) - Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em Conjunto estabelece a contabilização de investimentos em coligadas e em controladas e define os requisitos para a aplicação do método da equivalência patrimonial quando da contabilização de investimentos em coligadas, controladas e empreendimentos controlados em conjunto (joint ventures).

O Método da Equivalência Patrimonial (MEP) é o método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo e, a partir daí, é ajustado para refletir a alteração pós-aquisição na participação do investidor sobre os ativos líquidos da investida. As receitas ou as despesas do investidor incluem sua participação nos lucros ou nos prejuízos da investida, e os outros resultados abrangentes do investidor incluem a sua participação em outros resultados abrangentes da investida.

Em outras palavras, pelo MEP, o investimento em coligada, em empreendimento controlado em conjunto e em controlada (neste caso, no balanço individual) deve ser inicialmente reconhecido pelo custo original do investimento ou aquisição, e o seu valor contábil será aumentado ou diminuído pelo reconhecimento da participação do investidor nos lucros ou prejuízos do período, ou por variações patrimoniais geradas pela investida após a aquisição. A participação do investidor no lucro ou prejuízo do período da investida deve ser reconhecida no resultado do período do

investidor. As distribuições recebidas da investida reduzem o valor contábil do investimento.

Além disso, de acordo com o item 10 do CPC 18, ajustes no valor contábil do investimento também são necessários pelo reconhecimento da participação proporcional do investidor nas variações de saldo dos componentes dos outros resultados abrangentes da investida, reconhecidos diretamente em seu patrimônio líquido. Tais variações incluem aquelas decorrentes da reavaliação de ativos imobilizados, quando permitida legalmente, e das diferenças de conversão em moeda estrangeira, quando aplicável. A participação do investidor nessas mudanças deve ser reconhecida de forma reflexa, ou seja, em outros resultados abrangentes diretamente no patrimônio líquido do investidor<sup>1</sup>, e não no seu resultado.

O item 11 do CPC 18 esclarece ainda que a aplicação do método da equivalência patrimonial proporciona relatórios com maior grau de informação acerca dos ativos líquidos do investidor e acerca de suas receitas e despesas.

Um aspecto importante a ser considerado é que o item 27 do CPC 18 prevê que quando a coligada ou o empreendimento controlado em conjunto tiver investimentos em controladas, em coligadas ou em empreendimentos controlados em conjunto (joint ventures), o resultado, os outros resultados abrangentes e os ativos líquidos considerados para aplicação do Método da Equivalência Patrimonial devem ser aqueles reconhecidos nas demonstrações contábeis da coligada ou do empreendimento controlado em conjunto (incluindo a participação detida pela coligada ou pelo empreendimento controlado em conjunto no resultado, nos outros resultados abrangentes e nos ativos líquidos de suas coligadas e de seus empreendimentos controlados em conjunto), após a realização dos ajustes

---

<sup>1</sup> Cf. Pronunciamento Técnico CPC 26 – Apresentação das Demonstrações Contábeis.

necessários para uniformizar as práticas contábeis<sup>2</sup>. Esse mesmo procedimento deve ser aplicado à figura da controlada no caso das demonstrações contábeis individuais.

O ICPC 09 (R2) - Demonstrações Contábeis Individuais, Demonstrações Separadas, Demonstrações Consolidadas e Aplicação do Método de Equivalência Patrimonial reconhece em seu item 4 que, do ponto de vista conceitual, as demonstrações individuais só deveriam ser divulgadas publicamente para o caso de entidades que não tivessem investimentos em controladas. No caso de existência desses investimentos, as entidades deveriam divulgar somente as demonstrações consolidadas, conforme estabelecido nas normas internacionais de contabilidade emitidas pelo IASB.

Todavia, conforme o item 5, a legislação societária brasileira e alguns órgãos reguladores determinam a divulgação pública das demonstrações contábeis individuais de entidades que contêm investimentos em controladas, mesmo quando essas entidades divulgam suas demonstrações consolidadas; inclusive, a legislação societária requer que as demonstrações contábeis individuais, no Brasil, sejam a base de diversos cálculos com efeitos societários (determinação dos dividendos mínimos obrigatórios e total, do valor patrimonial da ação etc.).

Assim, enquanto vigente a determinação legal para divulgação das demonstrações individuais da controladora, o ICPC 09 requer procedimentos contábeis específicos para as demonstrações individuais das controladoras.

Nesse sentido, o item 11 do ICPC 09 esclarece, em primeiro lugar, que a equivalência patrimonial corresponde a uma forma simplificada de consolidação; por meio dela é consolidado, no ativo da investidora, não o valor de cada ativo e de cada passivo da entidade investida, mas apenas

---

<sup>2</sup> Cf. itens 35 a 36A do CPC 18.

seu ativo líquido (patrimônio líquido) constituído pelo valor patrimonial do investimento e determinado pela participação efetiva da investidora no patrimônio líquido da investida; ainda, é consolidada no resultado da investidora não cada receita e cada despesa da investida, mas apenas a parte do resultado líquido pertencente à investidora em uma única linha.

É reconhecida também no investimento da investidora de forma consolidada (e não em cada ativo e passivo seu) a parte que lhe cabe em cada resultado abrangente registrado pela investida. Assim, a equivalência patrimonial e a consolidação de demonstrações contábeis são visões diferentes do processo de consolidação de duas ou mais entidades, mas com efeitos praticamente iguais no valor final do patrimônio líquido e do resultado líquido da investidora. Portanto, estão calcadas no mesmo objetivo de consolidação, mas mostrando seus efeitos, em uma, de forma simplificada, em outra de forma integral.

De acordo com o item 60 do ICPC 09, na aplicação da equivalência patrimonial sobre coligada, controlada ou empreendimento controlado em conjunto, o resultado da equivalência patrimonial deve, basicamente, representar a parcela da investidora no resultado líquido da investida. A equivalência patrimonial sobre outros resultados abrangentes da investida deve ser reconhecida, na investidora, também diretamente contra seu patrimônio líquido, como parte de outros resultados abrangentes da investidora.

Dessa forma, o item 61 do ICPC 09 esclarece que não devem transitar pelo resultado da investidora como resultado da equivalência patrimonial as mutações do patrimônio líquido da investida que não transitam ou só transitarão futuramente pelo resultado da investida, tais como: ajustes por variação cambial de investimentos no exterior e ganhos ou perdas de conversão<sup>3</sup>; determinados ganhos e perdas atuariais; variações no valor

---

<sup>3</sup> Ver Pronunciamento Técnico CPC 02 – Efeitos das Mudanças nas Taxas de Câmbio e Conversão de Demonstrações Contábeis.

justo de ativos financeiros disponíveis para venda; variações no valor justo de instrumentos de *hedge*; realização de reservas de reavaliação etc.

Especificamente em relação aos investimentos em controladas e coligadas no exterior, o artigo 76 da Lei n.º 12.973/14 estabelece o regime geral de tributação em bases universais (TBU) no Brasil:

Art. 76. A pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, deverá registrar em subcontas da conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, 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.

Além disso, o artigo 77 da Lei n.º 12.973/14 prevê a tributação da parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior, excetuando as variações cambiais:

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.

§ 1.º 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.

Um aspecto que merece atenção é o requisito de subcontas introduzido por essa legislação. A Instrução Normativa n.º 1.520/14 prevê orientações

adicionais sobre a aplicação do regime TBU brasileiro, incluindo a exigência de subcontas.

No caso, o artigo 2.º da Instrução Normativa n.º 1.520/14 estabelece que a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada deverá registrar em subcontas vinculadas à conta de investimentos em controlada direta no exterior, de forma individualizada, o resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e suas controladas, direta ou indiretamente, 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.

Nesse sentido, o valor a ser registrado na subconta deve ser a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros auferidos pela controlada, direta ou indireta, antes da tributação no exterior sobre o lucro. Além disso, dos resultados das controladas diretas ou indiretas não devem constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto.

Assim, em relação às subcontas, o artigo 3.º da Instrução Normativa n.º 1.520/14 determina que elas sejam analíticas e registrem em último nível os lançamentos contábeis. Além disso, deve ser criada uma subconta para cada controlada – direta ou indireta – da investidora no Brasil. As subcontas devem estar vinculadas à conta do ativo investimento em controlada direta no exterior. As contrapartidas dos valores registrados nas subcontas devem ser registradas em uma subconta auxiliar.

Na prática, o valor do resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos lucros apurados pela controlada, direta ou indireta, deve ser registrado a débito na subconta, em contrapartida à subconta auxiliar. Da mesma forma, o valor do resultado contábil na variação do valor do investimento equivalente aos prejuízos apurados pela

controlada, direta ou indireta, deve ser registrado a crédito na subconta, em contrapartida à subconta auxiliar. Esses valores registrados de acordo com o acima devem ser revertidos no ano-calendário seguinte.

Vale destacar que o item 75 da exposição de motivos da MP 627, convertida na Lei n.º 12.973/14, esclarece que a individualização em subcontas visa estabelecer procedimento que explicita, nos registros do contribuinte, as parcelas que influenciaram o resultado contábil na variação de seus investimentos no exterior, independentemente do pagamento ou não de tributos no Brasil ou da consolidação ou não de empresas situadas no exterior. Trata-se, assim, de detalhar os valores que compuseram o resultado reconhecido pelo investidor brasileiro, os quais, pelo Método de Equivalência Patrimonial, são demonstrados apenas de forma agregada.

## **2. A equivalência patrimonial dos investimentos em controladas no exterior e a aplicação dos tratados para evitar a dupla tributação na égide da Lei n.º 12.973/14**

Como é possível depreender da nota introdutória deste artigo, os resultados de equivalência patrimonial registrados por empresa investidora são mero reflexo dos resultados apurados por empresas controladas e coligadas: uma criação da contabilidade e da legislação societária para simplificar a consolidação – no balanço individual da empresa investidora – dos resultados apurados por suas empresas investidas. É, sem dúvida, uma parcela importante do resultado da investidora, afinal, é o resultado consolidado dos investimentos permanentes em sociedades controladas e coligadas. Entretanto, não se pode, de forma alguma, pensar nesse resultado de equivalência patrimonial como um resultado autônomo, independente da sua natureza jurídica de reflexo dos lucros ou prejuízos auferidos por sociedades controladas.

A Lei n.º 12.973/94, em seu artigo 76, trouxe para o âmbito legal a determinação que já existia em instrução normativa da Receita Federal

vigente sob a égide da MP n.º 2.158-35/01, no sentido de que o resultado de equivalência patrimonial das controladas e coligadas domiciliadas no exterior serão tributados no balanço da controladora brasileira, ao final do ano calendário. Esse dispositivo legal dispõe sobre o momento da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, no caso de lucros auferidos por controladas no exterior.

Alguns julgamentos nos planos administrativo e judicial trazem uma discussão sobre a tributação do resultado da equivalência patrimonial dos investimentos em controladas e coligadas no exterior como resultado da própria empresa investidora brasileira, como se a equivalência patrimonial não fosse um reflexo do lucro auferido pela empresa investida e ainda não distribuído, mas sim um lucro autônomo, gerado pela própria pessoa jurídica investidora. Por meio desse raciocínio, argumenta-se em alguns julgados que o lucro registrado por equivalência patrimonial de investimentos no exterior não estaria sujeito à uma análise dos tratados para evitar a dupla tributação celebrados entre o Brasil e o país em que se situa a controlada ou a coligada. Não há razão nesse argumento, pois não há como distanciar o resultado da equivalência patrimonial de sua intrínseca natureza jurídica, que é o lucro auferido pela empresa estrangeira, que com sua investidora não se confunde.

De fato, a Lei n.º 12.973/14, ao trazer para o âmbito legal a tributação do resultado da equivalência patrimonial das empresas investidas no exterior, em nada prejudicou ou modificou o cerne da discussão sobre a aplicação dos tratados. A legislação doméstica tributa anualmente no Brasil, nos livros da controladora, os lucros auferidos por suas controladas no exterior, por meio do resultado derivado do Método da Equivalência Patrimonial, mesmo que tais lucros estrangeiros ainda não tenham sido distribuídos para a controladora na forma de dividendos. De fato, o Supremo Tribunal Federal já decidiu em Ação Direta de Inconstitucionalidade que existe disponibilidade econômica e jurídica sobre os lucros gerados no exterior

por empresas controladas, ainda que não distribuídos. Entretanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal não trata especificamente dos casos em que a controlada se situa em país com o qual o Brasil tenha celebrado tratado.

Ou seja, sendo o lucro gerado por empresa estrangeira que esteja localizada em país com o qual o Brasil tenha celebrado tratado, o artigo 7.º dos tratados determina que este lucro deve ser tributado apenas pela sociedade que o auferir, ainda que esta seja controlada por empresa brasileira. Apenas quando distribuído na forma de dividendos é que o lucro auferido no exterior será tributado no Brasil, com raras exceções, previstas em alguns tratados, em que o sistema para evitar a dupla tributação escolhido pelos países envolvidos seja o sistema de isenção, e não o de crédito estrangeiro.

Veremos como caminhará essa discussão no judiciário.

### **3. Os investimentos em controladas por empresa holding e o conceito de renda passiva**

Uma outra situação que merece destaque é a da consolidação dos resultados de controladas no exterior quando a empresa investidora brasileira detém tais investimentos por uma holding no exterior.

Por força do disposto no artigo 21, I, alínea “d”, da Instrução Normativa n.º 1.520/14, uma dúvida que pode surgir é se a empresa brasileira estaria impedida de consolidar, para fins de tributação em base universal, os resultados de holding estrangeira que adote o Método de Equivalência Patrimonial em relação aos investimentos que possui em outras subsidiárias estrangeiras, e esse resultado de equivalência seja positivo e ultrapasse 20% da sua renda total.

Assim dispõe o artigo 21, I, alínea “d” da Instrução Normativa n.º 1.520/14:

Art. 21. Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

I - renda ativa própria - aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas decorrentes de:

(...)

c) dividendos;

d) participações societárias (juros sobre capital próprio, partes beneficiárias, debêntures, resultado positivo da equivalência, variação cambial); (grifo nosso)

Como é possível notar, o artigo 21, I, alínea "d", ao listar as receitas que devem ser excluídas do conceito de renda ativa para fins do regime de tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, inclui menção, entre parênteses, aos resultados de equivalência patrimonial reconhecidos pela controlada estrangeira.

Entretanto, não se verifica expressamente tal restrição quanto ao "resultado positivo da equivalência" no disposto no artigo 84, I, alínea "d" da Lei n.º 12.973/14, conforme segue:

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

I - renda ativa própria - aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas decorrentes de:

(...)

c) dividendos;

d) participações societárias;

A nosso ver, há bons argumentos para se sustentar a consolidação dos resultados de holding que reconhece os resultados de suas subsidiárias por meio de equivalência patrimonial.

Primeiro, a ausência de consolidação violaria o conceito de renda previsto pela Constituição Federal e pelo Código Tributário Nacional. Parece-nos possível sustentar a ilegalidade e inconstitucionalidade do art. 21, I, alínea "d" da Instrução Normativa n.º 1.520/14, quando faz referência à

equivalência patrimonial como renda passiva, desautorizando, eventualmente, a consolidação quando resulta em valor superior a 20% da receita total da controlada estrangeira. O critério exclusivo de reconhecimento ou não de resultado reflexo de subsidiárias, decorrente de exigência da legislação comercial local para negar o direito à consolidação, violaria o conceito de renda e o princípio da isonomia. Em nossa opinião, é função operacional de uma holding administrar os seus investimentos e não haveria cabimento em penalizá-la por eventual reconhecimento contábil que venha a ser exigido em sua jurisdição de residência. Permitir essa interpretação resultaria em uma diferenciação infundada entre holdings em jurisdições diversas, exclusivamente em virtude da aplicação de regras contábeis locais – que nada impactam no quesito substância, capacidade operacional, tributação mínima ou propósito negocial.

De forma similar, a previsão da citada instrução normativa extrapolaria a previsão legal ao incluir a equivalência patrimonial como “receitas” decorrentes de participações societárias, resultando em ofensa ao princípio da legalidade e da hierarquia das leis. Há inúmeros julgados, tanto na esfera administrativa quanto judicial, sustentando o entendimento de que uma instrução normativa não pode restringir direito concedido por lei.<sup>4</sup>

É possível ainda argumentar que o cálculo do percentual de renda ativa versus passiva deveria excluir o resultado de equivalência patrimonial também do denominador. Essa seria a única interpretação coerente com o art. 76, §1.º da Lei 12.973/14, que prevê que os resultados das controladas indiretas devem ser excluídos dos resultados da controlada direta, ou seja, se a controlada direta efetuar equivalência patrimonial, esse montante deveria ser desconsiderado para fins de cálculo do lucro tributável no Brasil.

Art. 76 (...)

§ 1.º Dos resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão

---

<sup>4</sup> STJ. REsp n.º 990313 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 19/2/2008.

constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto.

Melhor dizendo, a legislação não poderia aplicar a ficção de horizontalidade para tributar as controladas indiretas diretamente, porém considerar a estrutura societária e o eventual reflexo contábil por equivalência para fins de classificação como renda passiva. A premissa inicial da legislação seria a individualização das controladas, ou seja, não poderia considerar que o resultado de uma controlada indireta impacte a controlada direta para nenhum fim, inclusive a consolidação.

Portanto, a nosso ver, somente dividendos recebidos pela holding estrangeira deveriam entrar no cômputo da renda passiva para fins de consolidação ou não. Não obstante, na prática, essa discussão tende a ser mais relevante se a holding incorrer com despesas próprias, que em um cenário de consolidação, poderiam reduzir o montante do lucro tributável no Brasil das controladas indiretas passíveis de consolidação.

#### **4. A tributação do resultado positivo de variação cambial na alienação dos investimentos**

O Pronunciamento Técnico CPC 02 (R2) - Efeitos das Mudanças nas Taxas de Câmbio e Conversão de Demonstrações Contábeis orienta acerca de como incluir transações em moeda estrangeira e operações no exterior nas demonstrações contábeis da entidade e como converter demonstrações contábeis para moeda de apresentação.

Os principais pontos envolvem quais taxas de câmbio devem ser usadas e como reportar os efeitos das mudanças nas taxas de câmbio nas demonstrações contábeis.

O item 3 (b) do CPC 02 é claro ao definir que esse pronunciamento deve ser adotado na conversão de resultados e na posição financeira de operações

no exterior, que são incluídas nas demonstrações contábeis da entidade por meio de consolidação ou pela aplicação do método da equivalência patrimonial.

Já a variação cambial é definida como a diferença resultante da conversão de um número específico de unidades de uma moeda para outra, a diferentes taxas cambiais.

Por sua vez, a entidade no exterior é definida como uma entidade que pode ser controlada, coligada, empreendimento controlado em conjunto ou filial, sucursal ou agência de uma entidade que reporta informação, por meio da qual são desenvolvidas atividades que estão baseadas ou são conduzidas em um país ou em moeda diferente daquelas da entidade que reporta a informação.

Especificamente em relação às variações cambiais de investimentos no exterior, o item 32 do CPC 02 estabelece que as variações cambiais advindas de itens monetários que fazem parte do investimento líquido em entidade no exterior da entidade que reporta a informação devem ser reconhecidas no resultado nas demonstrações contábeis separadas da entidade que reporta a informação ou nas demonstrações contábeis individuais da entidade no exterior, conforme apropriado. Nas demonstrações contábeis que incluem a entidade no exterior e a entidade que reporta a informação<sup>5</sup>, tais variações cambiais devem ser reconhecidas, inicialmente, em outros resultados abrangentes em conta específica do patrimônio líquido, e devem ser transferidas do patrimônio líquido para a demonstração do resultado quando da baixa do investimento líquido.

Assim, esclarece o item 48 do CPC 02 que 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

---

<sup>5</sup> Por exemplo, demonstrações contábeis individuais com avaliação das investidas por equivalência patrimonial, ou demonstrações contábeis consolidadas quando a entidade no exterior é uma controlada.

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.<sup>6</sup>

O item 49, por sua vez, reconhece que qualquer entidade pode baixar total ou parcialmente suas participações em entidade no exterior mediante venda, liquidação, resgate, reembolso ou amortização de ações, ou abandono do todo ou parte da operação.

No tocante aos efeitos fiscais de todas as variações cambiais, o item 50 esclarece que ganhos e perdas em transações com moedas estrangeiras e variações cambiais advindas da conversão do resultado e da posição financeira da entidade (incluindo a entidade no exterior) para moeda diferente podem produzir efeitos fiscais. O Pronunciamento Técnico CPC 32 - Tributos sobre o Lucro deve ser aplicado no tratamento desses efeitos fiscais.

Por fim, o item 52 (b) determina que a entidade deve divulgar variações cambiais líquidas reconhecidas em outros resultados abrangentes e registradas em conta específica do patrimônio líquido, e a conciliação do montante de tais variações cambiais, no início e no final do período.

Como é possível notar, de acordo com o CPC 02, os resultados de variação cambial não são mais reconhecidos no resultado da empresa investidora brasileira, mas sim no patrimônio líquido, na conta de outros resultados abrangentes. Somente são transferidas do patrimônio líquido para a demonstração do resultado quando da baixa do investimento.

Como regra geral, o art. 77 da Lei n.º 12.973/14 determina a não tributação da variação cambial dos investimentos no exterior:

Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por

---

<sup>6</sup> Ver Pronunciamento Técnico CPC 26 - Apresentação das Demonstrações Contábeis.

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.

§ 1.º 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.

Assim, tal disposição prevê expressamente a exclusão dos resultados da variação cambial em relação aos investimentos estrangeiros do cálculo do IRPJ e da CSLL.

Não obstante, como não faz qualquer referência à conta em que são contabilizados (por exemplo, patrimônio líquido ou resultado) nem ao momento de seu reconhecimento, podem existir dúvidas sobre o tratamento dessa variação cambial por ocasião da alienação ou baixa do investimento estrangeiro.

Há o risco de questionamento por parte das autoridades fiscais, que podem tentar alterar os efeitos das variações cambiais observadas no momento da baixa do investimento estrangeiro, para exigir a cobrança do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS.

Melhor dizendo, as autoridades fiscais podem tentar aplicar um tratamento tributário distinto à variação cambial verificada enquanto o investimento no exterior é detido e aquela relacionada à participação societária baixada pelo contribuinte, independentemente do título atribuído (i.e., venda, redução de capital, liquidação etc.).

Ou seja, as autoridades fiscais podem argumentar que, embora qualquer variação monetária positiva relacionada ao investimento estrangeiro não seja tributada por ocasião da aplicação do MEP ao longo dos exercícios fiscais ou da variação do percentual de investimento na empresa investida,

a baixa seria tributável, uma vez que esse evento caracterizaria a realização de um direito de crédito.

O Acórdão n.º 9101-001.847 é um precedente desfavorável da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) sobre o assunto. O caso tratava da tributação da variação cambial decorrente da redução do capital da empresa investida no exterior, que havia sido apurada pelo Método de Equivalência Patrimonial. A ementa da decisão diz o seguinte:

**ACÓRDÃO 9101-001.847**

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

Carf - Câmara Superior de Recursos Fiscais CSRF

MATÉRIA: IRPJ E OUTROS

Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Exercício: 2003, 2004, 2005 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.

(...)<sup>7</sup>

De um lado, o contribuinte alegou que a baixa do investimento mensurado pelo Método da Equivalência Patrimonial e a correspondente variação cambial não poderia ser tributada.

Por outro, as autoridades fiscais sustentaram que as variações cambiais não seriam resultado de equivalência patrimonial, já que o resgate das ações por meio da redução de capital resultaria na realização de um direito de crédito, para a qual haveria uma disposição expressa para a correspondente tributação da variação cambial por ocasião da liquidação (artigo 375 do

---

<sup>7</sup> Csrf. Acórdão n.º 9101-001.847, Rel. Cons. Susy Gomes Hoffmann, DJ 10/12/2013.

antigo Regulamento do Imposto de Renda, correspondente ao artigo 405 do novo regulamento).

A decisão foi desfavorável ao contribuinte, por voto de qualidade, concluindo que a não tributação da variação cambial enquanto o investimento é detido, não poderia ser confundida com aquela vinculada ao investimento estrangeiro por ocasião de sua baixa/realização. Assim, a decisão foi em favor que a variação cambial, por ocasião da baixa/realização do investimento estrangeiro, deve ser considerada como rendimento financeiro tributável para fins de IRPJ e pela CSLL, bem como para o PIS e a COFINS, respeitando, é claro, qualquer isenção fiscal (i.e., taxa zero) prevista na legislação pertinente.

As autoridades fiscais invocaram o artigo 30 da Medida Provisória n.º 2.158-35/01 para suportar seu entendimento.

Em nossa opinião, todavia, as variações cambiais dos investimentos estrangeiros devem ser consideradas parte dos resultados da aplicação do MEP e, portanto, estão sujeitas à regra geral do art. 77 da Lei n.º 12.973/14, que determina a não tributação da variação cambial dos investimentos no exterior. Logo, a legislação vigente exclui expressamente de tributação as variações cambiais reconhecidas sobre investimentos estrangeiros sujeitos ao Método de Equivalência Patrimonial.

O artigo 23 do Decreto-Lei n.º 1.598/77 prevê uma regra geral de não tributação dos resultados dos investimentos no exterior determinados pelo MEP. Considerando que a baixa do investimento estrangeiro não deve alterar a natureza da variação cambial reconhecida inicialmente como resultado da aplicação do MEP, acreditamos que a regra de não tributação do IRPJ/CSLL deve prevalecer.

Até o final de 2014, o artigo 25 da Lei n.º 9.249/95 e o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/01 previam as regras gerais de tributação dos lucros obtidos por meio de investimentos no exterior.

Sob a vigência da referida legislação, o artigo 7.º da Instrução Normativa n.º 213/02 estabelecia que o resultado positivo do Método de Equivalência Patrimonial deveria ser submetido ao regime de tributação em bases universais, sem fazer qualquer distinção sobre a origem desse resultado, alcançando, assim, até mesmo o resultado de variações cambiais positivas do investimento estrangeiro.

Na época, houve um grande debate se a Instrução Normativa n.º 213/2002 teria excedido as disposições dos artigos 25 da Lei n.º 9.249/95 e 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, quando sugeria a inclusão dos resultados positivos das variações cambiais entre os rendimentos tributáveis para fins das regras de TBU.

Assim, as autoridades fiscais e contribuintes discutiam sob a égide da legislação anterior a possibilidade de que a alteração no valor do investimento devido à variação cambial pudesse se submeter à tributação pelo IRPJ e CSLL. Em nossa opinião, a posição dos contribuintes prevaleceu no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) nesse período.

Por meio do Acórdão n.º 9101-002.294, de 5 de abril de 2016, a CSRF concluiu expressamente que o escopo do disposto no artigo 7.º da Instrução Normativa n.º 213/2002 estaria restrito aos lucros obtidos no exterior, não devendo incluir as variações cambiais de investimentos no exterior. Esse precedente é especialmente importante porque reconhece expressamente que as variações cambiais são consideradas parte da aplicação do MEP.

Da mesma maneira, o Acórdão n.º 9101-001.671, de 11 de novembro de 2013, da CSRF, segue a mesma lógica, quando conclui que a variação cambial resultante do investimento estrangeiro mensurado pelo Método de Equivalência Patrimonial não é tributável.

De forma similar, o Acórdão n.º 9101-001.795, de 14 de janeiro de 2014, da CSRF, conclui que, tendo em vista as razões contidas na mensagem de veto

ao artigo 46 do projeto de conversão da Medida Provisória n.º 135/2003, a variação cambial sobre investimento estrangeiro não constituiria despesa dedutível nem rendimento tributável, indicando a necessidade de uma lei expressa nesse sentido.

Além disso, a disposição do artigo 30 da Medida Provisória n.º 2.158-35/01 aplica-se apenas às variações monetárias relativas à liquidação “dos direitos de crédito e das obrigações do contribuinte.” A liquidação de um investimento estrangeiro não seria assim uma hipótese de tributação da variação cambial prevista por esse dispositivo.

Assim, nos parece que Acórdão n.º 9101-001.847 baseou-se em uma disposição tributária aplicável apenas à tributação da variação cambial sobre os direitos creditórios e de obrigações no exterior, que não deveria alcançar variações cambiais reconhecidas sobre participações societárias.

No caso de investimentos em controladas e coligadas estrangeiras, a regra deve ser a neutralidade fiscal. Ou seja, o regime geral do artigo 30 da Medida Provisória n.º 2.158-35/01 não seria aplicável, uma vez que os efeitos da variação cambial sobre a baixa de investimentos em empresas estrangeiras estão especificamente endereçados no artigo 77 da Lei n.º 12.973/14.

Ademais, embora desfavorável, é importante mencionar que o Acórdão n.º 9101-001.847 é anterior à Lei n.º 12.973/14, que agora prevê explicitamente a não tributação da variação cambial sobre os investimentos no exterior no contexto da tributação em bases universais.

Ou seja, mesmo que as decisões tenham sido proferidas antes da Lei n.º 12.973/14, entendemos que o Carf já se posicionou no sentido de que a variação cambial do investimento estrangeiro faz parte dos ganhos de equivalência e que seria isento do IRPJ e da CSLL. Assim, não haveria base

legal para uma tributação a posteriori de variações cambiais reconhecidas originalmente a partir da aplicação do MEP.<sup>8</sup>

Com a promulgação da Lei n.º 12.973/14, a não tributação das variações cambiais está ainda mais clara, uma vez que o artigo 77 determina que apenas a parcela do ajuste do valor do investimento em controladas deve ser tributada pelo IRPJ e pela CSLL.

Por conseguinte, entendemos que há bons argumentos para sustentar-se que as variações cambiais reconhecidas sobre o investimento estrangeiro não devem ser tributadas por ocasião da baixa ou por alienação do investimento estrangeiro, ainda que revertidas para o resultado.

## **5. Conclusão**

Com base no exposto acima, podemos concluir que há bons argumentos para sustentar-se que a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial é mera técnica contábil que visa simplificar a consolidação dos resultados de empresas investidas. Portanto, especificamente no caso de investidas no exterior, a Lei n.º 12.973/14, ao trazer para o âmbito legal a tributação do resultado da equivalência patrimonial das controladas no exterior, em nada teria modificado a discussão que existe sobre a aplicação dos tratados para afastar a tributação dos lucros auferidos por controladas em países com os quais o Brasil possui tratado, enquanto não distribuídos na forma de dividendos.

Além disso, não deveria haver restrições para a empresa brasileira consolidar os prejuízos de uma holding estrangeira, assumindo que, excluídos os resultados de equivalência patrimonial, a referida holding preencha as demais condições para consolidação de resultados.

---

<sup>8</sup> Carf. Acórdão n.º 1302-00.328, 1.a Seção de Julgamento do Carf, 3.a Câmara, 2.a Turma Ordinária, Rel. Cons. Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, DJ 4/8/2010.

Da mesma forma, entendemos que há bons argumentos para sustentar-se que os resultados de variação cambial do investimento que empresa brasileira detinha em controlada estrangeira não devem gerar impactos fiscais por ocasião da alienação desse investimento no exterior. Portanto, se positiva, a variação cambial não deve ser tributada e, se negativa, a perda não pode ser deduzida da base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Da mesma forma, as variações cambiais positivas revertidas do patrimônio líquido para o resultado, não devem ser consideradas receitas financeiras para fins de PIS e COFINS.

IMPOSTO PAGO NO  
EXTERIOR: TRATAMENTO DO  
CRÉDITO NO CENÁRIO DE  
PREJUÍZO DA INVESTIDORA  
BRASILEIRA

# IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR: TRATAMENTO DO CRÉDITO NO CENÁRIO DE PREJUÍZO DA INVESTIDORA BRASILEIRA

*Marcos Vinicius Neder e Telírio Pinto Saraiva*

## 1. Introdução

Em 1995, a Lei n.º 9.249 determinou que os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior seriam computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas ao final de cada exercício. O Brasil inseriu-se, nesse momento, no rol de países que adotam a tributação em bases universais como premissa para incidência do imposto sobre a renda.

Nesse contexto, a possibilidade da antecipação, ao fim de cada ano, da tributação dos lucros auferidos por subsidiárias no exterior tem sido muito debatida nos últimos anos, certamente pela sua importância na solução de litígios tributários, tanto nas vias judiciais como nos tribunais administrativos. Questionam-se os elementos que devem compor a base de cálculo dessa tributação do lucro, examinando-se com mais detalhe o regime de compensação no Brasil do imposto sobre a renda pago por entidades estrangeiras investidas de multinacionais brasileiras.

Como bem observa Sergio André Rocha, “um dos temas de tributação internacional mais carentes de regulamentação na legislação tributária brasileira é o relativo à apropriação de crédito referente a imposto pago no exterior”.<sup>9</sup>

Mais recentemente, a sistemática de tributação foi alterada pela nova disciplina introduzida pela Lei n.º 12.973/2014, que passou a exigir o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o

---

<sup>9</sup> Sergio André Rocha, *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*, 2. ed., São Paulo, Quartier Latin, 2016, p. 204.

Lucro Líquido (CSLL) sobre a parcela positiva do ajuste no valor do investimento registrado pela matriz brasileira em sua escrituração contábil. Logo em seguida, a Instrução Normativa n.º 1.520/2014 da Receita Federal (IN RFB n.º 1.520/2014) regulamentou a referida lei, trazendo novas orientações sobre a compensação dos tributos pagos no exterior em anos-calendário subsequentes.

Há clara orientação da legislação doméstica e dos tratados internacionais brasileiros para se evitar a dupla tributação por meio da utilização dos métodos de isenção e de crédito, seguindo o padrão dos modelos da OCDE e da ONU.<sup>10</sup>

Como regra, a investidora brasileira pode deduzir, na proporção da sua participação, o eventual imposto pago no exterior por empresas controladas. Essa compensação refere-se ao imposto incidente sobre as parcelas positivas computadas na determinação do lucro real até o limite dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas, conforme previsto no art. 87 da Lei n.º 12.973/2014.

No entanto, duas situações em particular impedem o pleno aproveitamento no Brasil desse imposto recolhido no exterior, quais sejam:

- (i) a empresa brasileira encerra o exercício com a apuração de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL (PF/BCN), contexto em que sequer existirão tributos a serem pagos no país; ou
- (ii) a empresa brasileira apura lucro real positivo, porém em valor inferior ao total dos lucros auferidos no exterior nele computados.

Tais hipóteses, embora relativamente comuns, não são expressamente reguladas pela Lei n.º 12.973/2014. Apenas a Instrução Normativa n.º 1.520/2014, em seu art. 30, §16, traz a previsão para as duas situações

---

<sup>10</sup> Heleno Taveira Tôres, *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 538-540.

supramencionadas. A Receita Federal prevê que o crédito equivalente ao imposto pago no exterior seja calculado mediante a multiplicação dos lucros de investidas estrangeiras adicionados ao lucro real pela alíquota de 15%, se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional do imposto sobre a renda, ou pela alíquota de 25%, se exceder.

Nesse contexto, o presente estudo busca examinar a validade da aplicação do percentual de 25% indicado pela IN RFB n.º 1.520/2014, eis que é sabido que os lucros auferidos no exterior por investidas são submetidos à tributação no Brasil tanto pelo IRPJ, como pela CSEL, à alíquota nominal combinada de 34%.

## **2. Compensação do imposto pago no exterior e eliminação da dupla tributação da renda**

Conforme visto, o sistema tributário brasileiro passou a ser regido pelo princípio da tributação em bases universais (TBU) com a edição da Lei n.º 9.249/1995. Nos termos do seu art. 25, os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior passaram a ter de ser computados anualmente na determinação do lucro real das pessoas jurídicas.

A migração para o regime da TBU foi fundamentada pelo racional de combate à elisão fiscal, vide exposição de motivos da Lei n.º 9.249/1995 elaborada pelo então ministro da Fazenda, Pedro Malan:

14. Adota-se, com a tributação da renda auferida fora do País, medida tendente a combater a elisão e o planejamento fiscais, uma vez que o sistema atual - baseado na territorialidade da renda - propicia que as empresas passem a alocar lucros a filiais ou subsidiárias em "paraísos fiscais". Interna-se, ainda, harmonizar o tratamento tributário dos rendimentos, equalizando a tributação das pessoas jurídicas às das pessoas físicas, cujos rendimentos externos já estão sujeitos ao imposto na forma da legislação em vigor.

A Lei nº 9.249/1995 também previu em seu art. 26 que 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”.

O direito ao crédito do imposto pago no exterior pauta-se na premissa de que um mesmo rendimento não pode ser duplamente tributado, tanto no país de fonte, como no de residência da investidora. O art. 26 reflete, portanto, “medida unilateral para evitar a bitributação internacional sobre rendimentos”.<sup>11</sup>

Ou seja, por definição, o direito à compensação do imposto pago no exterior é mecanismo criado para eliminação da dupla tributação da renda. Trata-se de medida unilateral para compatibilização do princípio da universalidade<sup>12</sup> – fundamento do TBU – e os da capacidade contributiva<sup>13</sup> e proibição ao confisco<sup>14</sup>, ambos norteadores da tributação sobre a renda.

O método escolhido pelo legislador brasileiro foi o da criação de um sistema de imputação ordinária, em que a compensação do imposto pago no exterior é “consentida a um limite máximo: o limite relativo à fração do seu próprio imposto correspondente aos rendimentos provenientes do país de fonte”.<sup>15</sup>

Essa sistemática impede que se credite imposto maior do que aquele que é devido no Brasil (e.g. caso o outro país tribute a renda por alíquota superior à brasileira). A “razão de ser deste limite está na atitude dos Tesouros

---

<sup>11</sup> Heleno Taveira Tôres, *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 297.

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição (1988), art.153, § 2.º, I, Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

<sup>13</sup> Idem, art. 145, § 1.º.

<sup>14</sup> Idem, art. 150, IV.

<sup>15</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 753.

nacionais, favorável a anular o seu próprio imposto, mas desfavorável a reembolsar os seus contribuintes de impostos pagos a Estados estrangeiros”.<sup>16</sup>

Em 2014, as regras de TBU foram alteradas pela Lei n.º 12.973<sup>17</sup>. Pela anterior Lei n.º 9.249/1995, a tributação tinha como referência os resultados capturados a partir das controladas diretas. Com a Lei n.º 12.973/2014, passou-se a tributar separadamente também os lucros auferidos pelas controladas indiretas.

Mesmo após as alterações promovidas pela Lei n.º 12.973/2014, o seu art. 87 manteve a possibilidade de compensação do imposto pago no exterior, em sentido semelhante à previsão original contida no art. 26 da Lei n.º 9.249/1995. A exposição de motivos da Medida Provisória n.º 627/2013, posteriormente convertida na Lei n.º 12.973/2014, expressamente destaca o papel da compensação do imposto pago no exterior como medida para se evitar a bitributação de rendimentos:

A Subseção V da Seção I do Capítulo VIII trata das deduções que o legislador expressamente prevê para a apuração do valor a ser oferecido à tributação. **Com o intuito de evitar a bitributação da renda**, os arts. 81 a 85 autorizam deduções específicas da base de cálculo do imposto sobre a renda e da CSLL, quando estas bases de cálculo forem afetadas pela tributação dos lucros auferidos no exterior, inclusive decorrentes das regras de preços de transferência e de subcapitalização. (grifo nosso)

O art. 87 da Lei n.º 12.973/2014 está assim redigido:

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,

---

<sup>16</sup> Idem, p. 754.

<sup>17</sup> Art. 76 e ss.

até o limite dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas.

Nota-se que o crédito disciplinado hoje pelo art. 87 também é orientado por um sistema de imputação ordinária, que garante o pleno direito à compensação do imposto pago no exterior, limitado ao valor dos tributos sobre a renda devidos no Brasil. Isso significa que, se o país de origem dos rendimentos tributar a renda a uma alíquota igual ou superior a 34%, não haverá que se falar no recolhimento de IRPJ e CSLL no Brasil sobre esses mesmos rendimentos, sob pena de se sacrificar duplamente renda já tributada.

### **3. Imposto pago no exterior não compensado: natureza de tributo recolhido a maior**

Vimos que, na situação em que a empresa brasileira não apresenta lucro real positivo, mesmo após a adição dos lucros no exterior, o direito à compensação do imposto pago no exterior não pode ser exercido plenamente. Isso porque em função de ter percebido PF/BCN, não existirão tributos sobre a renda no Brasil passíveis de compensação com o imposto recolhido no exterior no ano. Essa situação também é observada nos casos em que a entidade brasileira possui lucro real positivo, mas inferior ao valor dos lucros auferidos no exterior e que foram oferecidos à tributação no Brasil.

A Lei n.º 12.973/2014 – assim como a Lei n.º 9.249/1995 – não disciplina expressamente como deverá ser deduzido o imposto no exterior que não pôde ser compensado. Com vistas ao pleno exercício do direito previsto no art. 87, a IN RFB n.º 1.520/2014 regulamentou qual o procedimento a ser adotado nessas situações. Diante da impossibilidade prática de compensação desse imposto no mesmo ano-calendário, a IN

coerentemente dispôs em seu art. 30, §§ 14 a 19, que o crédito poderia ser utilizado em anos-calendário subsequentes.<sup>18</sup>

Verifica-se no §16 que o crédito equivalente ao imposto pago no exterior e não compensado será calculado mediante a multiplicação dos lucros de investidas computados no lucro real pela alíquota máxima de 25%. A IN parece desconsiderar que, no Brasil, essa renda é tributada tanto pelo IRPJ como pela CSLL à alíquota efetiva combinada de 34%.

A nosso ver, a aplicação da alíquota de 25% pela IN restringe ilegalmente o direito garantido pelo art. 87 da Lei n.º 12.973/2014, que permite a compensação do imposto pago no exterior como mecanismo para se evitar a bitributação no âmbito do TBU.

---

<sup>18</sup> "Art. 30. [...]"

§ 14. 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 subsequentes.

§ 15. Para efeito do disposto no § 14, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subsequentes e controlar o seu valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur).

§ 16. O cálculo referido no § 15 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 exceder.

§ 17. Na hipótese de lucro real positivo, mas, em valor inferior ao total dos lucros, rendimentos e ganhos de capital nele computados, o tributo passível de compensação será determinado de conformidade com o disposto no § 16, tendo por base a diferença entre aquele total e o lucro real correspondente.

§ 18. Caso o tributo pago no exterior seja inferior ao valor determinado na forma dos §§ 16 e 17, somente o valor pago poderá ser compensado.

§ 19. Em cada ano-calendário, a parcela do tributo que for compensada com o imposto sobre a renda e adicional devidos no Brasil, ou com a CSLL, na hipótese do § 13, deverá ser baixada da respectiva folha de controle no Lalur".

É preciso se ter em conta que, nas hipóteses de apuração de PF/BCN ou de lucro real positivo inferior aos lucros no exterior, o imposto pago pelas investidas assume natureza de tributo pago a maior, eis que não pôde ser compensado. Isto é, foram efetivamente recolhidos tributos no exterior sobre essa renda e feita sua adição ao lucro real, mas devido ao resultado fiscal deficitário da controladora no ano no Brasil, não houve IRPJ e CSLL devidos no Brasil na consolidação dos resultados.

Assemelha-se à hipótese em que a pessoa jurídica auferir rendimentos financeiros suscetíveis à tributação na fonte no Brasil (IRRF), mas que, findo o exercício, apresenta PF/BCN. Nessa situação, como ao final do ano não houve tributo a ser recolhido, o IRRF incidente sobre as receitas financeiras converte-se em saldo negativo, passível de compensação com tributos devidos em exercícios futuros. A mesma lógica se aplica ao imposto pago no exterior sobre renda que não gerou o recolhimento de tributos no Brasil, mas apenas o consumo de PF/BCN do próprio ano.

Interessante analogia pode ser feita em relação aos casos em que a renda é tributada no exterior em momento posterior à sua tributação no Brasil. Trata-se de situação relativamente comum, que ocorre nos casos em que o exercício fiscal da jurisdição estrangeira encerra-se após 31 de dezembro, ou que o recolhimento do tributo no exterior ocorre após essa data.

Nesse caso, a Lei n.º 12.973/2014<sup>19</sup> consignou que o tributo pago pela investida poderia ser compensado no Brasil em momento posterior à sua tributação no país. Essa situação, embora relativamente corriqueira, não era originalmente regulada pela Lei n.º 9.249/1995, o que causava insegurança aos contribuintes e ao Fisco. Entendeu por bem o legislador, ao redigir a Lei

---

<sup>19</sup> Lei n.º 12.973/2014, art. 87 [...] § 7.º: "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 §§ 4.º e 8.º deste artigo".

n.º 12.973/2014, expressamente abordar o assunto, resguardando o objetivo central da norma que é evitar a dupla tributação do rendimento.

Curioso notar que, mesmo nessa situação de completo descompasso entre o pagamento do imposto no exterior e a tributação no Brasil, o direito à compensação do tributo no país foi preservado, pois trata-se verdadeiramente de imposto pago e que não pôde ser tempestivamente utilizado para abater o quanto devido na apuração do lucro real.

Obviamente, esse imposto pago no exterior não equivale a um crédito tributário em sua forma “tradicional”, passível de restituição / ressarcimento ou compensação na forma do art. 74 da Lei n.º 9.439/1996<sup>20</sup>, por não se tratar de tributo administrado pela Receita Federal e recolhido aos cofres públicos nacionais. Mas, nem por isso, deixa de representar tributo pago a maior, que onerou renda adicionada ao lucro real e cuja dedução é garantida por lei.

Importa recordar que a metodologia escolhida pelo legislador brasileiro foi conceder o direito ao crédito de imposto ordinário, no sentido de a compensação ser limitada ao valor dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil – à alíquota de 34% – relativo aos rendimentos do exterior adicionados ao lucro real. *A contrario sensu*, essa limitação significa que também não se pode tributar no Brasil lucros auferidos no exterior por uma alíquota superior a 34%, o que ocorrerá caso o crédito seja apurado por

---

<sup>20</sup> SOLUÇÃO DE CONSULTA SRRF/10.a RF/DISIT N.º 138, de 23 de agosto de 2005.

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ementa:

IMPOSTO DE RENDA PAGO NO EXTERIOR. VALOR EXCEDENTE AO LIMITE COMPENSÁVEL NO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM OUTROS TRIBUTOS FEDERAIS.

O saldo do imposto de renda pago no exterior que exceder o valor compensável com o imposto de renda devido no Brasil sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior somente poderá ser compensado com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, até o limite acrescido em decorrência dessa adição. Não há previsão legal para compensação de eventual saldo ainda remanescente com outros tributos e contribuições federais, nos moldes do art. 74 da Lei n.º 9.430, de 1996”.

valor inferior à alíquota combinada do IRPJ e da CSLL, como quer a IN RFB n.º 1.520/2014.

Essa conclusão fica ainda mais evidente quando se reconhece que o consumo de PF/BCN pela adição de lucros no exterior corresponde à efetiva tributação dessa renda. Os estoques de PF/BCN possuem legítimo valor como crédito tributário, na medida em que os prejuízos fiscais podem ser compensados com lucros tributáveis futuros. Para cada R\$ 100,00 de prejuízo consumido hoje haverá o recolhimento de R\$ 34,00 a título de IRPJ e CSLL nos anos-calendário seguintes. Não por menos, quando se permite em programas de parcelamento a quitação de débitos fiscais com estoques de PF/BCN, a legislação impõe que esses saldos sejam convertidos em crédito mediante a aplicação da alíquota de 34%.<sup>21</sup>

Na verdade, o que se pretende com a compensação do imposto pago no exterior em exercícios futuros é dar efetividade ao art. 87 da Lei n.º 12.973/2014 nas situações em que não for possível compensar o tributo recolhido fora do país pela presença de lucro real inferior aos lucros no exterior no ano. Se o imposto não pode ser compensado, equivale a tributo pago a maior, restando justificada a possibilidade da sua dedução posterior nos exercícios seguintes.

Portanto, tem-se que a adoção da alíquota de 25% trazida pela legislação infralegal (IN RFB n.º 1.520/2014, art. 30, § 16) contraria a opção elegida pelo legislador, que expressamente concedeu o direito à compensação como medida para evitar a bitributação de renda já tributada no exterior.

---

<sup>21</sup> Vide exemplo do Programa Especial de Regularização Tributária (Pert) instituído pela Lei n.º 13.496/2017:

"Art. 2.º [...]

§ 5.º O valor do crédito decorrente de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL será determinado por meio da aplicação das seguintes alíquotas:

I - 25% (vinte e cinco por cento) sobre o montante do prejuízo fiscal; [...]

IV - 9% (nove por cento) sobre a base de cálculo negativa da CSLL, no caso das demais pessoas jurídicas".

#### 4. Tratamento da compensação da CSLL

Oportuno tecer alguns comentários relativos à igual possibilidade de compensação do imposto pago no exterior com a CSLL. Tal aspecto deixa ainda mais evidente a ilegalidade da IN RFB n.º 1.520/2014, art. 30, § 16, ao eleger a alíquota de 25%, uma vez que os rendimentos auferidos no exterior são tributados no país tanto pelo IRPJ, à alíquota de 25% (considerando a incidência do adicional de 10%), como pela CSLL, à alíquota de 9%, perfazendo a alíquota nominal combinada de 34%.

O *caput* do art. 87 da Lei n.º 12.973/2014 prevê a compensação do tributo pago no exterior até o limite “dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas”.

O dispositivo emprega genericamente e de forma muito apropriada o termo “tributos”. O legislador mostrou-se sensível ao fato de que a renda das pessoas jurídicas é onerada não só pelo IRPJ, mas também pela CSLL.

Para efeitos de comparação, o art. 26 da Lei n.º 9.249/1995 fazia uso de redação semelhante, porém, valia-se da expressão “do imposto de renda incidente”, confira-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. (grifo nosso)

Curioso observar que a IN SRF n.º 213/2002, que desempenhava em relação à Lei n.º 9.249/1996 papel semelhante ao da atual IN RFB n.º 1.520/2014 em relação à Lei n.º 12.973/2014, já limitava o cálculo do imposto a ser compensado em exercícios seguintes à alíquota de 25%<sup>22</sup>. Apesar de nesse

---

<sup>22</sup> IN SRF n.º 213/2002, art. 14: “[...]”

aspecto a IN SRF n.º 213/2002 ser igualmente questionável, restava ao Fisco o argumento de que o art. 26 da Lei n.º 9.249/1995 apenas fazia referência ao Imposto de Renda.

O mesmo, porém, não pode ser dito hoje. A Lei n.º 12.973/2014 corrigiu a omissão da legislação anterior, aplicando terminologia que abrange o IRPJ e a CSLL. A literalidade do art. 87 da Lei n.º 12.973/2014 é suficientemente clara nesse sentido.

Relevante apontar ainda que a Lei n.º 13.202/2015, publicada no ano seguinte à edição da Lei n.º 12.973/2014, esclarece em seu art. 11 que para “efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL”. Trata-se de manifestação expressa do legislador na esfera da tributação em bases universais de que a CSLL corresponde a efetivo tributo incidente sobre a renda.

## **5. Direito à compensação do imposto pago no exterior não corresponde a benefício fiscal**

Ao final de janeiro de 2020, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) decidiu que o imposto de renda pago no exterior por investidas de empresas brasileiras não pode ser utilizado na dedução de estimativas

---

§ 15. O tributo pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital 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 subseqüentes.

§ 16. Para efeito do disposto no § 15, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subseqüentes e controlar o seu valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur).

§ 17. O cálculo referido no § 16 será efetuado mediante a multiplicação dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital computados no lucro real, considerados individualizadamente por filial, sucursal, coligada ou controlada, pela alíquota de quinze por cento, se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional, ou pela alíquota de vinte e cinco por cento, se exceder”.

mensais do IRPJ e da CSLL. Em sua fundamentação, a corte registrou que a legislação não prevê o aproveitamento do imposto pago no exterior em períodos subsequentes. Assim, tal possibilidade surge tão somente por meio de normativos da Receita, ilustrando espécie de “benefício fiscal veiculado não por meio de lei, mas de instrução normativa”.<sup>23</sup>

De fato, a ausência de disciplina explícita na Lei n.º 12.973/2014 – ou antes na Lei n.º 9.249/1997 – sobre a compensação do imposto pago no exterior em exercícios seguintes, cria a falsa percepção de que a Receita Federal, por meio de instrução normativa, estaria concedendo um benefício aos contribuintes. Não é esse o caso.

Primeiro, porque o direito à compensação é previsto em lei. A possibilidade de compensação em exercícios seguintes é mero desdobramento desse direito, nos específicos casos em que a dedução não ocorre em função de a empresa brasileira apresentar lucro real inferior aos lucros no exterior e o tributo no exterior assumir a forma de imposto pago a maior.

Caso contrário, a legislação tributária estará fadada a legitimar a tributação de resultados fictícios, o que contraria o aspecto material das hipóteses de incidências do IRPJ e da CSLL, bem como o princípio da tributação com base na capacidade contributiva.

Observe-se que a interpretação adotada pela Fazenda Nacional na IN RFB n.º 1.520/2014, que decidiu pela alíquota de 25% para cálculo do crédito do tributo, traduz-se em restrição indevida ao direito legalmente concedido à compensação do imposto pago no exterior, o que jamais poderia ocorrer por meio de um ato administrativo infralegal. As instruções normativas têm natureza estritamente regulamentar. Jamais podem criar ou extinguir direitos.

Para o renomado Professor Celso Antônio Bandeira de Mello “a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a

---

<sup>23</sup> Acórdãos 1401-004.116; 1401-004.117; 1401-004.118 e 1401-004.119 (sessão de 21/1/2020).

execução das leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulamentação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei."<sup>24</sup>

Existe ampla jurisprudência no sentido de que as instruções normativas possuem campo de disciplina limitado às leis que lhes servem de base. Nesse sentido, observa-se como exemplo os seguintes arestos do Supremo Tribunal Federal e do Carf:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INSTRUÇÃO NORMATIVA N.º 62, DO DEPARTAMENTO DA RECEITA FEDERAL – SUA NATUREZA REGULAMENTAR [...].

- As Instruções Normativas, editadas por Órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. [...]<sup>25</sup>

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - AGRAVO REGIMENTAL - IMPUGNAÇÃO DE INSTRUÇÃO NORMATIVA DO DEPARTAMENTO DA RECEITA FEDERAL - [...] NATUREZA DAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS - CARÁTER ACESSÓRIO DO ATO IMPUGNADO [...].

- As instruções normativas, editadas por órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de caráter **secundário**, cuja validade e eficácia resultam, **imediatamente**, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. Essas instruções nada mais são, em sua configuração jurídico-formal, do que provimentos executivos cuja normatividade esta diretamente subordinada aos atos de

---

<sup>24</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo I, 23. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 340.

<sup>25</sup> STF. AgR na ADI n.º 531, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 3/4/1992, p. 4.288.

natureza primária, como as leis e as medidas provisórias, a que se vinculam por um claro nexo de acessoriedade e de dependência. [...] <sup>26</sup> (grifo nosso)

IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. AQUISIÇÃO DE INSUMOS DE PESSOAS FÍSICAS. POSSIBILIDADE.

O crédito presumido de IPI, instituído pela Lei 9.363/96, não poderia ter sua aplicação restringida por força da Instrução Normativa SRF 23/97, ato normativo secundário, que não tem o condão de inovar no ordenamento jurídico, subordinando-se aos limites do texto legal. <sup>27</sup>

No presente caso, a IN RFB n.º 1.520/2014 regulamenta a compensação do imposto pago no exterior nas situações em que, por uma questão de ordem fática, esse tributo não é utilizado para contraposição do IRPJ e da CSLL devidos no Brasil. Corresponde a procedimento que busca proteger o ordenamento pátrio e evitar a bitributação em respeito ao direito previsto.

Ocorre que a aplicação da alíquota de 25%, em vez da alíquota combinada de IRPJ e CSLL de 34%, vai de encontro à finalidade almejada pelo art. 87 da Lei n.º 12.973/2014 de evitar a dupla tributação, restringindo indevidamente a compensação de tributos efetivamente pagos no exterior. Lembrando que essa renda do exterior foi submetida à apuração do imposto sobre a renda no Brasil, sendo o correspondente tributo quitado com créditos de prejuízos fiscais que seriam passíveis de utilização em exercícios futuros.

## 6. Conclusão

Não estão ainda pacificados em nosso ordenamento, em toda a sua extensão, os efeitos da tributação automática no Brasil de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior a cada fim de ano, mesmo com a edição da Lei n.º 12.973/2014, pois restam indefinidas várias questões que

---

<sup>26</sup> STF. AgR na ADI n.º 365, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15/3/1991, p. 2.645.

<sup>27</sup> Carf. Acórdão n.º 3401-002.092, 4.a Câmara, 1.a Turma Ordinária, Rel. Cons. Ângela Sartori, DJ 25/2/2013.

são essenciais para a aplicação dessa sistemática de tributação de lucros no exterior.

Embora se deva reconhecer que algumas das dúvidas anteriores foram resolvidas por essa nova disciplina legal, novas questões surgiram a partir da introdução dessas mesmas inovações legislativas.

Conforme já mencionado, surgem polêmicas sobre a possibilidade de compensação dos tributos pagos no exterior em razão de lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior. Em certas situações, a empresa brasileira não tem como compensar tais créditos fiscais no mesmo período em que os lucros das subsidiárias são considerados no seu resultado no Brasil.

O direito à compensação do imposto pago no exterior por controladas pauta-se na premissa de que um mesmo rendimento não pode ser duplamente tributado, tanto no país de fonte, como no de residência da investidora. Trata-se de instrumento destinado à eliminação da dupla tributação da renda.

Nas específicas hipóteses de apuração de PF/BCN ou de lucro real positivo inferior aos lucros no exterior, porém, o imposto pago no exterior assume a natureza de tributo pago a maior. Nessa situação, são efetivamente recolhidos tributos no exterior e feita a adição correspondente da renda ao lucro real, mas devido ao resultado fiscal deficitário da controladora no Brasil, não houve IRPJ e CSLL devidos no Brasil na consolidação dos resultados.

Obviamente, esse imposto pago no exterior não equivale a um crédito tributário em sua forma "tradicional", passível de restituição / ressarcimento ou compensação na forma do art. 74 da Lei n.º 9.439/1996, mas nem por isso deixa de representar tributo pago a maior, que onerou renda adicionada ao lucro real e cuja dedução é garantida pela Lei n.º 12.973/2014, art. 87.

Nesse aspecto, tem-se que a adoção da alíquota de 25% trazida pela legislação infralegal (IN RFB n.º 1.520/2014, art. 30, § 16) contraria a opção elegida pelo legislador, que expressamente concedeu o direito à compensação como medida para evitar a bitributação de renda já tributada no exterior.

A metodologia escolhida pelo legislador brasileiro foi conceder o direito ao crédito de imposto ordinário, no sentido de a compensação ser limitada ao valor dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil – à alíquota de 34% – relativo aos rendimentos do exterior adicionados ao lucro real. Essa limitação significa que também não se pode tributar no Brasil lucros auferidos no exterior por uma alíquota superior a 34%, o que ocorrerá caso o crédito seja apurado por valor inferior ao da alíquota combinada do IRPJ e da CSLL, como quer a IN RFB n.º 1.520/2014.

A IN RFB n.º 1.520/2014 parece desconsiderar que, no Brasil, os lucros auferidos por investidas no exterior são tributados tanto pelo IRPJ como pela CSLL à alíquota efetiva combinada de 34%. A nosso ver, a aplicação da alíquota de 25% pela IN restringe ilegalmente o direito garantido pelo art. 87 da Lei n.º 12.973/2014, que permite a compensação do imposto pago no exterior como mecanismo para se evitar a bitributação no âmbito do TBU.

Com base nessa interpretação jurídica do tema em questão, conclui-se pela desvalia jurídica dos atos administrativos ora noticiados, para garantir o direito à liquidação dos débitos fiscais mediante compensações com créditos de tributos pagos no exterior ainda não apropriados.

A TRIBUTAÇÃO NO BRASIL  
DOS LUCROS AUFERIDOS POR  
COLIGADAS E SEUS  
INVESTIMENTOS INDIRETOS  
NO EXTERIOR DE ACORDO  
COM A LEI 12.973/14

# A TRIBUTAÇÃO NO BRASIL DOS LUCROS AUFERIDOS POR COLIGADAS E SEUS INVESTIMENTOS INDIRETOS NO EXTERIOR DE ACORDO COM A LEI 12.973/14

*Juliana Porchat de Assis*

## **1. Introdução**

A tributação dos lucros em bases universais foi introduzida no Brasil há mais de duas décadas pela Lei n.º 9.249/95. Desde o início, a regra sofreu críticas e até os dias atuais gera inúmeras disputas entre o Fisco e os contribuintes, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

As controvérsias são centradas, na maioria dos casos, na determinação do momento de ocorrência dos fatos geradores dos tributos incidentes sobre o lucro, considerando tanto o conceito de renda instituído pelo Código Tributário Nacional, como também a aplicação de tratados internacionais para diferir ou evitar tributação dos lucros advindos do exterior.

A crítica principal sobre o tema decorre da previsão de disponibilização automática dos lucros auferidos no exterior, ao fim de cada ano-calendário, independentemente da efetiva distribuição dos lucros à investidora brasileira.

Conceitualmente, o tema se mostra ainda mais controverso em relação aos investimentos em coligadas no exterior, uma vez que a investidora brasileira não detém poder de voto suficiente para determinar o momento da distribuição dos lucros registrados pela investida.

Em meio a tantas controvérsias, a tributação dos lucros em bases universais sofreu diversas alterações ao longo dos anos, sendo atualmente regida pela Lei n.º 12.973, de 13 de maio de 2014.

A Lei n.º 12.973/14 não solucionou muitas das questões controversas relativas ao momento de disponibilização dos lucros oriundos de investimentos no exterior, uma vez que, na vasta maioria dos casos, tais lucros continuaram a ser tributados automaticamente ao final de cada ano-calendário, independentemente da efetiva distribuição de dividendos para o investidor brasileiro.

Não obstante, houve a tentativa de estabelecer momentos distintos para tributação dos lucros quando advindos de coligadas no exterior.

Inicialmente, conforme a redação original conferida pelo artigo 81 da Lei n.º 12.973/14, o lucro auferido por coligadas no exterior deveria, como regra, ser tributado pelo regime de caixa, quando efetivamente disponibilizado à investidora brasileira.

A aplicação do regime de competência para o investimento em coligadas seria uma exceção e somente seria admitida em caso de coligadas sujeitas ou controladas por pessoa jurídica sujeita a regime de subtributação, assim entendido como aqueles que tributam a renda a alíquotas inferiores a 20%, localizadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou beneficiárias de regime fiscal privilegiado. Neste estudo, denominaremos, de forma genérica, como coligadas sujeitas a regime de subtributação.

Assim, no caso de investimentos em coligadas no exterior, o regime de competência foi delimitado inicialmente como dispositivo legal antiabusivo, que se impunha para evitar que lucros potencialmente subtributados em outras jurisdições tivessem a tributação no Brasil diferida por tempo indeterminado.

Como decorrência, de acordo com a redação original da Lei n.º 12.973/14, as pessoas jurídicas brasileiras detentoras de investimentos em coligadas no exterior não poderiam optar pelo regime de competência para tributação dos lucros auferidos no exterior.

Ocorre que a obrigatoriedade da adoção do regime de caixa gerou críticas importantes, uma vez que o sistema se mostra bastante restritivo para o reconhecimento de créditos do imposto de renda pago no exterior, resultando em aumento da carga tributária global.

Considerando as ponderações acima, em 2016, a Lei n.º 13.259 alterou a Lei n.º 12.973/14 para incluir o artigo 82-A, que facultou ao contribuinte a adoção do regime de competência para o reconhecimento de lucros auferidos por coligadas no exterior.

Não obstante o aparente avanço, a análise cuidadosa da legislação e de suas regulamentações mostra que o sistema de tributação dos lucros auferidos por coligadas no exterior, sob o regime de competência, continua incerto e potencialmente oneroso, sobretudo no que se refere à possibilidade de dedução do imposto de renda pago no exterior no cômputo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (IRPJ e CSLL).

Dito isso, e sem a intenção de exaurir o tema, o objetivo deste estudo será demonstrar, de forma crítica, algumas das desvantagens e incertezas relativas ao sistema de reconhecimento de créditos, no Brasil, do imposto de renda pago no exterior sobre lucros auferidos por coligadas que adotem o regime de competência eletivo, principalmente em comparação ao sistema de tributação dos lucros auferidos por controladas domiciliadas no exterior.

## **2. A tributação no Brasil dos lucros auferidos por controladas domiciliadas no exterior**

De início e antes de adentrar na análise das desvantagens do sistema de tributação aplicável ao investimento brasileiro em coligadas no exterior, cumpre pontuar brevemente o sistema de tributação dos lucros auferidos por sociedades domiciliadas no exterior controladas por pessoas jurídicas brasileiras.

De acordo com a Lei n.º 12.973/14, a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, ou a ela equiparada pela legislação, deverá registrar, de forma individualizada, os lucros ou prejuízos auferidos pela própria controlada direta e por suas controladas, direta ou indiretamente, no Brasil ou no exterior.

Os lucros auferidos na situação acima devem obrigatoriamente ser tributados no Brasil sob o regime de competência. Ou seja, segundo tal regime, os lucros auferidos no exterior apurados antes da incidência do imposto de renda no exterior, devem ser anualmente adicionados ao lucro líquido e tributados pelo IRPJ e pela CSLL no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que forem apurados, independentemente da distribuição de dividendos para o Brasil.

Nesse caso, a Lei n.º 12.973/14 dispõe que a controladora brasileira poderá deduzir do IRPJ e da CSLL o imposto sobre a renda pago no exterior, inclusive no caso de imposto de renda retido na fonte incidente na distribuição de dividendos e sobre outros rendimentos diretamente auferidos pela controlada direta ou indireta.

Em suma, no caso de investimentos de pessoas jurídicas brasileiras em controladas no exterior, os lucros são tributados anualmente, independentemente de distribuição ou disponibilização para o Brasil, mas, por outro lado, o imposto de renda incidente no exterior sobre tais lucros pode ser compensado com IRPJ e CSLL devidos no Brasil.

Como veremos, o referido tratamento não se aplica com a mesma clareza em relação ao lucro auferido por coligadas no exterior, mesmo quando os lucros são tributados sob o regime de competência eletivo, conforme analisaremos com mais detalhes, a seguir.

### **3. A tributação no Brasil dos lucros auferidos no exterior por coligadas quando apurados sob o regime de competência**

Diferentemente dos lucros auferidos no exterior por controladas diretas ou indiretas de pessoas jurídicas brasileiras, os lucros oriundos de investimentos em coligadas no exterior podem, em princípio, ser tributados no Brasil sob o regime de caixa ou de competência, de acordo com as características específicas do investimento, bem como da opção do contribuinte brasileiro.

O regime de caixa, apesar de permitir a tributação dos lucros no momento de sua distribuição ou disponibilização ao investidor brasileiro, somente prevê a dedução do crédito do imposto de renda incidente no exterior sobre a distribuição de dividendos para o Brasil. Tal limitação pode acarretar aumento relevante da carga tributária incidente sobre o lucro da pessoa jurídica brasileira.

Assim, o regime de competência de tributação poderia ser a melhor opção quando (i) os lucros auferidos por coligadas no exterior forem tributáveis no exterior e (ii) o investidor tenha a intenção de receber dividendos no Brasil. Nesses casos, a dedução do crédito do imposto pago no exterior é ferramenta necessária para eliminar os impactos nocivos da dupla tributação da renda.

Ocorre que as regras brasileiras para tributação dos lucros auferidos por coligadas no exterior sob o regime de competência são aparentemente mais restritivas que as regras aplicáveis aos lucros auferidos por controladas no exterior, sobretudo com relação à possibilidade de dedução do imposto sobre a renda pago no exterior do montante devido a título de IRPJ e CSLL no Brasil.

Trata-se de um cenário que causa estranheza porque, sem qualquer motivação específica, atribuiria tratamento tributário mais oneroso ao contribuinte que possui participação societária minoritária no capital de

uma sociedade domiciliada no exterior, em comparação àquele que possui participação majoritária.

A nosso ver, considerando o histórico da legislação e o contexto no qual foi introduzida a permissão para adoção do regime de competência eletivo para apuração dos lucros auferidos por coligadas no exterior, o tratamento tributário que resulte mais oneroso aplicável aos investimentos em coligadas, notadamente com relação à dedução no Brasil do imposto de renda pago no exterior, somente se aplicaria com relação aos investimentos em coligadas no exterior sujeitas a regime de subtributação.

Contudo, a interpretação acima não é livre de controvérsias sobretudo considerando que a Lei n.º 12.973/14, que disciplina a tributação no Brasil do lucro em bases universais, não estabelece um conjunto de dispositivos específicos que disciplinem a tributação dos lucros auferidos no exterior por coligadas não sujeitas a regime de subtributação.

É preciso ter em conta que a ausência de dispositivo específico sobre o crédito do imposto de renda pago no exterior decorre, primordialmente, do fato de o regime de competência ter sido originalmente inserido como regra de exceção aplicável somente na apuração dos lucros de coligadas sujeitas a regime de subtributação, ou seja, como meio de coibir abusos e garantir a tributação no Brasil dos lucros auferidos no exterior.

Nesse sentido, a possibilidade de dedução dos créditos do imposto de renda pago no exterior sob a forma de investimentos em coligadas foi autorizada pelo artigo 26 da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 1.520/14 (IN n.º 1.520/14), que regulamentou as disposições da Lei n.º 12.973 em 2014, mas, ainda no contexto em que o regime de competência somente se aplicava aos investimentos em coligadas sujeitas a regime de subtributação, o que, de certa forma, justifica um tratamento tributário mais gravoso do que o aplicável aos lucros auferidos por entidades legais sujeitas à tributação regular dos lucros sob alíquotas compatíveis com a adotada no Brasil.

A adoção eletiva do método de competência para tributação de lucros auferidos por coligadas no exterior deu-se somente em 2016 com a inserção do artigo 82-A na Lei n.º 12.973/14 e do artigo 19-A na IN n.º 1.520/14. Ocorre que, infelizmente, ambos dispositivos não estenderam expressamente às coligadas as regras aplicáveis às controladas para apuração e tributação dos lucros auferidos no exterior.

Por conseguinte, diante da omissão da legislação, a pessoa jurídica brasileira que reconheça os lucros de coligada no exterior sob o regime de competência “eletivo” fica exposta à possibilidade de aplicação de normas mais restritivas, originalmente aplicáveis aos investimentos em coligadas sujeitas a regime de subtributação, para o cômputo dos tributos devidos no Brasil sobre os lucros auferidos no exterior. Tais regras estão consubstanciadas no artigo 26 da IN n.º 1.520/14, reproduzido abaixo:

Art. 26. O imposto sobre a renda pago no país de domicílio da coligada de que trata o art. 19 poderá ser compensado com o que for devido no Brasil.

§ 1.º Para efeito de compensação, considera-se imposto sobre a 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.

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

§ 3.º O tributo pago no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros que houverem sido computados na determinação do lucro real.

§ 4.º 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 fiscal.**  
(grifo nosso)

Com base na leitura do dispositivo normativo, verifica-se que o parágrafo primeiro restringe o crédito no Brasil ao imposto de renda efetivamente pago no país de domicílio da coligada.

A limitação imposta é relevante pois, em princípio, não autoriza a tomada do crédito do imposto de renda incidente sobre os lucros da coligada quando pago por investidas indiretas a outras jurisdições ou mesmo quando pago pela própria coligada, mas em outra jurisdição, como seria o caso do imposto de renda na fonte incidente sobre dividendos oriundos de investimentos em subsidiárias no exterior.

Além disso, o parágrafo quarto determina que, para fins de compensação no Brasil, somente será considerado o tributo pago no exterior, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributos decorrentes de benefício fiscal.

Depreende-se da redação que, eventualmente, caso não haja o efetivo pagamento em dinheiro relativo ao imposto de renda devido no país de domicílio da coligada, mas sim, por exemplo, a compensação do devido com o imposto pago pela coligada em outras jurisdições, ou em períodos anteriores, o crédito do imposto de renda incidente no domicílio da coligada não será permitido no Brasil, ainda que a coligada no exterior tenha seu lucro tributado a alíquotas altas.

Por fim, o artigo 26 da IN n.º 1.520/14 também não autoriza expressamente o crédito do imposto sobre a renda retido no exterior sobre o dividendo distribuído para a coligada no exterior, ou sobre o rendimento auferido pela coligada e suas investidas no exterior.

Assim, se a IN n.º 1.520/14 for aplicada de forma expressa, pode-se chegar à situação em que apenas os tributos efetivamente pagos, em dinheiro, no país de domicílio da coligada sobre seus lucros, seriam passíveis de compensação no Brasil.

Essa interpretação é bastante relevante para grupos multinacionais, pois pode acarretar dupla tributação do lucro auferido no exterior, mesmo em casos em que o lucro seja gerado em países que tributam a renda sob alíquotas compatíveis, em relação ao Brasil e à média global.

Podemos traçar um exemplo simples para ilustrar a discussão. Consideremos uma empresa brasileira denominada "A" que detenha participação de 20% no capital de coligada no exterior "B", uma empresa holding que detenha 100% do capital de outra pessoa jurídica localizada em uma terceira jurisdição, denominada "C". No exemplo, as empresas B e C estão sediadas em países que tributam a renda à alíquota de 34%.

Pois bem, nesse cenário, se a empresa C auferir lucro anual de R\$ 500 e tributar a renda à B sob alíquota de 34%, teria pagamento de imposto de renda no valor de R\$ 170.

A empresa B, como empresa holding, somente auferirá lucros de seu investimento na empresa C. Então, considerando a participação detida por B em 100% do capital de C, B reconhecerá por equivalência patrimonial o lucro de R\$ 500 oriundo do exterior.

Como consequência, no exemplo proposto, a empresa B registraria o imposto de renda a pagar sobre o lucro de R\$ 500 no valor de R\$ 170. No entanto, computando-se o crédito do imposto pago no exterior por C, não haverá qualquer valor adicional a recolher para a jurisdição da empresa B, que aceitará o crédito do imposto pago no exterior até o montante de R\$ 170. Temos, portanto, até então, a carga total de 34% sobre os lucros de C e B.

Nesse contexto, sob o regime de competência, a investidora brasileira A deverá reconhecer no Brasil ao final do ano, independentemente da distribuição de dividendos, os lucros auferidos por B. Nesse caso, computados após a incidência do imposto de renda no exterior.

Considerando a participação de 20% no capital de B, bem como o tributo de 34% aplicável na jurisdição de B, o valor do lucro líquido a ser reconhecido no Brasil, após a incidência do imposto de renda no exterior, seria de R\$ 66.

Assim, na hipótese de que o único crédito aceito para fins brasileiros seja o imposto de renda efetivamente pago no país de domicílio de B, o crédito do imposto de renda pago no exterior não seria aceito no Brasil, de forma que o lucro líquido de R\$ 66 seria novamente tributado pelo IRPJ e pela CSLL à alíquota de 34%, o que de forma agregada resultaria no custo total de aproximadamente 56% em relação aos lucros auferidos diretamente e indiretamente no exterior.

Ressaltamos que o cenário poderia, em tese, ser ainda mais gravoso caso houvesse a incidência do imposto de renda na fonte sobre os lucros distribuídos à investidora brasileira, uma vez que não há na IN n.º 1.520/14 previsão expressa que autorize a dedução do crédito do imposto de renda retido no exterior na distribuição dos lucros para a investidora brasileira.

Portanto, o exemplo acima ilustra a relevância do impacto potencialmente nocivo decorrente da omissão legislativa a respeito do sistema de tributação aplicável aos lucros oriundos de investimentos em coligadas tributados sob o regime de competência eletivo e que, portanto, não estejam sujeitas a regime de subtributação.

Com efeito, é importante notar que, no exemplo acima, a adoção do regime de competência não eliminou a dupla tributação da renda.

Por conseguinte, a alíquota efetiva dos tributos incidentes sobre a renda se mostrou idêntica à aplicável sob o regime de caixa. Porém, no exemplo sob análise, os lucros deverão ser tributados independentemente de sua distribuição ao investidor brasileiro.

A nosso ver, não parece razoável supor que o regime de competência opcional tenha sido incluído na legislação brasileira como alternativa mais

onerosa ao regime de caixa, principalmente considerando que a alteração legal teve como objetivo atender a solicitações dos contribuintes que pretendiam eliminar o efeito da dupla tributação da renda, a partir da dedução no Brasil do imposto de renda pago no exterior.

Por fim, cumpre ainda apontar que a situação acima não ocorre no caso de investimento brasileiro em controladas diretas e indiretas no exterior.

Com efeito, os dispositivos legais da Lei n.º 12.973/14 e da IN n.º 1.520/14, que disciplinam a tributação dos lucros de controladas no exterior, contém provisões mais abrangentes, principalmente em relação às situações em que o imposto de renda pago no exterior pode ser deduzido do IRPJ e da CSLL devidos no Brasil.

Em linha com o exposto, vejamos a redação do artigo 87 da Lei n.º 12.973/14:

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.

§ 1.º Para efeitos do disposto no caput, considera-se imposto sobre a renda o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada, do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem e **de o pagamento ser exigido em dinheiro ou outros bens, desde que comprovado por documento oficial emitido pela administração tributária estrangeira, inclusive quanto ao imposto retido na fonte sobre o lucro distribuído para a controladora brasileira.** (grifo nosso)

Diferentemente da redação do artigo 26 da IN n.º 1.520/14, aplicável aos investimentos em coligadas, que não permite o crédito do imposto de renda pago no exterior por investidas indiretas, a linguagem do *caput* do

artigo 87, acima, mostra-se flexível uma vez que permite a dedução no Brasil do imposto de renda pago no exterior por controlada direta ou indireta. Importante notar que, nesse caso, a lei não exige que o imposto tenha sido recolhido no domicílio da controlada direta ou indireta para que seja passível de compensação no Brasil.

Adicionalmente, o parágrafo primeiro permite a compensação do imposto de renda incidente no exterior independentemente de o pagamento ser exigido em dinheiro ou outros bens, inclusive quando se referir ao imposto de renda retido na fonte sobre dividendo distribuído para a controladora brasileira.

Por fim, são também autorizados os créditos do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre outros rendimentos auferidos por controladas domiciliadas no exterior, o que não ocorre no caso da coligada no exterior, conforme evidencia a transcrição do *caput* do artigo 89 da Lei n.º 12.973/14, abaixo:

Art. 89. A matriz e a pessoa jurídica controladora ou a ela equiparada, nos termos do art. 83, domiciliadas no Brasil poderão considerar como imposto pago, para fins da dedução de que trata o art. 87, **o imposto sobre a renda retido na fonte no Brasil e no exterior**, na proporção de sua participação, decorrente de rendimentos recebidos pela filial, sucursal ou controlada, domiciliadas no exterior. [...] (grifo nosso)

Conforme se depreende dos artigos acima, a legislação e normativos que disciplinam a tributação dos lucros em bases universais estabelecem tratamento tributário mais oneroso ao investimento brasileiro em coligadas no exterior quando comparado ao investimento externo em controladas, sem especificar se o tratamento mais gravoso se aplicaria somente às coligadas sujeitas a regime de subtributação.

A nosso ver, a interpretação mais razoável, considerando o desenvolvimento da legislação desde 2014, leva à conclusão de que os dispositivos legais que regem a tributação aplicável aos lucros de coligadas

no exterior não sujeitas a regime de subtributação optantes pelo regime de competência seriam os artigos 87 e 89 da Lei n.º 12.973/14, relativos ao investimento em controladas no exterior.

Certamente, os artigos acima têm papel essencial para eliminar ou mitigar a dupla tributação incidente nos casos de investimentos indiretos no exterior.

Não obstante o exposto, mesmo que se admita que os dispositivos legais que regem a tributação aplicável aos lucros de coligadas no exterior não sujeitas a regime de subtributação seriam os artigos 87 e 89 da Lei n.º 12.973/14, não se pode olvidar que há especificidades relativas ao conceito legal de empresas coligadas que, na ausência de regulamentação específica para fins de aplicação das regras de tributação em bases universais, trazem insegurança jurídica ao contribuinte brasileiro.

O cerne da questão está no fato de que os artigos 87 e 89 da Lei n.º 12.973/14 permitem o crédito do imposto de renda pago no exterior por controladas e, em linha com a redação do artigo, o conceito legal de controle societário previsto na legislação brasileira abarca tanto o investimento direto como o indireto.<sup>28</sup>

Ocorre que, no caso de investimentos em coligadas no exterior seria difícil sustentar – sem norma expressa – a tomada de crédito relativa ao Imposto de Renda Retido na Fonte sobre os rendimentos auferidos por intermédio de investimentos indiretos detidos pela coligada, uma vez que o conceito jurídico de “coligada” não abarca a participação societária indireta.

De fato, diferentemente do conceito aplicável ao caso de controle societário, não há referência na legislação brasileira ao conceito de

---

<sup>28</sup> Lei 6.404/76, art. 243, § 2.º: “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.”

coligadas indiretas. Em linha oposta, o artigo 243 da Lei n.º 6.404/76 define as coligadas como sociedades nas quais a "investidora" detenha influência significativa, definida como existência do poder de participar nas decisões financeiras e operacionais da investida, ou possuir pelo menos 20% do capital votante sem controlá-lo.

Dessa forma, extrai-se da leitura do dispositivo legal que a terminologia "investidora" pressupõe a participação direta no capital social da investida.

Sob esse raciocínio, na impossibilidade de caracterização de investimentos indiretos dentro do conceito legal de coligada, ainda que a redação dos artigos 87 e 89 da Lei n.º 12.973/14 resultem em tratamento tributário menos gravoso que o tratamento aplicável às coligadas previsto no artigo 26 da IN n.º 1.520/14, haveria o risco de prevalecer o entendimento de que o imposto recolhido na jurisdição de uma investida indireta, não estaria compreendido na previsão legal que autoriza a dedução de créditos do imposto sobre a renda pago no exterior.

Portanto, com base em todo o exposto, conclui-se que na ausência de regulamentação específica, o sistema de tributação dos lucros auferidos por coligadas no exterior sob o regime de competência eletivo, mostra-se incerto e potencialmente oneroso, sobretudo no que se refere à possibilidade de dedução no Brasil do imposto de renda pago no exterior sobre lucros auferidos por investimentos detidos indiretamente por intermédio de coligadas no exterior.

#### **4. Conclusão**

As regras brasileiras vigentes sobre a tributação dos lucros em bases universais, relacionadas aos lucros gerados por coligadas no exterior, podem dar ensejo à dupla tributação dos lucros auferidos no exterior, principalmente nos casos em que a coligada aufera lucros gerados por investimentos indiretos.

Mais especificamente, a ausência de norma específica que regulamente o sistema de tributação aplicável no Brasil dos lucros auferidos por coligadas no exterior não sujeitas a regime de subtributação representa enorme insegurança jurídica e favorece a criação de litígios entre o Fisco e os contribuintes.

Nesse contexto, ressaltamos que não há razões econômicas ou jurídicas que justifiquem, dentro do regime de competência eletivo de reconhecimento de lucros auferidos no exterior, a adoção de critérios não isonômicos para tributação de lucros oriundos de investimentos em controladas e coligadas no exterior, principalmente porque tais discrepâncias resultam no aumento da carga tributária por meio da dupla tributação da renda.

A nosso ver, a solução mais simples e objetiva para evitar os efeitos tributários nocivos da dupla tributação da renda, no caso sob análise, seria a inserção na IN n.º 1.520/14 de dispositivo específico, assegurando a aplicação da sistemática de tributação dos lucros auferidos por controladas no exterior aos lucros auferidos por coligadas e suas investidas indiretas quando estas não estiverem sujeitas a regimes de subtributação.

LUCROS AUFERIDOS NO  
EXTERIOR: APLICAÇÃO DE  
TRATADOS E ATUAL  
POSICIONAMENTO DAS  
CORTES ADMINISTRATIVAS E  
JUDICIAIS

# LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR: APLICAÇÃO DE TRATADOS E ATUAL POSICIONAMENTO DAS CORTES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

*Roberta de Lima Romano Cabral e Larissa Carneiro Pontelli*

## 1. Introdução

Atualmente, existe grande controvérsia nos tribunais administrativo e judiciário em relação à aplicação dos tratados para evitar a dupla tributação sobre os lucros auferidos por empresas domiciliadas no exterior em países em que o Brasil tenha firmado tratado e que sejam controladas por empresa brasileira.<sup>29</sup>

Essa controvérsia iniciou-se com a edição da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, que em seu artigo 74 determinava que esses rendimentos seriam considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tivessem sido apurados, para fins de determinação da base de cálculo do Imposto de Renda e da CSLL. Ou seja, essa regra autorizou o Fisco brasileiro a exigir os referidos tributos sobre os lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, antes mesmo da disponibilização dos valores à sociedade controladora brasileira e independentemente da tributação dos mesmos valores no país de sede das ditas companhias.

Posteriormente, a Lei n.º 12.973/2014 revogou o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 e estabeleceu novos parâmetros para a tributação dos lucros auferidos por controladas diretas e indiretas no exterior, com o objetivo de "contribuir para a estratégia de internacionalização perseguida por empresas de capital nacional", sem,

---

<sup>29</sup> Cf. itens 12 e 13 da exposição de motivos da MP 627.

contudo, “deixar de se manter a já mencionada isonomia tributária, alicerce da legislação de TBU brasileira”.

Quanto ao momento da tributação, os artigos 77 e 81 da Lei n.º 12.973/2014 acolheram o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), ao manter o momento da ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL em 31 de dezembro de cada ano-calendário, independentemente de efetiva distribuição dos lucros auferidos no exterior por (i) controladas, diretas e indiretas, localizadas ou não em país com tributação favorecida e (ii) coligadas localizadas em país com tributação favorecida.

Apesar de a instituição da nova sistemática de tributação dos lucros no exterior da Lei n.º 12.973/2014, algumas discussões do passado permanecem aplicáveis, visto que ainda não há segurança jurídica sobre a correta aplicação do regime jurídico da tributação dos lucros auferidos no exterior, principalmente no caso de que trataremos aqui da aplicação dos tratados.

O principal argumento adotado pelo Carf (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) para afastar a aplicação dos tratados sobre a tributação automática no Brasil dos lucros auferidos por controladas no exterior é no sentido de que o artigo 7.º, parágrafo 1.º dos tratados não afastaria as regras domésticas antidiferimento, as denominadas regras CFC (*Controlled Foreign Corporations*), de acordo com o que determina a própria OCDE, uma vez que antecipa o fato gerador para a tributação dos lucros auferidos para a data do balanço em que foram auferidos, i.e., ao final de cada ano-calendário, independentemente da efetiva disponibilização.

Já no Judiciário, em sentido absolutamente diverso do que se firmou na jurisprudência mais recente do Carf, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.325.709/RJ entendeu que o artigo 7.º, parágrafo 1.º dos tratados celebrados pelo Brasil afastam a tributação automática dos lucros auferidos no exterior por pessoas jurídicas controladas de empresas brasileiras, nos termos do artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001.

O objetivo do presente artigo é avaliar, caso a caso, o atual posicionamento dos tribunais administrativo e judicial sobre o tema da aplicação de tratados. Ressalte-se que a discussão envolvendo os artigos 77 e 81 da Lei n.º 12.973 é recente e ainda não foi analisada por nossos tribunais. Dessa forma, trataremos aqui apenas da tributação por meio do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001.

## 2. Convenção modelo da OCDE

Sobre a tributação de lucros das empresas sediadas nos países contratantes, determina o artigo 7.º dos tratados:

[...] os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado; a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exerce suas atividades na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis àquele estabelecimento permanente.

Em comentário a esse artigo (no modelo da OCDE), Alberto Xavier aduz que: “A regra constante do art. 7.º do Modelo OCDE é a de que o direito de tributar os lucros das empresas é o objeto da atribuição exclusiva ao Estado de que tais empresas são residentes”.<sup>30</sup>

João Francisco Bianco, na mesma linha, escreve: “O exame do dispositivo evidencia que o único Estado competente para tributar os lucros de uma empresa é o Estado onde ela reside (competência tributária exclusiva). O outro Estado contratante é proibido de exigir tributo sobre os lucros auferidos pela sociedade”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, Rio de Janeiro, ed. Forense, 2007, p. 673.

<sup>31</sup> João Francisco Bianco, *Transparência Fiscal Internacional*, São Paulo, ed. Dialética, 2007, p.149.

Ou seja, o referido artigo consagra a regra de que os lucros decorrentes de atividades empresariais somente podem ser tributados no Estado de residência da pessoa jurídica, sendo vedado, por consequência, ao Estado da controladora, tributar os lucros de tais entidades jurídicas.

Com base nessa regra é que os contribuintes optaram por não adicionar à apuração do lucro real (*i.e.*, adição fiscal) os lucros auferidos no exterior por sua controlada direta localizada em país com tratado firmado com o Brasil, uma vez que esse comando (art. 7.º) estabelece a tributação exclusiva do lucro da residente naquele país do exterior pelo Fisco estrangeiro.

A única exceção à reserva de competência tributária exclusiva de que trata o artigo 7.º do tratado, facultando a tributação dos lucros em outro Estado, aplica-se caso "a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado".

A existência de estabelecimento permanente, assim entendido como aquele estabelecimento sem personalidade jurídica própria (como as filiais, sucursais, agências e representações), é a única exceção à regra geral, segundo a qual os lucros de uma empresa só podem ser tributados no país de sua residência.

Dito de outra forma, infringe o tratado qualquer tentativa de adição, ao lucro líquido da sociedade brasileira, dos lucros próprios da sociedade controlada domiciliada no exterior, pois isso significa o Brasil arrogar-se uma competência tributária que não lhe é atribuída pelo tratado.

Na prática, é recorrente a negativa de aplicação dos tratados sobre os lucros auferidos por empresas domiciliadas no exterior (e controladas por empresa brasileira), em países que possuam acordos com o Brasil.

### 3. O artigo 74 da MP 2.158-35/01

#### 3.1. O art. 74 e as regras Controlled Foreign Corporations (CFC)

O dispositivo utilizado pelo Fisco para afastamento dos tratados é o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, com vigência até 31 de dezembro de 2014, in verbis:

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Primeiramente, cabe analisar se o referido dispositivo pode ser considerado como uma regra CFC.

Os Comentários ao Artigo 7.º da Convenção Modelo da OCDE<sup>32</sup> esclarecem a inaplicabilidade do artigo 7.º dos tratados tão somente no contexto de aplicação de normas antiabusivas relacionadas aos lucros auferidos no exterior (ou normas CFC).

E, de forma a provar que esse entendimento é unânime na comunidade tributária internacional, os mesmos comentários também são

---

<sup>32</sup> "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 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 [...]". (Ver ONU. *Comentários aos Artigos da Convenção Modelo*, art. 7.º, §14, p. 06, disponível em [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version\\_01104dbc-en#page6](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_01104dbc-en#page6)).

integralmente repetidos nos Comentários ao Artigo 7.º da Convenção Modelo da ONU, da qual o Brasil empresta algumas das disposições de seus tratados assinados.

Significa dizer que a OCDE e a ONU estabelecem uma exceção expressa e única à aplicação do artigo 7.º dos tratados, ou seja, a incidência de uma norma CFC. Nessa hipótese, poderá o país de residência do beneficiário tributar os lucros do não residente antes de sua efetiva tributação por meio de métodos para evitar planejamentos abusivos, como por exemplo, a distribuição ficta ou presumida de dividendos.

Não obstante, é importante notar que as regras CFC possuem como único propósito a coibição de planejamentos abusivos.

As referidas regras são adotadas em diversas jurisdições, porém são consistentemente direcionadas a determinados tipos de estruturação societária, beneficiários, rendas e investimentos.

Além disso, justamente em razão de sua finalidade, as regras CFC, em geral, admitem que o contribuinte demonstre o efetivo propósito comercial ou intuito não abusivo da operação e, portanto, consiga pleitear perante as autoridades fiscais a não incidência dessas normas ao seu caso concreto. Trata-se da conhecida discussão sobre a necessidade de presunções legais admitirem a produção de prova em contrário.

Ademais, as regras CFC, tradicionalmente, são regras antiabusivas que tem por foco os referidos lucros “contaminados”, ou seja, aqueles que: (i) se referem a rendimentos passivos, isto é, de considerável facilidade de deslocamento, como juros, royalties, aluguéis etc.; e (ii) são auferidos por controladas localizadas em jurisdições com baixa alíquota efetiva (paraísos fiscais). De forma geral (é necessário ainda observar diversas especificidades, dado o caráter de exceção da regra), somente nesses casos a regra CFC permite a tributação automática de lucros auferidos no exterior.

Não é, porém, o caso da regra brasileira, que se propõe, na realidade, a tributar indistintivamente os lucros auferidos no exterior, sem qualquer consideração a respeito de “rendimentos contaminados”.

As regras CFCs mundiais, em geral, pautam-se pela tributação de rendimentos auferidos no exterior tão somente quando pelo menos um dos testes de abuso (rendimentos passivos e/ou auferidos por residentes em paraísos fiscais) é atendido.

Diferentemente dos modelos mundiais, o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 aplica-se sem distinção a todas as empresas brasileiras que auferem lucros no exterior por controladas ou coligadas, independentemente da sua localização, ou tipo de renda auferida.

Nesse contexto, o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 não deve ser considerado uma norma antielisiva, já que não teve como objetivo principal coibir planejamentos fiscais por controladas ou coligadas no exterior (ou pelo menos não foi capaz de atingi-lo).

Como bem esclarece Heleno Torres:

**Algo, porém, merece registro: o art. 74, da MP n.º 2.158-35/01 não tem qualquer relação com o regime do chamado CFC – *legislation*, porquanto seu objetivo não é precipuamente a adoção de medida antielisiva ou o controle de países com tributação favorecida.** Trata-se, sim, de regra de lucros auferidos no exterior por IRPJ ou CSLL, independentemente de qualquer “teste” quanto à localização, ao controle, ao tipo societário ou à distribuição de lucros. (grifo nosso)<sup>33</sup>

Com efeito, a regra se aplica a todo e qualquer investimento no exterior realizado por empresas brasileiras mediante controladas ou coligadas. De

---

<sup>33</sup> Heleno Torres, *Direito Tributário Internacional*, São Paulo, ed. Quartier Latin, 2003, p.401.

fato, essa regra veio meramente estabelecer o momento do fato gerador do IRPJ e da CSLL, i.e., o momento da disponibilidade.

Não se pode atribuir ao artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 o caráter de norma CFC, já que se ausenta o foco específico em situações ou estruturas voltadas a planejamentos abusivos.

Considerá-lo como tal seria afirmar que todas as empresas brasileiras que possuem investimentos em controladas ou coligadas no exterior praticam planejamentos fiscais abusivos, o que seria no mínimo absurdo, para não dizer desde logo que seria inconstitucional por violação aos princípios constitucionais (implícitos) da razoabilidade e da proporcionalidade.

Esse é, também, o entendimento do Professor Alberto Xavier<sup>34</sup>:

É importante salientar que este sistema de tributação vai mais longe que o princípio da universalidade, na pureza de seus contornos, pois manda adicionar ao lucro da sociedade domiciliada no Brasil a totalidade do lucro obtido pelas controladas ou coligadas no exterior, na proporção da participação no capital social destas, ainda que tais lucros tenham sido integralmente retidos e não distribuídos. Assim sendo, o imposto brasileiro atingiria renda que não é da própria sociedade brasileira, mas renda de titularidade jurídica de sociedades estrangeiras independentes. Trata-se, portanto, de um sistema de "universalidade ampliada" de tributação extraterritorial ou ultraterritorial de ultraterritorialidade ofensiva, no dizer de Rosembuj.

O sistema de transparência fiscal internacional consagrado na Lei n.º 9.249/95 era, porém, aplicável a todas e quaisquer sociedades estrangeiras controladas ou coligadas, sem as ressalvas e limitações restritivas das leis estrangeiras "antiabuso", notadamente as de tais sociedades se localizarem em países de baixa tributação e de a sua renda ser essencialmente "passiva", ou seja, não produtiva ou não

---

<sup>34</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional*, Rio de Janeiro, ed. Forense, 2007, p.373.

operacional, pelo que não revestia a natureza de um “regime CFC” propriamente dito, de aplicação excepcional, mas de uma modalidade técnica de tributação de alcance geral.

Ademais, nem mesmo é possível inferir tal classificação da exposição de motivos da MP 2.158-35 (versão que antecedeu a Medida Provisória n.º 2.158-35/2001), uma vez que esta não apresenta qualquer justificativa para o artigo 74.

Conclui-se, portanto, que alegar que o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 seria uma norma antiabusiva (ou CFC) é estabelecer presunção legal de que todas as empresas brasileiras que possuem investimentos em coligadas ou controladas no exterior praticam planejamentos com o principal objetivo de evasão ou elisão fiscal. Somente assim se justificaria o caráter antiabusivo da norma. Em outras palavras, inexistente razão para uma norma antiabusiva, caso inexistir a presunção de abuso.

A esse respeito, Arruda Alvim Pinto<sup>35</sup> esclarece que a presunção é construída por meio de um processo lógico-jurídico, que objetiva tratar como verdadeiro um fato desconhecido.

Segundo Gilberto Ulhôa Canto<sup>36</sup>, o processo de construção de uma presunção depende de uma sequência histórica de fatos iguais, reincidentes e conhecidos. Assim, seria possível afirmar que os fatos que embasaram a criação da norma são os planejamentos utilizados com a finalidade exclusiva de redução da carga tributária global de uma operação comercial.

---

<sup>35</sup> Arruda Alvim Pinto, *Manual de Direito Processual Civil*, São Paulo, ed. RT, 1991, p. 338.

<sup>36</sup> Gilberto Ulhôa Canto, *Presunções no direito tributário*, São Paulo, ed. Resenha Tributária, 1991, p. 3.

Ora, seria justo a lei, constatando uma prática reiterada de fatos abusivos, restringir operações que se qualifiquem como tal. Não se justifica, no entanto, que essa presunção seja aplicada *jure et de jure*.

De fato, é pacífico na doutrina o entendimento de que presunções absolutas não podem ser utilizadas na esfera tributária para a instituição de obrigações tributárias, como corroboram os ensinamentos de Maria Rita Ferragut<sup>37</sup>:

Diante destas considerações, entendemos que as “presunções absolutas” não podem ser validamente utilizadas para a instituição de obrigações tributárias, já que não permitem que o sujeito contra quem a presunção aproveita apresente provas cabais de que o evento descrito no fato indiciado não ocorreu, mas que, mesmo assim, o direito permaneça reconhecendo-o como ocorrido.

[...]

Já as presunções legais devem ser aceitas para a instituição de obrigações tributárias, desde que corretamente aplicadas e assegurando-se sempre ao contribuinte o devido processo legal.

Logo, admitindo-se a criação de uma presunção legal ou que não comporte prova em contrário, de forma a considerar ocorrido fato que se enquadre na hipótese de incidência de determinado tributo, vislumbrar-se-ia notória ofensa a vários princípios constitucionais.

Sob essa linha de argumentação, as pessoas jurídicas que detêm investimentos relevantes no exterior possuiriam o direito, garantido constitucionalmente, de demonstrar a existência de propósito comercial e substância de suas operações e, portanto, a não correspondência do seu caso concreto à generalidade da norma.

---

<sup>37</sup> Maria Rita Ferragut, *Presunções no Direito Tributário*, São Paulo, ed. Dialética, 2001, p.83.

Não obstante, o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, ao abranger toda e qualquer operação, independentemente da motivação negocial do contribuinte e sem conceder a possibilidade de prova em contrário, criou uma hipótese de tributação de renda por ficção jurídica contrária ao nosso ordenamento. Veja-se, nesse sentido, a percutiente lição de Tércio de Sampaio Ferraz Junior<sup>38</sup>:

Ora, como bem viu o STF no caso citado, é fácil demonstrar que “[o]s lucros apurados em balanço da pessoa jurídica integram o patrimônio desta e não dos sócios, quer sob o ângulo econômico, quer, até mesmo, sob o jurídico”. Na verdade, a natureza do instituto não autoriza a igualação, posto que, nele, ocorrem inúmeras situações, como a exigência de reinvestimento para a subsistência da empresa (empresas operacionais), provisões para contingências, inclusive obrigatórias, e um farto elenco de situações, de tal modo que a igualação apuração em balanço = aquisição de disponibilidade revela, efetivamente, uma rematada ficção.

Em suma, o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 não possui as características inerentes às regras CFC e, na realidade, somente estabeleceu o momento de ocorrência do fato gerador do IRPJ e da CSLL quanto aos lucros auferidos no exterior por empresa brasileira mediante controladas ou coligadas residentes no exterior.

Essa conclusão é, inclusive, corroborada pelo voto da relatora Sandra Faroni no Caso Eagle<sup>39</sup> julgado pelo E. Conselho, *in verbis*:

Após todas essas reflexões confirmo minha conclusão anterior de que, de fato, a tributação dos lucros disponibilizados fictamente na forma do art. 74 da MP 2.158-35, de 2001, se rege pelo artigo 7.º da Convenção. Ainda, e na mesma linha de Bianco, entendo que referida

---

<sup>38</sup> Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “Disponibilidade: CTN ART. 43”. Revista de Direito Tributário, n. 91, 2004, p. 26 (São Paulo, Malheiros).

<sup>39</sup> Conselho de Contribuintes. Acórdão n.º 101-97.070, 1ª Câmara, sessão realizada em 17/12/2008.

norma de transparência fiscal internacional não é incompatível com os acordos internacionais que seguem o modelo da OCDE, nas situações fáticas de investimento feito em empresa no exterior com intuito abusivo, ou sediada em um país que pratica a concorrência fiscal danosa. No caso específico, uma vez que a investida não se situa em “paraíso fiscal” e não demonstrado nos autos que goze de regime fiscal privilegiado (a Administração Tributária da Espanha confirmou que a Jalu Spain se encontra submetida ao regime geral de Impostos sobre Sociedades estabelecido na Lei 43/1995, sendo sujeito do Imposto sobre Sociedades), não se sustenta a submissão à tributação dos resultados da empresa espanhola.

Ressalte-se: os Comentários às Convenções Modelo da OCDE e da ONU permitem, como exceção à aplicação do artigo 7.º, a incidência das regras CFC, e não de uma regra geral de tributação automática sem qualquer consideração antiabusiva como é o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001.

Muito embora o Brasil não seja membro da OCDE, o país é membro da ONU e o fato de que ambos os modelos prevejam o mesmo entendimento é altamente significativo da correta maneira de aplicação dos tratados.

Por fim, corroborando o entendimento de que a regra brasileira não é compatível com a aplicação do artigo 7.º dos tratados, existem convenções assinadas pelo Brasil que claramente excetua a aplicação do próprio tratado em questão em relação às regras CFC ou à legislação similar de tributação automática de lucros auferidos por controladas no exterior. Confira-se, nesse sentido, a disposição do artigo 28, parágrafo 3, do Tratado Brasil-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.

Ora, se é necessário incluir cláusulas expressas nos tratados para excetuar sua aplicação frente às regras CFCs ou similares, torna-se patente a incompatibilidade da incidência do artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 frente aos tratados que não dispõem de dispositivo similar, como é o caso do Tratado Brasil-Áustria. Caso contrário, ter-se-ia que o referido artigo 28, parágrafo 3, do Tratado Brasil-México configura um dispositivo inútil, o que não pode ser admitido no âmbito de negociações sofisticadas internacionais.

### **3.2. A constitucionalidade do art. 74 (ADI 2.588/DF)**

A incidência de IRPJ e CSLL sobre lucros provenientes de controladas e coligadas no exterior foi objeto de intenso debate tanto no âmbito administrativo, como na esfera judicial. O STF já se pronunciou a respeito da constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 no que tange aos ganhos provenientes de investimento em controladas no exterior (Ação Direta de Inconstitucionalidade –ADI – n.º 2.588/DF).

Contudo, é importante tecer a seguinte ressalva: é sabido que, em 10 de abril de 2013, o STF fixou a proclamação do resultado do julgamento da ADI n.º 2.588/DF e, por maioria de votos, declarou, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a aplicabilidade da regra prevista no *caput* do artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 especificamente em relação às controladas situadas em países considerados “paraísos fiscais”, mas não às controladas localizadas em países sem tributação favorecida. O STF também decidiu pela inaplicabilidade do artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 às empresas coligadas situadas em países sem tributação favorecida.

Ou seja, para as controladas localizadas em países sem tributação favorecida, a constitucionalidade do referido dispositivo não possui eficácia *erga omnes*, cujo aspecto deveria ser ponderado pelo tribunal administrativo.

#### **4. A jurisprudência firmada no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf)**

O Carf tem asseverado uma suposta compatibilidade entre o artigo 7.º dos tratados<sup>40</sup> e o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001<sup>41</sup>, ao construir o raciocínio de que a norma local, ao determinar um marco temporal para a disponibilização de lucros auferidos por controladas no exterior à controladora brasileira, faria incidir a tributação sobre os lucros da própria controladora brasileira, dissociados dos lucros auferidos por suas controladas.

No entendimento do Fisco, é como se não se estivesse tributando lucro no exterior, mas lucro brasileiro, porque o próprio artigo 74 estabeleceu que o lucro considera-se disponibilizado no Brasil na data da sua apuração no balanço da controlada, situada no exterior. A bem da verdade: usa-se o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 para violar os tratados.

Outro argumento que, por vezes, é trazido pelas autoridades fiscais é o de que o art. 74 seria norma CFC, o que justificaria sua prevalência sobre

---

<sup>40</sup> Dispõe o art. 7.º, § 1.º dos tratados celebrados pelo Brasil: "1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente".

<sup>41</sup> Antes da Lei 12.973/1974, tinha vigência a MP n.º 2158-35/01 que, em seu art. 74, dispunha o seguinte: "Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor."

qualquer outra disposição contida nos tratados internacionais para evitar a dupla tributação.

Para manutenção de uma cobrança fiscal, é comum também que os conselheiros se apeguem à constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 decidida pelo STF, na ADI n.º 2.588/DF.

De plano, algumas observações são importantes. Frise-se que esses raciocínios foram firmados mesmo em casos que não havia qualquer acusação de fraude ou abuso de forma na estrutura societária. E mais: muitos deles foram firmados em julgamentos com empate de votos, sendo que o desfecho favorável ao Fisco se deu por voto de qualidade.

Dito isso, passa-se para análise de alguns acórdãos proferidos na esfera administrativa.

#### **4.1. Caso Eagle I (Acórdão 101-95.802 - julgamento em 19 de outubro de 2006)<sup>42</sup>**

O contribuinte invocou o tratado firmado com a Espanha em relação aos lucros auferidos por intermédio de sua controlada situada na Espanha (Jalua), e que tem disposições específicas para a tributação de lucros (artigo 7.º) e de dividendos (artigo 10).

Sob relatoria da conselheira Sandra Maria Faroni, o Tribunal Administrativo decidiu o seguinte:

[...] não considero possível utilizar o n.º 2 do Artigo 3 da Convenção para atribuir aos lucros apurados em balanço, antes de qualquer dedução, o significado de dividendos. Até porque não me parece que pela legislação da Espanha o significado do termo dividendos alcance os lucros apurados em balanço antes de sua distribuição (em atenção

---

<sup>42</sup> Conselho de Contribuintes. Acórdão n.º 101-95.802, 1ª Câmara, sessão realizada em 19/10/2016.

ao princípio da reciprocidade). A ficção estabelecida pela MP implicaria esvaziamento da convenção mediante alteração posterior de "definição".

Nessa linha de raciocínio, concluo que a tributação com fulcro no art. 74 da MP n.º 1.158-35/2001 incide sobre o lucro das empresas, e não sobre os dividendos. Nessa circunstância, tendo em vista o art. 7 da Convenção, não pode haver tributação no Brasil dos lucros auferidos por intermédio da Jalsa, enquanto não disponibilizados.

Prevaleceu, então, o entendimento de que, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil, nos termos da convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de imposto sobre a renda entre Brasil e Espanha. Não são também tributados no Brasil os dividendos recebidos por um residente do Brasil e que, de acordo com as disposições da convenção, são tributáveis na Espanha.

#### **4.2. Caso Marfrig (Acórdão 1402-002.388 - julgamento em 14 de fevereiro de 2017)<sup>43</sup>**

Embora no julgamento tenha se considerado que o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 teria efeito de norma CFC "por considerar transparente as controladas e coligadas no exterior", chegou-se à conclusão de que essa norma em específico "não possui a sua finalidade típica, antiabusiva, específica e excepcional, o que permitiria sua aplicação em harmonia com as disposições das normas internacionais, firmadas com o intuito de se evitar a dupla tributação".

Com isso, o entendimento firmado no acórdão foi o seguinte:

---

<sup>43</sup> Carf. Acórdão n.º 1402-002.388, 2ª Turma, da 4.ª Câmara, da 1.ª Seção de Julgamento do CARF., sessão realizada em 14 de fevereiro de 2017.

Diante disso, não se sustenta o argumento de que poderia tal dispositivo ser livremente aplicado sem se chocar com a Convenção para evitar a dupla tributação, firmada entre Brasil e Argentina, vez que a excepcionalidade aceita pela OCDE e a comunidade tributária internacional se baseia em normas CFC realmente destinadas a combater abusos e elisão – e não a promover a arrecadação ordinária, à revelia das relações internacionais, como se apresenta no presente caso. [...]

O pacto firmado exprime uma decisão político-jurídica dos Estados, a qual implica em renúncia tributária mútua de potencial de arrecadação percebida por meio de fatos geradores ocorridos no exterior, dentro de um sistema de bases universais.

Ou seja, entendeu-se pela aplicação do Tratado Brasil-Argentina, em detrimento do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001.

### **4.3. Caso Ball (Acórdão 9101-004.583 - julgamento em 9 de dezembro de 2019)<sup>44</sup>**

Diferentemente dos casos Eagle e Marfrig, a turma julgadora da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) entendeu que o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 seria norma CFC. Consequentemente, decidiu-se pela suposta inexistência de incompatibilidade entre a norma interna e o acordo internacional, incidindo tributação sobre os lucros auferidos pela controladora brasileira, afastando a aplicação dos artigos 7.º e 10 do tratado.

Nesse sentido, insta reproduzir os principais trechos do acórdão:

E isto também em razão de a norma contida no art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 se enquadrar no conceito de legislação de controladas no exterior (*Controlled Foreign Corporations* – CFC),

---

<sup>44</sup> Carf. Acórdão n.º 9101-004.583, 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, sessão realizada em 04 de dezembro de 2019.

consoante tem decidido este Colegiado, como é exemplo o Acórdão n.º 9101-002.332, de 4/5/2016, orientado pelo voto do ex-conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão. De seus termos são extraídos os fundamentos para reafirmar a compatibilidade da norma legal em referência com os Artigos 7 e 10 dos acordos internacionais, ainda que para tributar lucros auferidos por uma empresa produtiva no Chile, um país com níveis de tributação normais no plano internacional, como alega a Contribuinte, até porque, muito embora naquele caso concreto o debate tenha sido construído em face do Tratado Brasil-Holanda, a análise feita tem em conta os comentários às Convenções Modelo da OCDE e da ONU.

Decidiu-se pela inaplicabilidade do Tratado Brasil-Chile.

#### **4.4. Caso Weg (Acórdão 9101-004.060 - julgamento em 12 de março de 2019)<sup>45</sup>**

Nesse acórdão, a CSRF trouxe mais um argumento: o de que o tratado internacional seria aplicável apenas para investidores estrangeiros, sendo que aos brasileiros seria aplicável o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001.

Para justificar tal raciocínio, aduziu o seguinte:

A neutralidade da tributação entre investida e investidora é operacionalizada por meio de outro mecanismo, mediante compensação do que a investida já recolheu aos cofres no exterior, e supera-se a questão do diferimento de tributação por tempo indeterminado. A tributação só se consoma se as alíquotas no exterior foram inferiores às praticadas no Brasil.

Os lucros, apesar de auferidos pela empresa no exterior, pertencem, na medida da participação societária, ao seu investidor que se

---

<sup>45</sup> Carf. Acórdão n.º 9101-004.060, 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, sessão realizada em 12 de março de 2019.

localiza no Brasil. Ou seja, a legislação brasileira diz respeito aos lucros auferidos pelo contribuinte, investidor, residente no Brasil.

Portanto, os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior.

Nesse contexto, não há que se falar em aplicação do Tratado Brasil-Espanha ao caso concreto. O Tratado Brasil-Espanha vem proteger os investidores que não são brasileiros da incidência do art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001. Ou seja, a legislação brasileira não tem repercussão nos lucros auferidos pelos investidores estrangeiros.

E, considerando que a materialidade do art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001, não colide com o Tratado Brasil-Espanha, não cabe discussão sobre enquadramento do art. 7.º do tratado internacional, ou sobre prevalência de tratados sobre legislação interna, tampouco sobre suposta aplicação de regime de transparência fiscal internacional decorrente da existência de cláusulas abusivas. Precisamente porque os lucros tributáveis pela legislação brasileira não se comunicam com os lucros tutelados pelo tratado internacional.

Portanto, por entender que não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Espanha para evitar bitributação de renda, referido tratado foi afastado no caso concreto.

#### **4.5. Caso Yolanda (Acórdão 9101--003.924 - julgamento em 4 de dezembro de 2018)<sup>46</sup>**

Nesse julgamento, o entendimento foi semelhante ao aplicado para o "Caso Weg": o tratado internacional seria aplicável apenas para investidores

---

<sup>46</sup> Carf. Acórdão n.º 9101-003.924, 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, sessão realizada em 04 de dezembro de 2018.

estrangeiros, aos brasileiros é aplicável o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001.

Para embasar referido posicionamento, entendeu-se que não caberia discussão sobre enquadramento dos artigos 7.º ou 10 do tratado internacional, ou sobre prevalência de tratados sobre legislação interna, tampouco sobre suposta aplicação de regime de transparência fiscal internacional. Isso porque os lucros tributáveis pela legislação brasileira não se comunicariam com os lucros tutelados pelo tratado internacional. Destaca-se:

E, precisamente para se evitar tal diferimento, o art. 74 da norma em debate dispôs expressamente sobre aspecto temporal: o lucro presume-se distribuído para a empresa brasileira (na condição de detentora das ações/quotas da investida), na proporção de sua participação, ao final do ano-calendário. [...]

Isso porque os lucros, apesar de auferidos pela empresa no exterior, pertencem, na medida da participação societária, ao seu investidor que se localiza no Brasil. Ou seja, a legislação brasileira diz respeito aos lucros auferidos pelo contribuinte, investidor, residente no Brasil.

Portanto, os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior.

Nesse contexto, não há que se falar aplicação do tratado Brasil-Holanda no caso concreto, nem do art. 10, tampouco do art. 7.º. O Tratado Brasil-Holanda vem proteger os investidores que não são brasileiros da incidência do art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001, assim como os investidores que não são holandeses da legislação tributária que produzida na Holanda. Ou seja, a legislação brasileira não tem repercussão nos lucros auferidos pelos investidores estrangeiros.

E, considerando que a materialidade do art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001, não colide com o Tratado Brasil-Holanda, não cabe discussão

sobre enquadramento dos arts. 7.º ou 10 do tratado internacional, ou sobre prevalência de tratados sobre legislação interna, tampouco sobre suposta aplicação de regime de transparência fiscal internacional decorrente da existência de cláusulas abusivas, conforme aduzido pela Contribuinte. Precisamente porque os lucros tributáveis pela legislação brasileira não se comunicam com os lucros tutelados pelo tratado internacional.

E a decisão foi pela inaplicabilidade do Tratado Brasil-Holanda.

#### **4.6. Caso Bradesco (Acórdão 1302-004.329 - julgamento em 11 de fevereiro de 2020)<sup>47</sup>**

Nesse caso, a turma julgadora trouxe como fundamento o fato de que não se confundiriam as materialidades previstas no art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Luxemburgo para evitar bitributação de renda. E ainda que tal conclusão não implicaria em “esvaziar o conteúdo do artigo 7.º da convenção, mas sim de compatibilizá-lo com a legislação brasileira de tributação dos lucros no exterior que se insere na categoria de norma CFC, plenamente admitido pelo direito internacional.”

Destacam-se importantes trechos do acórdão que refletem o posicionamento acima:

Este colegiado têm se manifestado, em sua maioria, no sentido de que o art. 74 da MP n.º 2158-35/2001 é autêntica regra CFC (*Controlled Foreign Company Rule*), podendo ser aplicada sem ferir os tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, acompanhando o posicionamento reiterado da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF, sobre a matéria. [...]

---

<sup>47</sup> Carf. Acórdão n.º 1302-004.3292, 2ª Turma, da 3.ª Câmara, da 1.ª Seção de Julgamento do CARF, sessão realizada em 11 de fevereiro de 2020.

A discussão relacionada à existência de conflito entre o art. 7.º do Tratado Brasil-Luxemburgo já foi objeto de apreciação pela 1.a Turma da CSRF, ao proferir o Acórdão n.º 9101-003.088, cujo voto da lavra do D. conselheiro André Mendes Moura propugnou no sentido de que não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP n.º 2158-35/2001 e as disposições da MP 2158-35/2001. [...]

Diante das premissas acima alinhadas, que adoto como razões de decidir, não podem ser acolhidas as alegações da recorrente no sentido de que o acordo para evitar a bitributação firmado entre Brasil e Luxemburgo deva prevalecer sobre a legislação interna.

Em mais um caso, foi afastado o tratado internacional pactuado com o Brasil.

#### **4.7. Caso Marselha (Acórdão 9101-003.169 - julgamento em 7 de novembro de 2017)<sup>48</sup>**

Nessa ocasião, o Tribunal Administrativo reproduziu os mesmos fundamentos já trazidos acima e que podem ser assim resumidos: (i) o tratado internacional é aplicável apenas para investidores estrangeiros, aos brasileiros é aplicável o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001; (ii) o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 é aplicável sobre controladas diretas e indiretas; e (iii) não se aplicam os tratados internacionais quando as atividades produtivas são desenvolvidas em país diferente ao do tratado.

Sobre tais conclusões, as seguintes transcrições:

Não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Áustria para evitar bitributação de renda. Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na

---

<sup>48</sup> Carf. Acórdão n.º 9101-003.169, 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, sessão realizada em 07 de novembro de 2017.

proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário. São diferentes os lucros dos residentes na Áustria e os lucros auferidos pelos investidores no Brasil.

Nesse sentido, o art. 74, *caput*, da MP n.º 2.158-35, de 2001, dispõe sobre a tributação das controladas, tanto diretas quanto indiretas.

Assim, em uma estrutura societária com várias ramificações, os lucros auferidos por controladas e coligadas devem ser apurados individualmente, ainda que haja duas ou mais empresas coligadas/controladas localizadas no mesmo país. E, na apuração do resultado de cada controlada/coligada, devem ser consolidados os resultados dos demais investimentos da correspondente empresa, independente da vinculação societária.

Ao se interpretar quem seriam os sujeitos de um tratado de bitributação, o país da fonte é o país em que deve se encontrar a empresa onde efetivamente são desempenhadas as atividades produtivas. Tais atividades podem ser produzidas pela própria empresa, ou mediante investimentos, desde que naquele país contratante. Pode ser até mesmo uma holding, desde que concentre investimentos que desempenhem atividades produtivas localizados no mesmo país, e não um mero hub, um centralizador de investimentos localizados em países não signatários de acordos com o Brasil. O tratado de bitributação deve ser aplicado em situações no qual, efetivamente, as empresas se localizam nos países contratantes. Alargar o conceito da empresa situada no país da fonte para qualquer empresa que concentre auferimento de renda de outras empresas, independente das circunstâncias ou da localização dos investimentos, subverte a finalidade e o objetivo dos tratados internacionais. Não há que se conceber que dois países se reúnam para dar amparo a sistemas paralelos de tributação.

Dessa forma, foi afastado o Tratado Brasil-Áustria.

Todos os acórdãos acima trazidos podem ser resumidos da seguinte forma:

| Acórdão      | Tratado Internacional envolvido | Fundamentos   | Data do Julgamento | Turma Julgadora  | Resultado                    |
|--------------|---------------------------------|---|--------------------|--|------------------------------|
| 1302-004.329 | Convenção Brasil-Luxemburgo     | A turma julgadora trouxe como fundamento o fato de que não se confundiriam as materialidades previstas no art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Luxemburgo para evitar bitributação de renda. E que tal conclusão não implicaria em "esvaziar o conteúdo do artigo 7.º da convenção, mas sim em compatibilizá-lo com a legislação brasileira de tributação dos lucros no exterior que se insere na categoria de norma CFC, plenamente admitida pelo direito internacional". | 11/2/2020          | 2.ª Turma Ordinária da 3.ª Câmara da 1.ª Seção de Julgamento | Desfavorável ao contribuinte |
| 9101-004.583 | Convenção Brasil-Chile          | Firmado entendimento de que inexistia incompatibilidade entre a norma interna e o acordo internacional, incidindo a tributação sobre os lucros auferidos pela controladora brasileira, o que afasta a aplicação dos artigos 7.º e 10 do referido tratado.   | 4/12/2019          | 1.ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais             | Desfavorável ao contribuinte |
| 9101004.060  | Convenção Brasil-Espanha        | A turma julgadora baseou a decisão no fundamento de que os tratados internacionais são aplicáveis apenas aos investidores estrangeiros, quanto aos investidores brasileiros é aplicável o art. 74 da MP n.º 2.15835.  | 12/3/2019          | 1.ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais             | Desfavorável ao contribuinte |

| Acórdão     | Tratado Internacional envolvido | Fundamentos   | Data do Julgamento | Turma Julgadora  | Resultado                    |
|-------------|---------------------------------|---|--------------------|--|------------------------------|
| 9101003.924 | Convenção Brasil-Holanda        | A turma julgadora baseou a decisão no fundamento de que os tratados internacionais são aplicáveis apenas aos investidores estrangeiros, quanto aos investidores brasileiros é aplicável o art. 74 da MP n.º 2.15835.  | 4/12/2018          | 1.ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais             | Desfavorável ao contribuinte |
| 9101003.169 | Convenção Brasil-Áustria        | A turma julgadora baseou a decisão no fundamento de que os tratados internacionais são aplicáveis apenas aos investidores estrangeiros, quanto aos investidores brasileiros é aplicável o art. 74 da MP n.º 2.15835.  | 7/11/2017          | 1.ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais             | Desfavorável ao contribuinte |
| 1402002.388 | Convenção Brasil-Argentina      | Firmado entendimento de que o objeto da tributação doméstica guarda identidade com o bloqueio normativo exercido pela convenção firmada entre Brasil e Argentina, assim, a incidência do artigo 7.º da convenção prevalece sobre a disposição do art. 74 da MP n.º 215835/01 (combinada com o art. 25 da Lei n.º 9.549/95).   | 14/2/2017          | 2.ª Turma Ordinária da 4.ª Câmara da 1.ª Seção de Julgamento | Favorável ao contribuinte    |
| 101-95.802  | Convenção Brasil-Espanha        | Prevaleceu o entendimento de que, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil, nos termos da convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de imposto sobre a renda entre o Brasil e a Espanha. Não | 19/10/2006         | 1.ª Câmara do 1.º Conselho de Contribuintes                  | Favorável ao contribuinte    |

| Acórdão | Tratado Internacional envolvido | Fundamentos  | Data do Julgamento | Turma Julgadora | Resultado |
|---------|---------------------------------|--|--------------------|-----------------|-----------|
|         |                                 | são também tributados no Brasil os dividendos recebidos por um residente do Brasil e que, de acordo com as disposições da convenção, são tributáveis na Espanha. |                    |                 |           |

## 5. A jurisprudência no âmbito judicial

Em sentido absolutamente diverso ao que se firmou na jurisprudência mais recente do Carf (art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 como norma CFC e inaplicabilidade dos tratados), foi realizado o julgamento do Recurso Especial n.º 1.325.709/RJ pela Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça<sup>49</sup>.

Na ocasião, foi proferido acórdão para dar provimento ao recurso especial para que os lucros auferidos pelas empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo fossem tributados apenas nos seus territórios, conforme trechos abaixo:

[...] A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão da sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (REsp 1.161.467-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe 01/06/2012).

6. O art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos países ocidentais, inclusive pelo Brasil, conforme Tratados Internacionais Tributários celebrados com a Bélgica (Decreto 72.542/73), a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.051/80), disciplina que os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado (dependência, sucursal ou filial); ademais, impõe a Convenção de Viena que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o

---

<sup>49</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.325.709/RJ. Recorrente: Companhia Vale do Rio Doce. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília/DF. Publicado no diário oficial em 20 de maio de 2014.

inadimplemento de um tratado (art. 27), em reverência ao princípio basilar da boa-fé.

7. No caso de empresa controlada, dotada de personalidade jurídica própria e distinta da controladora, nos termos dos tratados internacionais, os lucros por ela auferidos são lucros próprios e assim tributados somente no país do seu domicílio; a sistemática adotada pela legislação fiscal nacional de adicioná-los ao lucro da empresa controladora brasileira termina por ferir os Pactos Internacionais Tributários e infringir o princípio da boa-fé na relações exteriores, a que o Direito Internacional não confere abono.

8. Tendo em vista que o STF considerou constitucional o *caput* do art. 74 da MP 2.158-35/2001, adere-se a esse entendimento, para considerar que os lucros auferidos pela controlada sediada nas Bermudas, país com o qual o Brasil não possui acordo internacional nos moldes da OCDE, devem ser considerados disponibilizados para a controladora na data do balanço no qual tiverem sido apurados.

9. O art. 7.º, § 1.º da IN/SRF 213/02 extrapolou os limites impostos pela própria Lei Federal (art. 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP 2.158-35/01) a qual objetivou regular; com efeito, analisando-se a legislação complementar ao art. 74 da MP 2.158-35/01, constata-se que o regime fiscal vigorante é o do art. 23 do DL 1.598/77, que em nada foi alterado quanto à não inclusão, na determinação do lucro real, dos métodos resultantes de avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é, das contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas.

10. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, concedendo em parte a ordem de segurança postulada, para afirmar que os lucros auferidos nos países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributados apenas nos seus territórios, em respeito ao art. 98 do CTN e aos tratados internacionais em causa; os lucros apurados por Brasamerican Limited, domiciliada nas Bermudas, estão sujeitos ao

art. 74, *caput* da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial.

Observe-se que o acórdão foi muito claro ao reconhecer a prevalência dos tratados celebrados pelo Brasil com a Bélgica (Decreto 72.542/73), com a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e com Luxemburgo (Decreto 85.051/80) sobre a legislação interna. E mais: a competência, segundo o julgado, é exclusiva desses Estados para tributar os lucros das entidades lá domiciliadas, nada sendo tributável no Brasil.

Vale mencionar que o processo da Vale ainda não transitou em julgado, pende de julgamento do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, cuja matéria ainda será analisada sob o viés constitucional.

Ainda assim, o entendimento firmado na decisão em referência é de extrema importância e vem refletindo em decisões dos Tribunais Regionais Federais.

Como por exemplo, o acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança n.º 2003.72.01.000014-4/SC, pela 1.a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.a Região (TRF4)<sup>50</sup>. Confira-se:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. CONFLITO DE NORMAS. ART. 74, CAPUT, DA MP N.º 2.158-35/2001. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PREVALÊNCIA DA NORMA VEICULADA NOS TRATADOS. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA DOS LUCROS NO PAÍS DE DOMÍLIO. REAVALIAÇÃO POSITIVA DOS INVESTIMENTOS EM CONTROLADAS SITUADAS NO EXTERIOR. NEUTRALIDADE DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL PARA FINS FISCAIS. ART. 23, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL N.º 1.598/1977.

---

<sup>50</sup> Tribunal Regional Federal (4.ª região). Apelação cível n.º 2003.72.01.000014-4-SC. Apelante: União Federal. Apelado: EMBRACO EMPRESA BRASILEIRA DE COMPRESSORES S/A Relator: Des. Federal Joel Ilan Paciornik. Porto Alegre/RS, publicado no diário oficial em 24 de setembro de 2015.

Diante do evidente conflito do disposto no art. 74 da MP n.º 2.158-35, que determina a adição dos lucros obtidos pela empresa controlada no exterior, para o cômputo do lucro real da empresa controladora, na data do balanço no qual tiverem sido apurados, deve prevalecer a norma do art. 7.º dos Decretos n.º 762/1993 e n.º 85.985/1981, a fim de evitar a tributação dos lucros das empresas controladas pela impetrante na China e na Itália.

Na ocasião, a turma julgadora, ao negar provimento ao apelo da Fazenda Nacional, entendeu que há, sim, conflito entre o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 e os regramentos internacionais que seguem o modelo da OCDE.

E o principal fundamento do TRF4 foi o de que a prevalência dos tratados internacionais seria consequência lógica da aplicação do princípio da especialidade (*lex specialis derogat generalis*).

Com objetividade, a turma bem reconheceu que “o ponto nodal da controvérsia decorre do disposto no art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, que considera disponibilizados os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, independentemente de sua efetiva distribuição”.

E conclui o seguinte:

Equivoca-se a Fazenda Nacional ao sustentar que a tributação incide sobre os lucros obtidos por empresa sediada no Brasil, provenientes de fonte situada no exterior, na medida em que refletem positivamente no patrimônio da controladora, valorizando suas ações e demais ativos, pois a reavaliação positiva dos investimentos realizados em empresas controladas situadas no exterior não constitui renda tributável, conforme o disposto no parágrafo único do art. 23 do DL n.º 1.598/1977 (na redação vigente até a Lei n.º 12.973/2014). A norma do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 em nada alterou o regime fiscal vigorante desde o art. 23 do DL n.º 1.598/1977, que estabelece a neutralidade do método da

equivalência patrimonial para efeitos fiscais, porque seu resultado positivo, relevante para a contabilidade, não é tributado.

Logo, as premissas acima foram absolutamente opostas àquelas que vêm sendo firmadas no Carf.

Esse mesmo entendimento do TRF4 também foi replicado recentemente, em acórdão proferido nos autos do processo n.º 0007667-46.2003.4.03.6100 pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3.a Região (TRF3)<sup>51</sup>. Confira-se:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE E OMISSÃO. CONFIGURAÇÃO. VÍCIOS SANADOS. IRPJ E CSLL SOBRE COLIGADAS E CONTROLADAS. ARTIGO 74 DA MP 2158-35/2001. INTERPRETAÇÃO CONFORME. CONTROLADA NÃO LOCALIZADA EM PARAÍSO FISCAL OU SEDIADA EM PAÍS COM O QUAL O BRASIL TENHA ACORDO PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA NORMA.

Nos casos de as empresas controladas/coligadas não se encontrarem incluídas na lista disposta na Instrução Normativa n.º 1.037, de 4 de junho de 2010, bem como serem sediadas em países com os quais o Brasil tenha acordo ou tratado internacional, não deve ser aplicado o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001.

No caso, a turma julgadora baseou-se no Recurso Especial n.º 1.325.709/RJ, bem como no princípio da especialidade para prevalência dos tratados às normas internas a fim de se evitar a dupla tributação sobre a renda.

A conclusão foi muito clara no sentido de que “nos casos de as empresas controladas/coligadas não se encontrarem incluídas na lista disposta na Instrução Normativa n.º 1.037, de 4 de junho de 2010, bem como serem sediadas em países com os quais o Brasil tenha acordo ou tratado

---

<sup>51</sup> Tribunal Regional Federal (3.ª região). Embargos de declaração em apelação cível n.º 0007667-46.2003.4.03.6100/SP. Embargante: Votorantim Finanças S.A. Relator: Des. Federal Andre Nabarrete. São Paulo/SP, publicado no diário oficial em 05 de setembro de 2018.

internacional, não deve ser aplicado o artigo 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001”.

Contudo, infelizmente esse posicionamento ainda não é uniforme nos tribunais.

Por exemplo, o acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança n.º 0801012-33.2013.4.05.8100 pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5.a Região<sup>52</sup> assim decidiu:

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO E DO IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/01. JULGADO DO PLENÁRIO DO STF NA ADI 2588. TRATADOS FIRMADOS PELO BRASIL COM A ARGENTINA, PERU, MÉXICO E CHILE PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO. OFENSA. INEXISTÊNCIA. COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS. CONTROLADORA SEDIADA NO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE. JULGADO DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

A finalidade da Lei Complementar n.º 104/01 e do art. 73 da MP 2.158-35/02 é de evitar a elisão fiscal.

Não há ofensa aos tratados, tendo em vista que a Lei n.º 9.249/95 aboliu o princípio da territorialidade para o IRPJ e adotou o princípio da universalidade, que determina a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

Nessa oportunidade, a turma julgadora pontuou dois fundamentos principais para formação de seu convencimento:

[...] no que concerne à alegada ofensa a tratados firmados pelo Brasil com a Argentina, Peru, México e Chile para evitar a bitributação, é de

---

<sup>52</sup> Tribunal Regional Federal (5.ª região). Apelação cível n.º 0801012-33.2013.4.05.8100. Apelante: FONTE NORDESTE INDUSTRIA E COMERCIO DE CALCADOS LTDA. Apelado: União Federal. Relator: Des. Federal Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti. Recife/PE, publicado no diário oficial em 30 de maio de 2014.

se observar que a Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aboliu o princípio da territorialidade para o Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas e adotou o princípio da universalidade, que determina a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

[...] não se vislumbra incompatibilidade entre os acordos celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação que seguem o modelo da OCDE e a legislação interna. Isso porque não seriam os lucros da sociedade controlada tributados pelo Estado de residência dos sócios, mas os lucros auferidos pela própria controladora, em que pese seja utilizado, na apuração da base de cálculo tributável, o valor dos lucros auferidos pela sociedade sediada no outro estado como referência. É dizer, os acordos internacionais não visam a impedir o Estado de residência dos sócios de tributar a renda obtida por intermédio de sua participação em sociedades domiciliadas no exterior.

## **6. Conclusão**

O estudo acima sobre o cenário jurisprudencial dos tribunais administrativo e judicial, evidencia, com clareza, um dualismo de posicionamentos.

Na esfera administrativa, o Carf tem firmado uma jurisprudência bastante rígida, e até mesmo engessada sobre o tema em julgamentos muitas vezes ocorridos por voto de qualidade a favor do Fisco. Mesmo para empresas que não estão localizadas em paraísos fiscais, o tratamento fiscal tem sido inflexível para afastar a aplicação dos tratados e privilegiar o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001.

E os principais fundamentos do Fisco são quase sempre os mesmos: ora porque o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 seria norma CFC, nada discorrendo sobre estruturas ou situações supostamente abusivas, o que justificaria sua prevalência sobre qualquer outra disposição contida nos tratados internacionais para evitar a dupla tributação; ora porque o tratado

internacional seria aplicável apenas para investidores estrangeiros, sendo que aos brasileiros seria aplicável o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, não havendo assim incompatibilidade entre as normas.

Tais premissas comumente são mencionadas nas ementas dos acórdãos, o que dificulta sobremaneira a interposição de recursos especiais para a Câmara Superior, pois não deixam brecha para servirem como paradigmas divergentes.

De outra banda, a jurisprudência na esfera judicial, conquanto positivamente influenciada pelo julgamento da Vale, ainda é muito escassa e recente.

Em apertada síntese, o principal aspecto observado nas ementas acima trazidas é o da prevalência dos tratados à norma do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 por força do princípio da especialidade.

Fato é que, com tantos julgamentos desfavoráveis aos contribuintes, no âmbito administrativo envolvendo empresas controladas fora de paraísos fiscais, é certo que o Poder Judiciário ainda será provocado em inúmeros casos. Os futuros acórdãos no âmbito judicial serão determinantes para assentar esse tema que é tão debatido na relação Fisco *versus* contribuintes.



ASPECTOS RELEVANTES  
SOBRE A COMPENSAÇÃO DO  
IMPOSTO DE RENDA  
INCIDENTE NO EXTERIOR  
COM O IMPOSTO DE RENDA  
INCIDENTE NO BRASIL

# ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE NO EXTERIOR COM O IMPOSTO DE RENDA INCIDENTE NO BRASIL

*Rafael Gregorin e Gian Carlo Alarcon Evaso*

## 1. Introdução

Inicialmente, é importante contextualizar que a compensação, no Brasil, do imposto de renda incidente no exterior encontra sua origem no princípio da universalidade, previsto no artigo 153, § 2.º, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual o imposto sobre a renda “será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei”.

Conforme disciplina Hugo de Brito Machado<sup>53</sup>, o princípio da universalidade refere-se “ao objeto da tributação, devendo o imposto então recair sobre todos os rendimentos, independentemente da denominação que tiverem, da sua origem, da localização ou condição jurídica da respectiva fonte”.

Dessa forma, amparado pelo princípio constitucional da universalidade do imposto sobre a renda, o legislador editou o Decreto n.º 2.413/1988, o qual, conforme muito bem pontuado por Alberto Xavier<sup>54</sup>, trouxe uma das primeiras formas de adoção do referido princípio, ao prever o cômputo, no lucro tributável, do resultado das subsidiárias no exterior.

---

<sup>53</sup> Hugo de Brito Machado, *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*, 5. ed., São Paulo, Dialética, 2004, p. 156.

<sup>54</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 435.

O modelo atual da legislação, por sua vez, foi instituído em 1995 por meio da Lei n.º 9.249/1995 e adotado desde então<sup>55</sup>. Por essa razão, a regulamentação da referida legislação no âmbito da Receita Federal do Brasil, formalizada pela Instrução Normativa SRF n.º 213/2002, é anterior ao Regulamento de Imposto de Renda vigente.<sup>56</sup>

Nesse contexto, de acordo com o artigo 465 do Regulamento de Imposto de Renda, “a pessoa jurídica poderá compensar o imposto sobre a renda incidente, no exterior, sobre os lucros, os rendimentos, os ganhos de capital e as receitas decorrentes da prestação de serviços efetuada diretamente, computados no lucro real”.

Ainda conforme o referido dispositivo legal, a compensação do imposto de renda incidente no exterior pode ser feita, no Brasil, “até o limite do imposto sobre a renda incidente, no país, sobre os referidos rendimentos, ganhos de capital e receitas de prestação de serviços”.

Como se vê, a compensação, pelos contribuintes, de imposto de renda incidente no exterior do imposto de renda apurado no Brasil tem como objetivo impedir a dupla tributação de rendimentos, conforme será detalhadamente abordado neste artigo.

Feita essa introdução, pretende-se analisar a seguir alguns aspectos relevantes dessa compensação à luz da legislação e da jurisprudência, em especial questões de ordem prática que impactam a realização dessas compensações por grande parte dos contribuintes brasileiros que sofrem a incidência de imposto de renda no exterior.

---

<sup>55</sup> Dispositivos legais: Lei n.º 9.249/1995, art. 26; Decreto n.º 3.000/1999, art. 395 e Decreto n.º 9.580/2018, art. 465.

<sup>56</sup> Decreto n.º 9.580/2018.

## 2. Requisitos para compensação

Como visto, a legislação pátria, como uma das formas de efetivação do princípio da universalidade, prevê a possibilidade de compensação do imposto de renda incidente no exterior com o imposto de renda apurado no Brasil pelos contribuintes. No entanto, essa mesma legislação traz uma série de requisitos a serem observados para que essa compensação seja regularmente admitida.

Preliminarmente, merece destaque o fato de que todas as pessoas jurídicas que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior estão sujeitas à tributação com base no lucro real, nos termos do artigo 257, inciso III, do Regulamento de Imposto de Renda.

Nesse sentido, a legislação prevê a necessidade de apresentação das demonstrações financeiras correspondentes ao imposto de renda pago no exterior para que seja autorizada a compensação com o imposto de renda apurado no Brasil pelo contribuinte.

Além disso, nos termos do parágrafo 3.º do artigo 465 do Regulamento de Imposto de Renda, o “imposto sobre a renda a ser compensado será convertido em quantidade de reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago [...]”.<sup>57</sup>

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise dos requisitos mais relevantes a serem observados para que os contribuintes possam efetuar a regular compensação do imposto de renda incidente no exterior com o imposto de renda apurado no Brasil.

---

<sup>57</sup> Ainda nos termos do parágrafo 3.º do artigo 465 do Regulamento de Imposto de Renda, “[...] caso a moeda em que o imposto tenha sido pago não tiver cotação no país, será ela convertida em dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em reais.”

## 2.1. Limites de compensação

O primeiro requisito, previsto já no próprio *caput* do artigo 465 do Regulamento de Imposto de Renda, é o da observância do limite quantitativo para a realização das compensações em questão. Nesse sentido, somente pode ser compensado o imposto de renda incidente no exterior até o limite do imposto de renda incidente no Brasil sobre os referidos rendimentos, ganhos de capital e receitas de prestação de serviços.

Dessa forma, o contribuinte deverá calcular, nos termos do *caput* do artigo 465, o valor do imposto de renda pago no exterior que foi incluído na determinação do lucro real, de modo que o valor a ser compensado não poderá exceder o resultado desse cálculo.

Ademais, o parágrafo 1.º do artigo 465 acima citado estabelece que, para fins de determinação do limite de compensação, "o imposto sobre a renda incidente, no país, correspondente aos lucros, aos rendimentos, aos ganhos de capital e às receitas de prestação de serviços auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e do adicional devidos pela pessoa jurídica no país".

Assim sendo, o contribuinte também deverá calcular o valor do imposto de renda e adicional devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, de modo que o valor a ser compensado também não poderá exceder a diferença positiva entre os referidos valores.

É importante destacar que o limite para compensação do imposto de renda pago no exterior a ser considerado será o do menor valor apurado entre os cálculos do *caput* e do parágrafo 1.º do artigo 465 do Regulamento de Imposto de Renda, conforme exposto acima e disposto pelo parágrafo 10 do artigo 14 da Instrução Normativa SRF n.º 213/2002.

Além disso, é importante destacar a manifestação da Diretoria de Tributação da Superintendência Regional da Receita Federal da 8.a Região, por meio da Solução de Consulta Disit/SRRF08 n.º 478/2008<sup>58</sup>, a qual reconheceu a possibilidade de compensação, com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), do saldo de imposto de renda incidente no exterior que exceder o valor compensável com o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

Por fim, na hipótese em que a compensação não seja possível em razão da não apuração de lucro real positivo pela contribuinte, a compensação poderá ser feita com o que for devido nos anos-calendário subsequentes, mediante controle do respectivo valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur), conforme disposto pelos parágrafos 14 e 15 da Instrução Normativa SRF n.º 213/2002.

## 2.2. Documentos Comprobatórios

O segundo requisito previsto pela legislação para a realização da compensação do imposto de renda incidente no exterior com o imposto de renda apurado no Brasil pelos contribuintes refere-se à documentação comprobatória que deve amparar as referidas compensações.

---

<sup>58</sup> “[...]”

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL  
Compensação do Imposto de Renda Pago no Exterior.

O saldo do imposto de renda pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda devido no Brasil sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, somente poderá ser compensado com a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, até o limite acrescido em decorrência dessa adição. Vedada a compensação de eventual saldo ainda remanescente com outros tributos e contribuições federais.”

Dispositivos legais: Lei n.º 9.249, de 1995, art. 26; Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001, art. 21; IN SRF n.º 213, de 2002, art. 15; e art. 74 da Lei n.º 9.430, de 1996.

O parágrafo 2.º do artigo 465 do Regulamento de Imposto de Renda, com base no parágrafo 2.º do artigo 26 da Lei n.º 9.249/1995, determina que deve ser apresentado o comprovante de recolhimento do imposto de renda no exterior que se pretende compensar no Brasil. Segundo os referidos dispositivos legais, "o documento relativo ao imposto sobre a 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".

Não se faz necessário grande aprofundamento acerca do procedimento acima, conhecido como consularização, para que se conclua que se trata de trâmite extremamente burocrático e oneroso, o qual, muitas vezes, inviabiliza o aproveitamento do imposto de renda pago no exterior por parte dos contribuintes.

Diante disso, um ano após a vigência da Lei n.º 9.249/1995, que estabeleceu a necessidade da consularização dos comprovantes de recolhimento do imposto de renda pago no exterior, foi publicada a Lei n.º 9.430/1996, que possibilitou, por meio do inciso II do parágrafo 2.º do seu artigo 16, a dispensa do procedimento de consularização, na hipótese em que restar comprovado "que a legislação do país de origem do lucro, rendimento ou ganho de capital prevê a incidência do imposto de renda que houver sido pago, por meio do documento de arrecadação apresentado".

Nesse contexto, embora a possibilidade de dispensa da consularização dos comprovantes de arrecadação do imposto de renda pago no exterior tenha sido rapidamente introduzida na legislação pátria, a sua aplicação foi, por muito tempo, controversa.

Isso porque, a própria necessidade de apresentação dos comprovantes oficiais de recolhimento do imposto de renda no exterior, mesmo com a dispensa da consularização, é problemática. As diferenças na forma de recolhimento do imposto de renda nos diversos países do mundo, que algumas vezes sequer é feito por meio de documentos arrecadatários

oficiais, mas sim, por exemplo, por meio de transferências bancárias, gera dificuldades de comprovação do recolhimento do imposto aos contribuintes brasileiros.

O elevado custo para se obter a tradução juramentada desses comprovantes, bem como das respectivas legislações dos países de origem do lucro, rendimento ou ganho de capital que prevejam a incidência do imposto de renda que houver sido pago por meio do respectivo comprovante, é outro empecilho enfrentado pelos contribuintes.

Esse cenário teve uma relevante evolução no ano de 2016, com a publicação do Decreto n.º 8.660/2016, que promulgou a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, firmada pelo Brasil, em Haia, em 5 de outubro de 1961.

Com isso, passou a ser aceita a possibilidade de apresentação da chamada “apostila” dos documentos de arrecadação do imposto de renda incidente nos países signatários da convenção, dispensando definitivamente o procedimento de consularização nesses países. A apostila, de forma resumida, funciona como uma autenticação de documentos em cartório, feita em folha apartada, nos próprios países de origem desses documentos.

Destaca-se que a possibilidade de apresentação da apostila foi ratificada pela Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil (Cosit), por meio da Solução de Consulta Cosit n.º 185/2018, a qual, acentua-se, possui efeitos vinculantes perante a Receita Federal do Brasil, conforme previsão da Instrução Normativa RFB n.º 1.396/2013<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> “ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

EMENTA: IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR. COMPENSAÇÃO. COMPROVANTES.

Para efeito de compensação do imposto de renda incidente no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, o documento comprobatório é o que comprova o recolhimento ou arrecadação do imposto de renda pago no exterior. Esse documento deverá ser reconhecido pelo órgão arrecadador do país em que houve o recolhimento e pelo Consulado da Embaixada Brasileira.

No entanto, persistiram as controvérsias relacionadas à comprovação do recolhimento do imposto de renda no exterior para fins de compensação na apuração, pelos contribuintes, do imposto de renda no Brasil, não sendo raros, até hoje, os casos de lavratura de autos de infração e a não homologação de créditos decorrentes da referida compensação de imposto de renda incidente no exterior, geralmente em razão de divergências relacionadas aos respectivos documentos comprobatórios.

### 3. Cenário jurisprudencial

Feitas as considerações anteriores acerca dos elementos fundamentais da compensação, no Brasil, do imposto de renda incidente no exterior, seu embasamento e requisitos legais, se faz importante analisar o posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) sobre o tema. Isso porque não há, até o momento, jurisprudência judicial

---

Nos casos em que a legislação do país de origem do lucro imponha a retenção do imposto na fonte, a comprovação do imposto retido far-se-á por meio de documento oficial do órgão arrecadador ou da fonte pagadora.

O reconhecimento do comprovante de recolhimento pelo órgão arrecadador do país de origem do lucro e pelo Consulado da Embaixada Brasileira fica dispensado se o contribuinte interessado comprovar que a legislação do país de origem do lucro, rendimento ou ganho de capital, prevê que a comprovação da incidência do imposto de renda que tenha sido pago dá-se por meio desse documento de recolhimento ou arrecadação."

Dispositivos legais: Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, art. 26, § 2.º; Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 16, § 2.º, II; Lei 12.973, de 13 de maio de 2014, art. 87, § 9.º; Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/1999), art. 395.

"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO DOCUMENTOS EXPEDIDOS POR PAÍSES SIGNATÁRIOS DA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS. APOSTILA.

O reconhecimento do documento que comprova o recolhimento ou arrecadação do imposto de renda pago no exterior pelo Consulado da Embaixada Brasileira pode ser substituído pela apostila, de que trata a Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros, promulgada pelo Decreto n.º 8.660, de 29 de janeiro de 2016, no âmbito dos países signatários."

Dispositivos legais: Decreto n.º 8.660, de 29 de janeiro de 2016, arts. 3.º a 6.º; Instrução Normativa n.º 1.520, de 4 de dezembro de 2014, art. 25, § 5.ºA.

consolidada a respeito desse assunto, sendo extremamente escassos os julgados dos Tribunais Federais e, ainda mais, dos Tribunais Superiores, o que não permite uma análise empírica da jurisprudência nessa esfera.

No que se refere ao Carf, a questão passou a ser analisada em maior volume pelas Câmaras Julgadoras nos últimos anos, não tendo sido analisada ainda pela Câmara Superior, mas com a definição de que, para fins de comprovação do recolhimento do imposto de renda no exterior de modo a sustentar a compensação com o imposto de renda apurado no Brasil, qualquer uma das opções previstas na legislação é admissível, seja a consularização dos documentos, a apresentação da apostila ou a tradução juramentada dos comprovantes de recolhimento, bem como das respectivas legislações dos países de origem do lucro, rendimento ou ganho de capital que prevejam a incidência do imposto de renda que houver sido pago por meio do respectivo comprovante.

A exemplo do referido entendimento, pode-se citar alguns acórdãos<sup>60</sup>, dentre os quais destaca-se o seguinte:

DEDUÇÃO IRPJ DE IMPOSTO SOBRE LUCRO PAGO NO EXTERIOR. ASPECTO FORMAL. CONVENÇÃO DE HAIA DE APOSTILAMENTO. Para a dedução do IRPJ decorrente de imposto pago no exterior, o comprovante de pagamento deve ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado brasileiro no país em que for devido o imposto.

A Convenção sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros de que trata o Decreto n.º 8.660, de 29 de janeiro de 2016, aplica-se à dedução de IRPJ pelo pagamento efetuado no exterior. O documento da administração tributária deve ser devidamente apostilado pelo Estado estrangeiro, podendo ser no próprio documento ou em folha apensa, com o título

---

<sup>60</sup> Acórdãos n.º 1401-002.199; 1402-001.287; 1401--003.098; 1201-002.133; 1201-003.220; 1201-001.894 e 1201-001.988.

"Apostille", em língua local, traduzido para o português por tradutor juramentado.

DEDUÇÃO IRPJ DE IMPOSTO SOBRE LUCRO PAGO NO EXTERIOR.  
ASPECTO MATERIAL. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO.

Para a dedução do IRPJ decorrente de imposto pago no exterior de que trata o art. 26 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, o sujeito passivo deve trazer comprovante de pagamento detalhando o imposto pago, o qual deve restar comprovado que incide sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital.

Assim, demonstrada a base de cálculo dos impostos, ratificando-se a incidência sobre renda dos impostos pagos, bem como a validade dos comprovantes apresentados, constando suas datas e valores de pagamento, aceita-se a dedução.<sup>61</sup>

Como se vê, o Carf tem firmado o entendimento no sentido de aceitar qualquer uma das hipóteses previstas na legislação para comprovação do recolhimento do imposto de renda no exterior, além dos demais requisitos legais como a observância do limite de compensação e da apresentação das demonstrações financeiras correspondentes a esse imposto para que seja autorizada a compensação com o imposto de renda apurado no Brasil pelo contribuinte.

No entanto, considerando a elevada complexidade para se obter todos os documentos necessários para realizar essa comprovação, mesmo dentro das determinações legais, se faz necessário pontuar que o Carf ainda atua com excessivo formalismo em relação aos documentos que são efetivamente apresentados pelos contribuintes, em especial no que se refere às particularidades dos documentos de arrecadação de cada um dos países envolvidos nas operações sob análise.

---

<sup>61</sup> CARF. Acórdão n.º 1401-003.098, 1.a Seção de Julgamento do Carf, 4.a Câmara, 1.a Turma Ordinária, Rel. Cons. Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, DJ 11/03/2019.

## 4. Conclusão

Como visto, a compensação, no Brasil, do imposto de renda incidente no exterior encontra sua origem no princípio constitucional da universalidade e possui como objetivo impedir a dupla tributação de rendimentos.

Nesse sentido, para que seja autorizada essa compensação, a legislação prevê uma série de requisitos a serem cumpridos, dos quais destacam-se dois que impactam de forma mais relevante os contribuintes.

O primeiro requisito é o da observância do limite para compensação, caracterizado pelo menor valor entre o do imposto de renda pago no exterior, que foi incluído na determinação do lucro real, e o da diferença positiva entre o valor do imposto de renda e o adicional devidos sobre o lucro real, antes e após a inclusão dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

O segundo requisito é o da apresentação dos documentos comprobatórios do recolhimento do imposto de renda incidente no exterior, seja por meio da consularização, da apresentação de apostila ou da tradução juramentada dos comprovantes de recolhimento, bem como das respectivas legislações dos países de origem do lucro, rendimento ou ganho de capital que prevejam a incidência do imposto de renda que houver sido pago por meio do respectivo comprovante.

Embora a jurisprudência administrativa tenha se consolidado no sentido de admitir qualquer um dos métodos de comprovação anteriormente indicados, os contribuintes continuam enfrentando dificuldades para realizar essa comprovação, dada a complexidade de operações que envolvem muitos países e a particularidade dos documentos relativos ao recolhimento do imposto de renda em cada um deles.

Além disso, é relevante pontuar as dificuldades relacionadas à burocracia envolvida na obtenção dos referidos documentos, assim como os elevados

custos envolvidos na realização dessa comprovação por qualquer um dos métodos anteriormente indicados.

Dessa forma, é importante que os contribuintes que incorrem no recolhimento de imposto de renda no exterior realizem um planejamento adequado para organizar a obtenção dos documentos relativos ao imposto de renda envolvido em suas operações ou busquem assessoria qualificada nesse aspecto, de modo a evitar autuações e a não homologação de compensações que gerem a litigiosidade do assunto.



TRIBUTAÇÃO DE SERVIÇOS  
DIGITAIS - RECOMENDAÇÕES  
DA OCDE E PANORAMA  
TRIBUTÁRIO NA AMÉRICA  
LATINA

# TRIBUTAÇÃO DE SERVIÇOS DIGITAIS - RECOMENDAÇÕES DA OCDE E PANORAMA TRIBUTÁRIO NA AMÉRICA LATINA

*Adriana Stamato e Luciana Nobrega e Silva Loureiro*

## 1. Introdução

O debate sobre a tributação da economia digital vem ganhando cada vez mais força e tende a se intensificar em razão da pandemia, que definitivamente acelerou o processo de digitalização em diversos países e evidenciou a necessidade de regras mais harmoniosas.

Desde 2015 os desafios da digitalização da economia vêm sendo discutidos de forma detalhada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ("OCDE"). Naquele ano, tais temas constaram como uma das áreas de foco do Relatório sobre Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros (*Base Erosion and Profit Shifting*, "BEPS"), ganhando ainda mais visibilidade e relevância.

O Plano de Ação 1 foi resultado deste estudo<sup>62</sup> e reconheceu que os desafios fiscais da digitalização podem ir além do BEPS, incluindo também a questão de como deve ser alocado o direito de tributação dos lucros decorrentes de atividades multijurisdicionais na era digital.

Dentro deste escopo encontram-se, essencialmente, negócios que ofereçam serviços digitais automatizados e padronizados a consumidores ou usuários em escala ampla e global. As atividades podem ser exercidas remotamente utilizando pouca ou nenhuma infraestrutura local, mas geram valor substancial em virtude da exploração de redes de consumidores ou usuários.

---

<sup>62</sup> OCDE. BEPS Action 1: *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1, 2015

Grupos multinacionais envolvidos nestas atividades podem, portanto, impactar substancialmente a vida econômica de uma determinada jurisdição independentemente de nela estabelecer uma presença local.

Neste contexto, desde a publicação do Plano de Ação 1, em 2015, a OCDE identificou pontos de atenção, mas nenhuma recomendação final ainda foi incluída no relatório BEPS. A expectativa é que isto ocorra até o final de 2020.

Enquanto a OCDE segue desenvolvendo a recomendação final para fins de alocação de lucros e incidência do imposto sobre a renda sobre a prestação de serviços digitais, a maioria dos países membros da OCDE implementou alterações legislativas, ou estuda a adoção de alterações, para determinar a incidência de outros tributos sobre um amplo espectro de produtos e serviços digitais.

Os modelos tributários adotados geralmente preveem a incidência de imposto sobre valor agregado (“VAT, na sigla em inglês”), imposto sobre renda retido na fonte (“WHT, na sigla em inglês”) e/ou imposto sobre serviços digitais (“DST, na sigla em inglês”) sobre os valores brutos (e não somente sobre o saldo de lucros) relacionados à prestação de serviços digitais. Algumas jurisdições estudam, também, ampliar a caracterização de estabelecimentos permanentes para incluir o conceito de “presença digital”.

O propósito do presente estudo é situar o leitor em relação ao andamento das propostas e estudos atualmente desenvolvidos pela OCDE e analisar, em paralelo, o desenvolvimento das legislações latino-americanas sobre o mesmo tema.

Para tanto, cabe inicialmente sumarizar as discussões no âmbito da OCDE.

## 1.1. As discussões no âmbito da OCDE

No que tange aos tributos diretos - incidentes sobre a renda, é verdade que não parece fazer mais sentido econômico que a alocação do direito de tributar e dos lucros tributáveis esteja estritamente relacionada à existência de presença física dos sujeitos geradores de renda. Um dos principais efeitos da digitalização de serviços é a eliminação de fronteiras físicas, o que exige uma revisão dos sistemas tributários para considerar que existem determinados negócios que podem realizar atividades geradoras de valor, que vão além da mera conclusão de vendas, sem necessariamente investirem em infraestrutura e operações locais.

Isto significa que os métodos de alocação de lucros previstos pelos artigos 5, 7 e 10 da Convenção Modelo da OCDE podem não ser mais - e provavelmente não são - suficientes para abranger a relação destes negócios com o comércio internacional<sup>63</sup>.

Em razão disso, as propostas apresentadas e discutidas pela OCDE foram agrupadas em janeiro de 2019 em dois pilares - um que versa sobre o nexo de geração de lucros e a alocação correspondente e outro que visa assegurar um percentual mínimo de tributação<sup>64</sup>.

Em um breve resumo, o primeiro pilar identifica três tipos de lucros tributáveis que podem ser alocados às jurisdições de operação de uma multinacional provedora de serviços digitais:

- Valor A - Percentual residual de lucros calculado com base em uma abordagem formulada, aplicada ao grupo multinacional. O direito de tributar este valor pode ser atribuído independentemente da

---

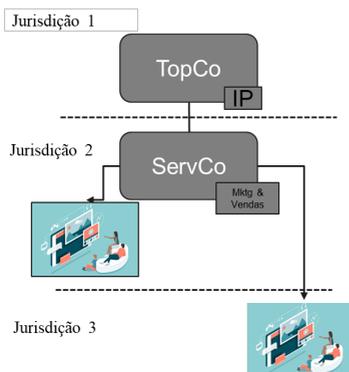
<sup>63</sup> OCDE, *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, as approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 29-30 January, 2020*, p. 9

<sup>64</sup> OCDE, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*, as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019, 2019

existência de presença física, especialmente para serviços digitais. O objetivo é identificar e alocar lucros associados a uma participação ativa e constante de um determinado negócio em uma determinada jurisdição, decorrentes de atividades nela realizadas ou a ela direcionadas.

- Valor B - Remuneração fixa calculada com base em padrões de mercado ("*arm's length principle*" ou "APL") para atividades de distribuição ou marketing que ocorram em uma determinada jurisdição.
- Valor C - Compreende qualquer lucro adicional relacionado a funções locais que excedam as atividades remuneradas pelo Valor B, determinável por meio de um método eficiente de solução de controvérsias

O diagrama abaixo exemplifica o fluxo da geração de valor e a distribuição do direito de tributar conforme atualmente desenhado pela OCDE:



Jurisdição 2

- Poderá tributar um percentual da totalidade dos lucros auferidos pelo grupo multinacional. Sujeito passivo será TopCo mas ServCo poder ser considerada solidariamente responsável (Valor A)
- Poderá tributar ServCo com base em um percentual fixo referente às suas atividades de marketing e vendas (Valor B)
- Poderá também tributar um percentual adicional atribuível à ServCo caso as atividades exercidas por esta empresa excedam aquelas remuneradas através do Valor B (Valor C).

Jurisdição 3:

- Poderá tributar TopCo em um percentual da totalidade dos lucros auferidos pelo grupo multinacional (Valor A)

Jurisdição 1:

- Deverá oferecer isenção ou crédito para o Valor A tributado pelas jurisdições 2 e 3 e realizar ajustes de preços de transferência para o Valor B tributado na jurisdição 2

Para assegurar que os esforços administrativos e de *compliance* sejam proporcionais aos benefícios desejados, a OCDE sugere que o modelo acima descrito esteja condicionado a limites mínimos de faturamento global e locais.

Já o segundo pilar tem como propósito alocar a determinadas jurisdições o direito de tributar o que outras jurisdições podem ter aberto mão ou tenham tributado a uma alíquota efetiva muito baixa. O mecanismo é similar aquele previsto pelas conhecidas regras *Controlled Foreign Company* ("CFC rules"). A regra exigirá a aplicação de uma alíquota efetiva mínima ao grupo multinacional, desincentivando, portanto, a alocação de atividades - e por consequência lucros - a jurisdições com tributação favorecida. O objetivo é proteger a base de cálculo da jurisdição de residência da empresa controladora, tornando menos atrativa a implementação de estruturas que visam erodi-la.

Diversas questões permanecem em aberto em relação à aplicabilidade prática dos dois pilares. Poderá a alocação do Valor A global ser efetivamente implementada sem um tratado multilateral? Como serão implementadas as medidas de eliminação de dupla tributação em um contexto multijurisdicional desta complexidade? Haverá um órgão supranacional para resolver controvérsias entre todas as jurisdições envolvidas? Qual será a evolução necessária dos meios de solução de controvérsia atualmente disponíveis? Como ocorrerá a interação com a rede de acordos para evitar dupla tributação ("Tratados") vigente? Haverá a exigência de trânsito efetivo de caixa entre as jurisdições envolvidas ou somente ajustes fiscais?

Considerando que as discussões na OCDE ainda estão em andamento no que tange à alocação de lucros, alguns países passaram a estabelecer outras formas de tributação da economia digital, como o IVA, imposto sobre renda retido na fonte e/ou imposto sobre serviços digitais ("DST").

A tributação via VAT ou WHT preza pela simplicidade e facilidade no pagamento de impostos das jurisdições onde os serviços são consumidos. Este modelo considera que a geração de valor pode ser medida pelo volume de usuários ou consumidores em uma determinada jurisdição, o que inevitavelmente causa uma alteração disruptiva na distribuição de

alocação tributária comparada com o cenário fiscal anterior a tais mudanças legislativas.

Tanto o VAT, quanto o WHT e o DST incidem sobre o rendimento bruto. A diferença entre eles é que o VAT, a princípio, é não cumulativo, o WHT poderia ser usado como crédito contra o imposto sobre a renda devido na jurisdição de residência do prestador de serviços, e o DST, embora normalmente aplicável a alíquotas inferiores ao VAT e WHT, é um custo final.

Em um contexto global, a coexistência não harmonizada de normas fiscais soberanas com efeitos fiscais tão diversos pode resultar em um ônus excessivo à indústria digital, tanto sob a perspectiva de custo fiscal quanto de *compliance* que, inevitavelmente, acabará repassado aos consumidores finais. Este é o principal desafio que deverá ser enfrentado pela comunidade internacional, com apoio da OCDE.

Passaremos agora a análise do panorama atual das legislações sobre tributação de serviços digitais na América Latina.

## **2. O cenário latino americano**

### **2.1. Argentina**

Em 14 de maio de 2018 foi publicada no Diário Oficial da Argentina a Resolução Geral nº 4240/18, que regulamenta o mecanismo de pagamento do imposto sobre valor agregado (VAT) incidente à alíquota de 21% sobre a prestação de serviços digitais transfronteiriços. Desde então, o VAT passou a ser aplicável sobre serviços digitais prestados por partes localizadas no exterior a clientes finais residentes na Argentina.

O pagamento do VAT incidente sobre a prestação de serviços digitais é de responsabilidade do consumidor final, independentemente de o referido

imposto ter sido recolhido diretamente ou por meio de um intermediário. Como resultado, existem dois potenciais cenários para fins de pagamento:

- (i) Em operações envolvendo um intermediário residente ou domiciliado na Argentina responsável pelo processamento da remuneração dos serviços digitais contratados, tal intermediário será responsável pelo recolhimento do imposto ao Erário argentino; e
- (ii) Inexistente um intermediário residente ou domiciliado na Argentina, o consumidor final será responsável pelo recolhimento do VAT, que deverá ser realizado por meio de pagamento eletrônico disponibilizado pela Autoridade Tributária Federal da Argentina ("FTA"), até o último dia do mês em que o pagamento do serviço for efetuado ao fornecedor estrangeiro.

Outro tributo previsto pela legislação argentina e aplicável às operações digitais é o Imposto sobre Receita Bruta ("IRB"), incidente sobre os recebimentos brutos de atividades independentes realizadas com fins lucrativos. A legislação atribui às províncias argentinas a competência para recolher e regulamentar a incidência do IRB. A alíquota do IRB varia de acordo com a atividade realizada e a província envolvida, mas a carga tributária usualmente corresponde a 3,5% da receita bruta.

Nesse contexto, embora ainda não exista nenhuma legislação em vigor, as províncias argentinas estão se estruturando para criar mecanismos legais para cobrar o IRB também sobre serviços digitais, seguindo a tendência iniciada pelo Governo Federal com a aplicação do IVA. O fato gerador do IRB seria a comercialização de serviços realizados por terceiros que são economicamente utilizados ou têm impacto sobre bens, pessoas ou ativos ou quando o prestador do serviço tem presença digital em uma determinada província. Além disso, também se enquadraria como fato gerador do IRB a negociação de serviços de assinatura online para acesso a filmes, sinal de televisão e outros tipos de entretenimento audiovisual que são transmitidos por dispositivos conectados à internet, bem como

atividades de intermediação e jogos. A princípio, a alíquota aplicável giraria em torno de 2% e o responsável pelo recolhimento seria o consumidor do serviço digital, ou as entidades que facilitam ou gerenciam pagamentos no exterior (cartões de compra ou crédito, cartões de débito, cartões pré-pagos ou outros métodos de pagamento similares) atuando como intermediários, na qualidade de contribuinte substituto do imposto.

## **2.2. Chile**

Em 24 de fevereiro de 2020, foi aprovada a Lei 21.210 que determinou a incidência de VAT, à alíquota de 19%, sobre determinados serviços digitais prestados por não residentes a clientes localizados no Chile, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. Em virtude da nova legislação, desde 1ª de junho de 2020, prestadores de serviços digitais estrangeiros passaram a ser obrigados a se registrarem como contribuintes de VAT no país e a efetuar o recolhimento do respectivo imposto na forma definida pela legislação.

São exemplos de serviços que se encontram sob o escopo da nova legislação chilena:

- (i) Fornecimento ou entrega de conteúdo de entretenimento digital, como vídeos, músicas, jogos ou similares, por meio de downloads, streaming ou outra tecnologia, incluindo livros, textos, revistas e jornais;
- (ii) Disponibilização de software, armazenamento, plataformas ou infraestrutura tecnológica;
- (iii) Publicidade, independentemente do suporte ou da mídia através da qual é materializada, entregue ou executada.

- (iv) Intermediação de serviços de qualquer natureza prestados no Chile ou de vendas realizadas no Chile ou no exterior que resultem em importação;

A legislação também determina que caracterização da localização do cliente final em território chileno ocorre se duas das quatro situações abaixo se confirmarem no caso concreto:

- (i) O endereço IP (Internet Protocol) do dispositivo usado para consumo do serviço/ produto estiver localizado no Chile
- (ii) O cartão de pagamento do cliente for emitido ou registrado no Chile
- (iii) O endereço de cobrança do cliente estiver localizado no Chile
- (iv) O código do módulo de identidade de assinante de celular (SIM) do cliente usado na transação for chileno.

Um importante aspecto da legislação chilena é que, para evitar a dupla tributação econômica da renda, ela determina a incidência de VAT somente no cenário em que os pagamentos não estão sujeitos ao WHT.

### **2.3. México**

No dia 1º de junho de 2020, passou a vigorar no México legislação que atribui a plataformas digitais que atuam como intermediárias para transações envolvendo a venda de bens ou prestações de serviços, a obrigação de recolher VAT. Isso significa que, desde esta data, plataformas digitais não residentes estão sujeitas a registro no México como contribuintes fiscais, à emissão de notas fiscais e ao protocolo de informações sobre seus usuários junto às autoridades fiscais mexicanas. Além disso, a legislação estabeleceu a incidência de VAT sobre serviços digitais no cenário em que uma plataforma não residente presta, em território mexicano ou a beneficiários localizados no México, quaisquer um dos serviços digitais abaixo listados:

- (i) Download ou acesso a imagens, filmes, textos, informações, vídeo, áudio, música, jogos, incluindo jogos de azar, além de outros conteúdos multimídia, experiências com vários jogos, compra ou aquisição de toques para celular, streaming de notícias on-line, informações de tráfego, previsões, previsões meteorológicas e estatísticas; isso não se aplica ao download de livros eletrônicos, jornais ou revistas.
- (ii) Serviços de intermediação entre terceiros que oferecem bens ou serviços e os destinatários desses bens ou serviços; excluída a venda de bens usados.
- (iii) Clubes online e sites de namoro
- (iv) E-Learning, testes eletrônicos ou exercícios eletrônicos

Ademais, a reforma fiscal mexicana também determinou que pessoas jurídicas que permitem o uso ou acesso a plataformas digitais tem a obrigação de recolher WHT sobre as transações em que o vendedor ou prestador de serviço é uma pessoa física e a venda de bens ou a prestação de serviço é efetuada mediante o uso da plataforma digital. É irrelevante se a plataforma é detida por um residente ou um não residente e se há ou não um estabelecimento permanente no México. Qualquer plataforma digital que atue como uma intermediária de venda de bens ou serviços está obrigada a realizar o recolhimento do WHT, que será considerada uma antecipação do imposto sobre a renda por pessoas jurídicas residentes no México, mas um custo final para pessoas físicas. As alíquotas variam entre 0.4% e 10% conforme o tipo de serviço ou venda de bens e o valor da transação

## 2.4. Peru

No que diz respeito à legislação peruana sobre tributação da renda, os serviços digitais estão sujeitos ao WHT, à alíquota de 30%, quando

prestados por não residentes a um contribuinte domiciliado no país que esteja sujeito ao pagamento de imposto sobre a renda da pessoa jurídica (principalmente empresas e outras entidades) ou a entidades públicas do Governo.

Pessoas físicas residentes no Peru são responsáveis pela retenção de 30% somente no cenário em que atuam como agentes dependentes de entidade estrangeiras, cujas atividades caracterizam um estabelecimento permanente desta entidade no Peru e desde que esta entidade forneça serviços digitais para benefício de tais indivíduos em conexão com suas atividades como agente dependente. O WHT é, portanto, somente aplicável a operações B2B, excluídas as operações B2B.

Ademais, serviços digitais somente estarão sujeitos à tributação no Peru pelo WHT se forem utilizados ou consumidos dentro do país.

A legislação peruana define serviços digitais como aqueles (i) fornecidos pela Internet ou por meio de qualquer adaptação ou implementação de protocolos, plataformas ou tecnologia usada pela Internet ou qualquer outra rede; (ii) essencialmente automáticos com intervenção humana limitada; e (iii) dependentes da tecnologia da informação para ser fornecido.

Além do WHT, os serviços digitais fornecidos por empresas não residentes no Peru que se qualificam como “utilização de serviços” (*i.e.* serviço prestado por uma pessoa jurídica não residente a clientes localizados no Peru e que é consumido no território peruano) também estão sujeitos ao VAT à alíquota de 18%.

Em recentes notícias veiculadas na imprensa peruana, a Administração Tributária reconheceu, contudo, que até o momento, não há meios disponíveis para impor a cobrança do VAT quando se trata de pessoas físicas consumidoras de serviços digitais (principalmente em relação aos serviços de streaming). Embora não haja projeto de lei em trâmite, existem

propostas legislativas sendo discutidas para nomear instituições financeiras locais como responsáveis pela cobrança e recolhimento do VAT nestes tipos de transação.

## **2.5. Uruguai**

Desde 1º de janeiro de 2018, a remuneração por serviços digitais prestados por partes não residentes a residentes fiscais uruguaios são considerados como rendimentos de fonte uruguaia, sujeitos ao WHT à alíquota de 12%. A responsabilidade pela retenção do imposto no cenário de usuários pessoas físicas é atribuída a intermediadores financeiros ou aos próprios prestados dos serviços no exterior. Pessoas jurídicas são como responsáveis pelas próprias retenções, como aplicável a todos as demais remessas por elas efetuadas. Além disso, os mesmos serviços também estão sujeitos à incidência de VAT à alíquota de 22%.

Em maio de 2018, o governo uruguaio publicou um decreto estabelecendo que os serviços sujeitos a esta tributação são aqueles que envolvem difusão de conteúdo audiovisual, incluindo através da internet, plataformas tecnológicas, aplicativos ou similares, prestados a consumidores residentes no Uruguai. Este decreto reduziu substancialmente o escopo de aplicação da tributação que entrou em vigor em janeiro de 2018.

## **2.6. Brasil**

A legislação brasileira não contemplou nenhuma alteração recente e específica em relação à tributação da economia digital. Entretanto, caminha nesse sentido, com a proposta de criação da chamada Cide Digital, que vem na linha de outras legislações de DST. O projeto de Lei nº 2.358/2020 prevê a incidência de um tributo progressivo, incidente sobre determinadas receitas auferidas por empresas domiciliadas no Brasil ou no exterior.

Embora ainda bastante recente, o projeto já vem repercutindo de forma bastante negativa, dentro e fora do Brasil. Conforme iremos analisar abaixo, alguns pontos em merecem um exame mais aprofundado, diante do risco de a 'nova' CIDE já nascer condenada a questionamentos judiciais.

Em linhas gerais, o projeto de lei contempla um tributo progressivo, incidente sobre a receita bruta decorrente de três atividades: (i) publicidade on-line, (ii) disponibilização de plataformas digitais de intermediação de venda de mercadorias e serviços, e (iii) venda de dados de usuários localizados no Brasil. O contribuinte seria a pessoa jurídica, domiciliada no Brasil ou no exterior, que auferir receita bruta decorrente dessas atividades. As alíquotas seriam progressivas, conforme a receita auferida<sup>65</sup>, sendo o valor do tributo devido calculado a partir da aplicação da referidas alíquotas sobre as correspondentes parcelas de receitas.

Um aspecto curioso - e já questionável - da CIDE digital é que somente estarão sujeitos ao novo tributo empresas que pertençam a grupos econômicos cuja receita bruta global seja superior a R\$ 3 bilhões (três bilhões de reais) e que a receita bruta seja superior a R\$ 100 milhões (cem milhões de reais) no Brasil. A criação desses pisos acaba restringindo o universo de possíveis contribuintes e traz questionamentos quanto a eventual discriminação de empresas estrangeiras, as quais serão provavelmente mais afetadas.

Essa é uma das críticas ao novo projeto e que, de certa forma, está explícita em sua justificação:

*A CIDE-Digital incidirá somente sobre as empresas de tecnologia que são grandes em escala nacional e internacional. Não há sentido em*

---

<sup>65</sup> 1% (um por cento) sobre a parcela da receita bruta até R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais); 3% (três por cento) sobre a parcela da receita bruta que superar R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) até R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais); e 5% (cinco por cento) sobre a parcela da receita bruta que superar 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

*aplicá-la a uma empresa de tecnologia que só atue no Brasil, mesmo que seja grande, já que ela não terá como deslocar o lucro para filiais no exterior. Isso só desestimularia o surgimento de startups nacionais. Além disso, as verdadeiras vantagens tributárias só são alcançadas por multinacionais de porte, que possuem estruturas organizacional, financeira e contábil que permitem a realocação de receitas e custos pelo mundo.*

Esse aspecto da possível discriminação de empresas estrangeiras em relação às locais motivou o United States Trade Representative (“USTR – Escritório do Representante de Comércio dos Estados Unidos) a abrir investigação, com base em dispositivo da legislação norte-americana que permite algo como uma ‘resposta’ a práticas desleais que afetem negativamente interesses comerciais daquele país. Essa investigação é semelhante a que o órgão vem realizando em relação à Digital Service Tax francesa, que inclusive teria sido a inspiração do projeto de lei do deputado Maia.

A versão brasileira da DST francesa vem sob a forma de uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico- CIDE - uma figura prevista no art. 149 da CF/1988<sup>66</sup>. A CIDE tem o propósito de permitir que o Estado atue para regular determinada atividade econômica que não esteja se desenvolvendo de acordo com os princípios da ordem econômica contidos no artigo 170 da CF. Assim, cabe ao Estado corrigir, incentivar, controlar e

---

<sup>66</sup> Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6.º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo (...) § 2.º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; II – incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; III – poderão ter alíquotas: a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro; b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada”.

remediar eventuais distorções. A atuação do Estado será feita a partir dos recursos provenientes da contribuição.

Por isso, são características essenciais e inerentes à CIDE: competência exclusiva da união; tributo vinculado à atuação estatal em campo determinado e específico; referibilidade direta ou indireta; excepcionalidade e transitoriedade, dimensionamento da contribuição levando em consideração o que deve ser corrigido, o que significa que se espera que haja um prazo para sua duração, proporcionalidade, dentre outros.

Em relação especificamente à atuação estatal, entende-se que a CIDE sempre deve ter caráter indutivo, seja no sentido de incentivar determinada conduta (indução positiva, na medida em que sua arrecadação deverá reverter para fundo ou órgão que irá beneficiar os sujeitos passivos) ou no sentido inverso, de tentar coibir algum comportamento em razão da onerosidade trazida pela contribuição (indução negativa). As contribuições que visem à indução negativa têm como pressuposto que determinado comportamento causa uma despesa estatal e que, por isso, deve ser desestimulado.

Em uma análise, ainda que superficial, nota-se que o projeto de lei da CIDE digital peca em diversos pontos quanto à natureza do novo tributo. Falta-lhe o elemento da referibilidade, ou seja, não há conexão entre os recursos arrecadados e a pretendida atuação estatal. Aliás, falta inclusive a indicação de qual seria a atuação estatal - e a justificção do projeto deixa claro que, na realidade, o propósito é simplesmente taxar as gigantes da tecnologia. Ou seja, não há relação entre o objetivo pretendido e o respectivo fato gerador, necessária à instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico, simplesmente porque o objetivo é meramente arrecadatório.

Não há qualquer menção de atividade econômica que necessite ser desenvolvida ou regulada. Além disso, os recursos da CIDE digital serão

destinados ao FNDCT, Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnologia, de modo que os recursos arrecadados não necessariamente irão reverter em favor dos contribuintes, os quais provavelmente - diante do piso de receita global exigido para que se considere sujeito ao novo tributo - serão em sua grande maioria não residentes no Brasil.

Esse é outro aspecto importante, tendo em vista o entendimento de que somente ser sujeitos passivos das contribuições aqueles que efetivamente se beneficiarem da atuação estatal. Indubitavelmente, há poucas chances de uma das 'gigantes' estrangeiras da tecnologia de alguma forma receberem os benefícios pretensamente oriundos da atuação estatal.

Por outro lado, sob o viés de uma indução negativa, nem assim a CIDE digital poderia ser considerada contribuição, já que não há conduta que deva ser desestimulada. Nesse caso, ironicamente, a indução negativa poderia ser entendida como o provável êxodo de empresas de tecnologia que, por conta da excessiva taxaço, deixarão de prestar serviços a usuários no Brasil.

Nessa linha de excessiva taxaço, é importante ainda mencionar que, embora não se trate nem de *bis em idem* - já que os fatos geradores e contribuintes não são necessariamente os mesmos - nem bitributaço - já que se trata do mesmo ente tributante - a CIDE digital e a CIDE royalties podem acabar afetando o mesmo universo de empresas.

Como sabido, a CIDE royalties (ou CIDE remessas ou, ainda CIDE tecnologia), instituída pela Lei Nº 10.168/2000, tem por escopo as remessas referentes a contratos de serviços técnicos, de assistência administrativa e semelhantes. Como a CIDE digital tem por fato gerador auferir receitas decorrentes de determinados serviços no Brasil, poderia o importador e o prestador de serviços terem ambos a incidência de diferentes CIDEs, sendo o produto das duas destinados ao mesmo fundo.

Em se tratando de empresas já estabelecidas no país, suas receitas já estariam sujeitas à pesada carga tributária aplicável no país, ao qual seria acrescentada mais uma contribuição, cuja base de cálculo seria a mesma do PIS e COFINS e ISS (sem mencionar o eterno conflito entre ICMS e ISS).

Em relação a empresas não estabelecidas no país, a instituição da CIDE digital esbarra não apenas na questão técnica da extraterritorialidade, mas em aspectos práticos, tais como o critério de proporcionalização para determinação da receita tributável, instituição de mecanismos para sua cobrança e operacionalização do pagamento etc.

Trata-se ainda de um projeto de lei, que vem descolado das demais propostas de reforma tributária apresentadas recentemente pelo governo e não se pode prever se será de fato aprovado.

### **3. Conclusão**

As legislações latino americanas ainda não refletem nenhum aspecto dos pilares contemplados pelo Plano de Ação 1 do BEPS. Até o momento, inexistem, nas jurisdições abordadas neste estudo, proposta legislativas para alteração das regras de preços de transferência, normas CFC ou requisitos para a caracterização de estabelecimentos permanentes diretamente relacionadas à prestação de serviços digitais.

Por outro lado, vê-se a clara intenção, nestas mesmas jurisdições, de ajustarem seus sistemas tributários a nova realidade digital e, em sua maioria, alterações legislativas já foram implementadas para determinar a incidência de VAT, WHT ou DST, de forma alternativa ou cumulativa.

As medidas, contudo, vêm sendo tomadas unilateralmente e nem sempre compreendidas no escopo de tratados para evitar a dupla tributação. Além disso, em nenhuma das jurisdições analisadas foi verificada a criação de um mecanismo doméstico que considere a eliminação de eventual dupla tributação, seja ela econômica ou jurídica. Assim, o panorama atual

caminha, inevitavelmente para um acréscimo na carga tributária de negócios digitais transfronteiriços.

O cenário da tributação de serviços digitais é, portanto, embrionário. A postura adotada até o momento reflete um posicionamento nacionalista e protecionista. É inquestionável que o desenvolvimento da economia digital deve ser acompanhado pela evolução legislativa, mas a íntima interface entre fronteiras é também parte inerente desse novo contexto econômico que, até o momento, vem sendo ignorada sob a perspectiva prática.

É compreensível, sem dúvida, a ansiedade e mesmo a necessidade de adoção de medidas tributárias que assegurem a coerente arrecadação fiscal. Contudo, a comunidade internacional, nela especialmente incluídas todas as autoridades fiscais, não deve conduzir este processo em ignorância ao fato de que os efeitos das medidas individuais serão (ou até mesmo já são) sentidos nos resultados financeiros dos operadores desta indústria e, por consequência, nos custos repassados ao consumidor final.

Em nossa opinião, a evolução legislativa deve ser sempre conduzida em linha com o viés global, em total atenção a um dos principais aspectos da prestação de serviços digitais: a inexistência de fronteiras físicas. A economia digital desafia as demarcações políticas e geográficas e estas lentes devem guiar e unir os legisladores em suas respectivas jurisdições, para que se chegue ao desenho de um sistema tributário que seja eficaz não só para assegurar a justa alocação de arrecadação tributária, mas também para fomentar o desenvolvimento dessa indústria.

Medidas unilaterais podem sem dúvida ser mecanismos eficientes; porém, não podem vir desacompanhadas de mecanismos igualmente adequados para assegurar a eliminação de custo fiscal excessivo ao contribuinte. Em paralelo ao estabelecimento de novas hipóteses de incidência, os legisladores devem prever ferramentas para assegurar a colaboração entre fiscos, sejam ajustes a tratados em vigor, a elaboração de novos acordos

multilaterais ou a efetividade de procedimentos administrativos, tais como os acordos entre autoridades competentes.

CONVERSÃO DAS REGRAS DE  
PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA  
PARA O MODELO OCDE -  
IMPACTOS E PLANO DE  
TRANSIÇÃO

# CONVERSÃO DAS REGRAS DE PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA PARA O MODELO OCDE - IMPACTOS E PLANO DE TRANSIÇÃO

*Clarissa Giannetti Machado e Luiz Felipe Camargo*

## 1. Introdução

Em decorrência do processo de globalização da economia durante as últimas décadas, a integração dos mercados internacionais se tornou uma realidade. Com isso, o intercâmbio de mercadorias, serviços e propriedade intangível entre diferentes jurisdições atingiu um volume significativo.

Nesse cenário, os grupos econômicos vêm buscando cada vez mais a implementação de estratégias que permitam a manutenção da competitividade no mercado internacional, acompanhada da redução de custos e otimização dos lucros.

Um dos efeitos da expansão dos negócios no mercado internacional é o aumento do fluxo de operações entre partes relacionadas (ou “pessoas jurídicas vinculadas”, conforme definido na legislação brasileira), o que enseja o crescimento da preocupação dos Estados em evitar práticas de evasão fiscal, mediante reavaliação de políticas internas, em especial na seara tributária.

Uma das principais ferramentas adotadas pelos Estados para coibir práticas anticoncorrenciais – em especial a alocação de receitas em jurisdições cuja carga tributária é mais favorável – consiste na aplicação das regras de preços de transferência (*transfer pricing*).

Em linhas gerais, as regras de preços de transferência estabelecem critérios a serem aplicados nas operações realizadas entre partes relacionadas/vinculadas, para o fim de estabelecer um “preço justo” (o

conhecido "*arm's length price*") que reflita a realidade das condições de mercado, tornando tais operações equiparáveis àquelas realizadas entre partes independentes em situações análogas.

Isso porque as operações entre partes independentes são regidas pelas circunstâncias de mercado, nas quais as partes transacionam de acordo com os seus interesses individuais, na busca das maiores vantagens e melhores resultados.

Dessa forma, a adoção de um "preço justo" nas operações envolvendo partes vinculadas resulta da necessidade de se estabelecer um crivo para a distribuição de renda entre as partes, mitigando o manejo artificial de preços e evitando a evasão fiscal ou outras práticas anticoncorrenciais. Nesse sentido, importante destacar os ensinamentos de Luís Eduardo Schoueri<sup>67</sup>:

1.2.1.13 Assim, entende-se que ao substituir os preços das transações entre partes ligadas pelos preços de mercado, a legislação sobre preços de transferência nada mais busca, senão aferir com maior exatidão a riqueza gerada pela empresa.

1.2.1.14 À luz do conceito de renda, portanto, a legislação sobre preços de transferência será aceita - e até exigida - quando, privilegiando os preços de mercado, apurar com exatidão a riqueza e, portanto, a renda tributável. Em consequência, apenas se tolera a substituição dos preços praticados em uma transação se em seu lugar se registrarem valores que representem com maior exatidão os preços de mercado.

É nesse contexto, aplicado globalmente, que, desde a edição da Lei 9.430/1996, o Brasil estabeleceu regras próprias de preços de transferência, as quais se diferenciam – em grande parcela – daquelas adotadas pela

---

<sup>67</sup> Luís Eduardo Schoueri. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed., São Paulo, Dialética, 2013, p. 14.

maioria dos Estados que seguem as diretrizes fixadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Enquanto as normas brasileiras apresentam como principal finalidade a determinação de receitas mínimas tributáveis e despesas máximas dedutíveis para fins de apuração do Imposto sobre a Renda (IRPJ) e Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL), o chamado “preço parâmetro”, as normas da OCDE englobam uma análise mais completa das operações realizadas, com base nas funções desenvolvidas, ativos utilizados e riscos assumidos pelas partes que praticam as operações sujeitas a controle. Também chamada de “*benchmark analysis*”, trata-se de uma análise comparativa de transações semelhantes entre empresas independentes.

Referida incompatibilidade entre as regras de preços de transferência adotadas no Brasil e nos países integrantes da OCDE acaba gerando algumas ineficiências que, em determinadas circunstâncias, podem afastar investimentos estrangeiros no país pelo receio da bitributação.

Dentre as principais críticas realizadas às regras brasileiras, destacam-se: (i) a prevalência de margens fixas para o cálculo do preço parâmetro em descon sideração da conjuntura do mercado no momento das transações e das peculiaridades aplicáveis em cada caso; (ii) a eventual complexidade dos cálculos que devem ser feitos por operação, não se admitindo o chamado *basket approach* para fins de cálculos e nem para realização dos ajustes; (iii) ausência de métodos internacionalmente reconhecidos (tais como *PSM* e *TNMM*) que tratam, de uma forma geral, da alocação dos lucros gerados em toda cadeia produtiva, (iv) foco nas operações com bens tangíveis e serviços, o que acarreta em dificuldades na tributação e cumprimento das regras de preços de transferência no caso de operações com intangíveis, por exemplo (por ausência de regulamentação sobre o assunto); (v) a ausência de APA (*Advanced Price Arrangements*), que são acordos que as empresas fazem com as autoridades de seus países para acordar, antecipadamente, sobre os preços aplicáveis e/ou margens de

lucros que serão aplicáveis durante um período determinado; (vi) a ineficiência de regras relacionadas ao MAP (*Mutual Agreement Procedures*), que são os acordos entre autoridades competentes dos países com tratado para evitar a bitributação; dentre outros.

Nesse contexto, ao considerarmos as recentes manifestações oficiais acerca do interesse do Brasil em ingressar na OCDE, as regras de preço de transferência nacionais passaram a ser alvo de maior debate, já que a legislação sobre a matéria constitui um dos principais entraves para o ingresso do país na organização.

Por essa razão, representantes da Receita Federal do Brasil e da OCDE uniram forças em fevereiro de 2018 para desenvolver um projeto conjunto, com o intuito de examinar as principais semelhanças e divergências entre as regras de preços de transferência adotadas pelo Brasil e as diretrizes estabelecidas pela OCDE, bem como definir estratégias para um alinhamento futuro.

A partir da análise realizada, foi publicado em dezembro de 2019 o relatório conjunto *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*<sup>68</sup>, com as principais conclusões do referido projeto.

Apesar de estabelecer avanços necessários para a expansão do mercado brasileiro em âmbito internacional, as conclusões do referido projeto – as quais vão no sentido do necessário alinhamento total das regras brasileiras às diretrizes da OCDE – exigem a elaboração de um plano de transição detalhado para que esse alinhamento não só seja viável, mas também não traga prejuízos e insegurança para os contribuintes.

O presente estudo pretende analisar as regras atuais de preços de transferência, os principais pontos apresentados pelo relatório conjunto

---

<sup>68</sup> OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017. Disponível em: <[www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm](http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm)>. Acesso em: 09 jul. 2020.

mencionado acima, enumerando as deficiências e vantagens das regras de preços de transferência brasileiras comparadas às diretrizes da OCDE, bem como destacar os desafios e a nossa visão sobre um alinhamento futuro.

## **2. Principais aspectos das regras de preços de transferência aplicáveis no Brasil**

Embora o Brasil não seja membro da OCDE e, conseqüentemente, não aplique as suas guidelines, a legislação brasileira de preços de transferência é dita como inspirada nas diretrizes internacionalmente difundidas pela organização, conforme se observa na exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à Lei 9.430/1996<sup>69</sup>.

A legislação brasileira determina métodos específicos que devem ser adotados nas importações ou exportações, assim como transações financeiras, realizadas entre pessoa estabelecida no Brasil com partes vinculadas no exterior ou com parte localizada em país com tributação favorecida<sup>70</sup>. Dessa forma, o contribuinte pode eleger o método que lhe for

---

<sup>69</sup> Exposição de Motivos do PL n.º 2448/96:

"[...] No caso específico, em conformidade com as regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controle dos denominados "Preços de Transferência", de forma a evitar a prática, lesiva aos interesses nacionais, de transferência de recursos para o Exterior, mediante a manipulação de preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes ou domiciliadas no Exterior."

<sup>70</sup> De acordo com o artigo 24 da Lei 9.430/1996, entende-se por "países com tributação favorecida" aqueles que não tributem a renda ou tributem a alíquota máxima inferior a 20%. Referido conceito foi ampliado pela Lei 11.727/2008 para incluir também os Estados 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. Ademais, o artigo 24-A da Lei 9.430/1996 também estendeu a aplicação das regras de preços de transferência para as operações realizadas em regime fiscal privilegiado.

mais conveniente (não há *best method rule*), exceto para operações realizadas com commodities.

Ademais, as regras brasileiras de preços de transferência devem ser aplicadas por produto e por transação (i.e., o chamado *basket approach* não é autorizado) com algumas exceções. Nesse sentido, é possível aplicar diferentes métodos para cada produto e operação, desde que o método seja corretamente aplicado durante todo o ano-calendário.

Com relação às importações, as regras brasileiras de preços de transferência preveem quatro métodos para determinar os valores máximos de despesas dedutíveis para fins de IRPJ/CSLL (“preço parâmetro” aplicável para as importações), quais sejam: (i) Preços Independentes Comparados (PIC) (ii) Preço de Revenda menos Lucro (PRL); (iii) Custo de Produção mais Lucro (CPL); e (iv) Preço sob Cotação na Importação (PCI).

O primeiro método é chamado de Preços Independentes Comparados (PIC), o qual é definido como a média aritmética ponderada dos preços de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, apurados em operações de compra e venda realizadas entre partes independentes e em condições de pagamento semelhantes. Assim, o contribuinte brasileiro deve comparar os custos, despesas e encargos das operações realizadas com pessoas vinculadas com a referida média aritmética, sendo permitidos poucos ajustes para fins da análise comparativa, nos termos da Instrução Normativa RFB 1.312/2012.

O segundo método previsto na legislação é o Preço de Revenda menos Lucro (PRL), no qual o “preço parâmetro” corresponde à média aritmética ponderada dos preços de revenda dos bens, serviços e direitos (no Brasil), diminuídos (i) dos descontos incondicionais concedidos, (ii) dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas, (iii) das comissões e corretagens pagas, e (iv) da margem de lucro preestabelecida conforme o setor econômico da pessoa jurídica, calculada sobre o preço de revenda depois de efetuadas as deduções dos três itens mencionados anteriormente e do

valor proporcional adicionado no país. De fato, há uma metodologia específica de cálculo baseada no percentual de participação do bem, serviço ou direito importado sujeito às regras de preços de transferência, sobre o custo total do bem, serviço ou direito final revendido ou produzido no Brasil.

O PRL normalmente é o método mais prático de ser aplicado para cumprimento com preços de transferência em importações, desde que viável. O “preço parâmetro” no PRL não depende de documentos ou informações de pessoas jurídicas não residentes ou dados de preços de mercado. Contudo, a eleição do PRL exige que o bem, serviço ou direito importado seja revendido ou aplicado na produção de outro bem, serviço ou direito vendido no Brasil pelo contribuinte brasileiro sujeito a controle de preços de transferência.

O terceiro método previsto na legislação se refere ao Custo de Produção mais Lucro (CPL), no qual o “preço parâmetro” é definido como o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, no país onde tiverem sido originariamente produzidos, acrescido dos impostos e taxas cobrados pelo referido país na exportação, e de margem de lucro de 20%, calculada sobre o custo apurado<sup>71</sup>.

Por fim, o quarto método aplicável nas importações é o Preço sob Cotação na Importação (PCI), o qual é definido como os valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Referido método foi introduzido na legislação em 2012, sendo sua aplicação obrigatória nas importações de commodities realizadas a partir de janeiro de 2013.

Já em relação às operações de exportação, os contribuintes brasileiros estão sujeitos às regras de preços de transferência para a determinação de

---

<sup>71</sup> Ao referir-se a “custo de produção”, a legislação exige que o contribuinte brasileiro tenha acesso aos custos detalhados de produção dos bens importados.

receitas mínimas tributáveis pelo IRPJ/CSLL quando não cumprirem com o *safe harbour* previsto na legislação.

O mencionado *safe harbour*<sup>72</sup> dispõe que as receitas de operações de exportações realizadas com pessoas vinculadas estão sujeitas a controle de preços de transferência no Brasil apenas quando o preço médio praticado em tais operações de venda for inferior a 90% do preço médio cobrado em operações com bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, realizadas no mercado brasileiro com pessoas não vinculadas, no mesmo período e em condições de pagamento semelhantes. Isso significa que, se o preço médio cobrado nas operações de exportação para pessoa vinculada for igual ou superior ao limite de 90%, o contribuinte brasileiro não precisa comprovar o atendimento ao “preço parâmetro” calculado de acordo com um dos métodos de preços de transferência.

Caso as operações de exportação realizadas por contribuinte brasileiro não se enquadrem no *safe harbour* indicado acima, a legislação prevê cinco métodos para a determinação do “preço parâmetro”, quais sejam: (i) Preço de Venda nas Exportações (PVEx); (ii) Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVA); (iii) Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVV); (iv) Custo de Aquisição ou Produção mais Tributos e Lucro (CAP); e (v) Preço sob Cotação na Exportação (Pecex).

O método Preço de Venda nas Exportações (PVEx) determina que o “preço parâmetro” deve ser calculado com base na média aritmética ponderada dos preços de venda nas exportações efetuadas pelo próprio contribuinte brasileiro ou por outros exportadores nacionais para pessoas não vinculadas nas exportações de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, durante o mesmo período de apuração de IRPJ/CSLL e em condições de pagamento semelhantes. Assim, se o contribuinte não exporta bens, serviços ou direitos para pessoas não vinculadas, é possível

---

<sup>72</sup> Há também dois outros *safe harbours* que consideramos imperfeitos, pois somente invertem o ônus da prova para as autoridades fiscais. Não iremos tratar dos mesmos neste texto.

comparar os preços de exportação do contribuinte com aqueles praticados por terceiros brasileiros que exportam bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, a pessoas não vinculadas.

Já o método Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVA) estabelece que o “preço parâmetro” deve ser calculado com base na média aritmética ponderada dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos: a) dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e b) da margem de lucro de 15% sobre o preço de venda no atacado.

O método Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVV) determina que o “preço parâmetro” será calculado com base na média aritmética ponderada dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos: a) dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e b) de margem de lucro de 30% sobre o preço de venda no varejo.

O quarto método previsto para as exportações é o do Custo de Aquisição ou Produção mais Tributos e Lucro (CAP), por meio do qual o “preço parâmetro” é calculado com base na média aritmética ponderada dos custos de aquisição ou de produção dos bens, serviços ou direitos exportados, acrescidos dos impostos e contribuições cobrados no Brasil e de margem de lucro de 15% sobre a soma dos custos mais impostos e contribuições. Este é o método mais usado no caso de transações de exportação, pois depende de informações e documentação suporte do próprio contribuinte brasileiro e é, regra geral, de fácil aplicação.

Por fim, o quinto e último método aplicável nas exportações é o Preço sob Cotação na Exportação (PECEX), o qual é definido como os valores médios diários da cotação de bens ou direitos sujeitos a preços públicos em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. O citado

método – assim como o PCI nas importações – foi introduzido na legislação em 2012, sendo sua aplicação obrigatória nas exportações de commodities realizadas a partir de janeiro de 2013.

O Brasil também possui regras específicas para a hipótese de financiamentos/empréstimos, com a determinação de juros mínimos e máximos predeterminados.

De uma forma geral, pode-se observar que os métodos brasileiros são diretos, no sentido que estabelecem fórmulas de cálculo com margens mínimas (e máximas, dependendo da transação). Por outro lado, trazem pouca flexibilidade, permitindo poucos ajustes para fins de comparabilidade, no caso de transações com terceiros.

### **3. Diretrizes das Regras de Preços de Transferência da OCDE: Arm's Length Principle e métodos aplicáveis**

Diferentemente do que se observa no Brasil, as diretrizes propostas pela OCDE apontam para o princípio do *arm's length*, como o principal balizador para questões relacionadas aos preços de transferência. Tal princípio, conforme definido pela OCDE, busca estabelecer a igualdade entre as operações envolvendo empresas multinacionais e aquelas realizadas por empresas independentes.

Em síntese, o princípio do *arms's length* consiste em “tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único”<sup>73</sup>. Tal definição, inclusive, é descrita pela OCDE da seguinte forma<sup>74</sup>:

---

<sup>73</sup> Luís Eduardo Shoueri, *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*, 3. ed., São Paulo, Dialética, 2013, p. 37.

<sup>74</sup> OCDE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, p. 35. Disponível em <[www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-](http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-)

By seeking to adjust profits by reference to the conditions which would have obtained between independent enterprises in comparable transactions and comparable circumstances (i.e. in "comparable uncontrolled transactions"), the arm's length principle follows the approach of treating the members of an MNE group as operating as separate entities rather than as inseparable parts of a single unified business. Because the separate entity approach treats the members of an MNE group as if they were independent entities, attention is focused on the nature of the transactions between those members and on whether the conditions thereof differ from the conditions that would be obtained in comparable uncontrolled transactions.

As diretrizes da OCDE buscam obter o "preço justo" mediante a análise detalhada das transações com partes relacionadas vis-à-vis transações semelhantes entre terceiros, permitindo uma lista quase "infinita" de ajustes para que as transações possam ser equiparadas e comparadas em diversos aspectos, que não se limitam ao preço do bem, serviço ou direito, mas à margem de lucro e outras métricas relevantes.

Nesse contexto, a partir da definição do princípio *arm's length*, as regras da OCDE estabelecem dois principais grupos para os métodos de preços de transferência: (i) os *traditional transaction methods*<sup>75</sup>, concentrados na análise das operações realizadas entre as partes relacionadas; e (ii) os *transactional profit methods*<sup>76</sup>, focados na avaliação dos lucros decorrentes das operações entre as partes relacionadas e de uma análise mais ampla que pode envolver toda a cadeia produtiva em determinados cenários.

No primeiro grupo (*traditional transaction methods*), estão incluídos os métodos: (i) *Comparable uncontrolled price method* (CUP), ou método dos preços independentes comparados; (ii) *Resale price method* (RPM), ou

---

for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>. Acesso em: 09 jul. 2020.

<sup>75</sup> Métodos de transação tradicional.

<sup>76</sup> Métodos dos lucros da transação.

método do preço de revenda; e (iii) Cost plus method (CPM), ou método do custo mais.

Já o segundo grupo (*transactional profit methods*) compreende os métodos: (i) *Transactional net margin method* (TNMM), ou método da margem líquida das transações; e (ii) *Profit split method* (PSM) ou método da segregação de lucros.

De uma forma resumida, podemos afirmar que há uma preferência para a utilização dos métodos de transação tradicional, os quais estão mais focados nas próprias transações sob “análise”.

O “CUP” é o método preferível que deve sempre ser aplicado, se viável. Tal método trata da comparação dos preços aplicados nas transações com partes relacionadas, com os preços aplicados em transações independentes. Para que se possa ter confiança que as transações são comparáveis, é possível a utilização de diversos critérios na realização dos ajustes necessários.

O “RPM” trata do preço de revenda menos lucros. Ele é mais utilizado nos casos de revenda de bens e serviços do que nas hipóteses de aquisição de matérias-primas para industrialização. Alguns entendem que o RPM se aproxima do PRL brasileiro, mas é importante ressaltar que no caso do RPM, o grande desafio do contribuinte é obter a margem de lucro adequada para o seu caso, a qual é obtida por meio de uma análise de transações semelhantes realizadas entre terceiros. Já no caso do PRL da legislação brasileira, a margem de lucro é predeterminada.

No caso do RPM, para a realização dessa comparação de forma razoável e defensável perante as autoridades fiscais, é necessário um estudo detalhado sobre as funções desenvolvidas, os riscos assumidos e os ativos utilizados em cada caso (transações sujeitas às regras de preços de transferência e aquelas entre terceiros). Se diferentes, ajustes devem ser feitos para se permitir a comparação.

O “CPM”, por sua vez, trata do método do custo mais lucro. O objetivo deste método é encontrar uma margem de lucro (*markup*) sobre os custos do contribuinte que gere um resultado semelhante àquele obtido numa transação com terceiros independentes. Há muita discussão e análise dos custos envolvidos em cada cenário e da forma mais precisa de implementar ajustes que resultem em situações comparáveis. Alguns suportam que o CPM é equivalente ao CAP ou CPL brasileiros. Contudo, assim como no caso do RPM, na aplicação do CPM o objetivo principal é encontrar uma margem/*markup* que seja defensável como equivalente a uma margem entre terceiros. Os métodos CAP e CPL da legislação brasileira, por outro lado, já trazem margens mínimas ou máximas predeterminadas.

Já os métodos dos lucros da transação podem ser necessários e aplicáveis em determinadas situações em que há limitação de determinadas informações e/ou no caso de transações em que o lucro assume um papel extremamente relevante. Diversos ajustes também são permitidos na aplicação destes métodos para que a análise comparativa não tenha distorções relevantes. O “TNMM” foca no lucro sobre uma base determinada (custos, receita, patrimônio etc), comparando a transação do contribuinte com transações entre terceiros. De uma forma muito geral, podemos dizer que sua metodologia é semelhante àquelas aplicáveis ao RPM e CPM. Já o “TSM” refere-se a um método cujo objetivo é segregar os lucros, considerando vários ou todos os passos da transação.

Embora somente tenhamos listado de forma extremamente simplista os métodos baseados nas diretrizes da OCDE, é imperativo notar que tais diretrizes estabelecem mecanismos para o cumprimento com o princípio do *arm's length* que extrapolam a análise pura e simples das operações realizadas entre as partes relacionadas. Tais ferramentas tornam possível a adoção de métodos alternativos nas hipóteses em que os chamados “métodos tradicionais” não são passíveis de aplicação consistente e, em consequência, não permitem a melhor observância ao princípio do *arm's length*.

#### **4. Principais divergências entre as regras brasileiras e as diretrizes da OCDE em matéria de preços de transferência**

Conforme mencionado acima, as diretrizes estabelecidas pela OCDE podem apresentar caminhos mais eficientes – se comparada às regras brasileiras de preços de transferência – em algumas situações específicas. Tal fato se observa com mais clareza, por exemplo, nas transações envolvendo bens intangíveis e financiamentos. Na primeira hipótese, os métodos brasileiros são incompatíveis com referidas transações. Na segunda, as taxas de juros impostas pela legislação brasileira são incompatíveis com o mercado.

A ineficiência da legislação brasileira, aliás, foi um dos tópicos de destaque no estudo conjunto realizado pela OCDE e pela RFB com o objetivo de avaliar as semelhanças e diferenças entre as estruturas de preços de transferência fixadas na legislação brasileira e as diretrizes da OCDE.

De acordo com o estudo, as regras de preços de transferência do Brasil não apresentam soluções eficientes para resolver questões relacionadas a algumas transações específicas, dentre as quais se destacam: o uso ou a transferência de intangíveis; a prestação de serviços intragrupo; as reestruturações de negócios; os acordos de contribuição de custos; e questões relacionadas à atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes. Referida ineficiência poderia ser suprida caso houvesse na legislação brasileira a regulamentação de métodos com base na lucratividade, tais como o TNMM e TSM, internacionalmente reconhecidos como eficientes para a alocação de lucros nas ocasiões em que os métodos tradicionais não se mostram efetivos.

De certa forma, as lacunas identificadas pelo estudo conjunto apenas reforçam algumas dificuldades que – para os intérpretes acostumados com manuseio da legislação pátria de preços de transferência – não causam surpresa.

Pelo contrário, alguns pontos levantados no estudo vêm sendo alvo de debate há praticamente duas décadas no âmbito jurídico brasileiro. Nesse sentido, destaca-se que, em 2001, já havia sido proposto um Projeto de Lei (n.º 4.695) para a reforma da legislação brasileira, no qual reconheceu-se que<sup>77</sup>:

[...] com quatro anos de vigência da experiência brasileira sobre a matéria, cabe rever a elaboração inicial e tratar o assunto com a importância que ele merece na forma de uma lei específica.

[...]

Em primeiro lugar, com a devida consideração sobre as peculiaridades de nosso sistema tributário, devemos aproveitar a experiência de quem lida com a matéria há mais tempo.

Em segundo lugar, não menos importante, devemos considerar que a adoção de práticas unilaterais resulta, em muitos casos, em situações de conflito, dupla tributação e desincentivo a novos investimentos ou ampliação dos já existentes.

Assim, tomando como exemplo as transações com intangíveis desenvolvidos no Brasil e transferidos para o exterior, observa-se que a ausência de mecanismos para a avaliação desses intangíveis no Brasil acaba direcionando o contribuinte à aplicação do método CAP (custo de produção acrescido de margem de lucro de 15%), que não raras vezes culmina na determinação de um “preço parâmetro” substancialmente diferente dos

---

<sup>77</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 4.695/2001. Dispõe sobre a legislação de preço de transferência aplicável às transações entre pessoas vinculadas e dá outras providências. Disponível em: <imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19MAI2001.pdf#page=121>. Acesso em: 12 jul. 2020.

valores realmente transferidos. Sobre essa questão, o relatório preparado como resultado do estudo conjunto destaca<sup>78</sup>:

477. The concept of hard-to-value intangibles does not exist under the Brazilian transfer pricing system. Accordingly, there are no transfer pricing rules for hard-to-value intangibles. This further limits the ability to collect tax revenue from value generated in Brazil, where these hard-to-value intangibles are developed and transferred out of the jurisdiction. Based on the existing methods, it would be sufficient to use the cost of development and a relatively small gross profit margin of 15% on the costs, to obtain a value of the intangible for transfer pricing purposes which may widely differ from the actual value transferred.

Adicionalmente, o estudo conjunto também apontou que um dos principais impactos das lacunas apresentadas nas regras de preços de transferência do Brasil consiste no aumento do risco de dupla tributação (ou dupla não tributação) e de BEPS. Tais consequências, além de ocasionar a perda de receitas tributárias, acabam afetando negativamente a capacidade do país de atrair comércio e investimentos, tendo em vista que criam distorções e incertezas jurídicas.

Ainda, o estudo também teceu críticas às “enganosas” percepções de simplicidade que normalmente são atribuídas ao sistema brasileiro, especialmente por conta da não exigência de uma análise abrangente de comparabilidade (o que inclui análise funcional e de risco), da liberdade de seleção do método mais conveniente ao contribuinte, do emprego de margens fixas, dentre outros.

A despeito de reconhecer alguns desses pontos como positivos na legislação brasileira, o estudo destacou que a complexidade das regras atuais fica evidente também em outros aspectos, principalmente no que se

---

<sup>78</sup> OCDE / RECEITA FEDERAL DO BRASIL, *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*, 2019, p. 145. Disponível em: <[www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm](http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2020.

refere à abordagem item a item (inviabilidade de *basket approach*), ao padrão estrito de comparabilidade, e aos requisitos de documentação em determinadas situações.

Apesar da suposta simplicidade das regras brasileiras, foi apontado que alguns elementos da legislação pátria – tais como o emprego de margens fixas – podem levar a resultados que não estão alinhados com o *arm's length*, tendo em vista que não levam em consideração as especificidades das transações realizadas. Isto poderia gerar distorções mediante a aplicação de margens de lucro excessivamente altas (ou excessivamente baixas), que não condizem com a realidade do mercado e resultam em consequências negativas, tais como a dupla tributação.

Depois de apresentar todas as divergências e problemáticas, o relatório conjunto concluiu pela necessidade de alinhamento completo das regras brasileiras às diretrizes da OCDE em matéria de preço de transferência. Esta conclusão, contudo, é passível de discussão, especialmente ao considerarmos que referido alinhamento implica o descarte completo das normas atualmente vigentes, afastando os aspectos reconhecidamente positivos da legislação atualmente aplicável no Brasil.

## **5. Impactos do alinhamento das regras nacionais com as diretrizes da OCDE: necessidade de um plano de transição**

Conforme mencionado, as conclusões do estudo conjunto realizado entre OCDE e RFB apontaram para a necessidade de um alinhamento completo das regras de preços de transferência brasileiras com as diretrizes internacionais. O anunciado desfecho já é objeto de debates no ambiente jurídico, em especial por conta dos potenciais efeitos da implementação dessas medidas na legislação brasileira.

De um lado, as regras de preços de transferência nacionais podem acarretar cenários de dupla tributação ou dupla não tributação, de modo que a implementação das diretrizes estabelecidas pela OCDE forneceriam

caminhos mais eficientes para mitigar tais situações, tendo em vista que a maioria dos Estados, segue as diretrizes da OCDE.

Por outro lado, as regras de preços de transferência atuais permitem que tanto os contribuintes quanto as autoridades fiscais brasileiras sejam capazes de identificar e aplicar com facilidade os métodos disponíveis para a correta determinação do preço parâmetro, com o intuito de estabelecer as receitas mínimas tributáveis e as despesas máximas dedutíveis para fins de tributação pelo IRPJ e CSLL.

Esse fato permite a redução dos custos relacionados ao cumprimento das regras de preços de transferência no Brasil, bem como possibilita a redução do volume de disputas travadas entre as autoridades fiscais e os contribuintes, garantindo um cenário de maior segurança jurídica acerca dessa matéria.

Dessa forma, o estudo conjunto parece não se atentar – talvez porque não seja essa a sua função – à situação de muitos contribuintes que já operam há vários anos em conformidade com as regras de preços de transferência brasileiras, sem que tais procedimentos resultem em um cenário de dupla tributação (ou dupla não tributação).

Evidente, portanto, que para esses contribuintes o alinhamento total com as diretrizes da OCDE – sem que haja a manutenção da atual sistemática de margens predeterminadas – poderá resultar em um cenário de insegurança jurídica, além de acarretar um potencial aumento dos custos necessários para o cumprimento com as regras de preços de transferência.

Diante desse entrave, uma parcela dos juristas defende que a melhor estratégia para a reforma e modernização das regras de preços de transferência no Brasil deveria envolver a introdução das diretrizes da OCDE, preservando-se os atuais pontos positivos da nossa legislação. Nesse sentido, apesar de a OCDE compreender que as regras brasileiras não são

completamente compatíveis com o princípio *arm's length*, uma parte da doutrina especializada entende que<sup>79</sup>:

O fato de que a abordagem brasileira se escora em margens predeterminadas não leva, por si só, à conclusão de que o padrão *arm's length* seja desrespeitado. Por princípio, acreditamos que as margens predeterminadas sejam sim compatíveis com o padrão internacional, desde que as margens estejam dentro de um espectro *arm's length*, isto é, sejam melhor calibradas vis-à-vis o respectivo setor empresarial, e operem meramente como presunção relativa disponível aos contribuintes. É verdade, no presente estado, que as regras brasileiras ainda requerem muitos avanços nesses dois aspectos — mas isso de modo algum retira a importância das margens predeterminadas.

Como se observa, há quem defenda que a legislação brasileira não pode ser simplesmente descartada em função das diretrizes estabelecidas pela OCDE. Para esta corrente, com a qual concordamos, a internalização do padrão OCDE deveria ser feita com as devidas adaptações, para que fosse possível reconhecer a importância de algumas características da legislação brasileira, em especial a sua simplicidade e a segurança jurídica que proporciona aos contribuintes.

O posicionamento elucidado acima, no entanto, não deixa de reconhecer que a internalização das diretrizes estabelecidas pela OCDE permitiria a incorporação de novos recursos na legislação pátria (especialmente novos métodos para a determinação do “preço parâmetro”), o que facilitaria o preenchimento de algumas lacunas atualmente existentes nas regras nacionais, em especial no que se refere ao controle de operações específicas, como no caso das transações envolvendo intangíveis.

---

<sup>79</sup> Heleno Taveira Torres; Luís Eduardo Schoueri; Romero Tavares; Sérgio André Rocha, “Manifesto à declaração conjunta sobre o projeto de preços de transferência OCDE-Brasil”, *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: < [www.conjur.com.br/2019-jul-25/opiniao-seguranca-juridica-isonomia-relacao-brasil-ocde](http://www.conjur.com.br/2019-jul-25/opiniao-seguranca-juridica-isonomia-relacao-brasil-ocde) >. Acesso em: 09 jul. 2020.

Nesse contexto, importante lembrar que esse “alinhamento parcial” já vem sendo objeto de debate há praticamente duas décadas no Brasil, porém sem perspectiva de efetiva implementação. Exemplo dessa tentativa pode ser observado por intermédio do já mencionado Projeto de Lei n.º 4.695/2001, o qual se dispunha a promover mudanças na legislação de forma a tornar as regras brasileiras consistentes com os preceitos adotados pela OCDE, ao mesmo tempo em que promoveria uma manutenção e aperfeiçoamento das regras já vigentes.

Dentre as inovações propostas pelo referido projeto de lei, destacavam-se: (i) a introdução do princípio *arm's lenght*, em contraposição às margens fixas previstas na legislação e que se afastam da realidade econômica; (ii) o aperfeiçoamento do conceito de “pessoa vinculada” para aproximação das definições estabelecidas internacionalmente; (iii) a simplificação dos cálculos pelo agrupamento de produtos que tivessem correlação; (iv) a unificação dos métodos previstos para importações e exportações, permitindo a aproximação da denominação adotada pela OCDE; (v) a adoção de novos métodos internacionalmente reconhecidos; (vi) a autorização para aplicação de margens preestabelecidas para suportar que os contribuintes que não tenham condições ou não queiram apurar as margens de acordo com o *arms lenght*; e (vii) a possibilidade de consulta prévia de preços de transferência junto às autoridades fiscais para evitar dupla tributação.

Assim, apesar de muitos juristas defenderem que o alinhamento parcial e gradual com as diretrizes estabelecidas pela OCDE seria a melhor alternativa para a reforma das regras de preços de transferência no Brasil, essa estratégia foi expressamente descartada pelo estudo conjunto

realizado pela OCDE e RFB. De acordo com as conclusões indicadas no relatório<sup>80</sup>:

1042. Full alignment is also necessary because, otherwise, significant gaps would remain in the system with negative effects on tax certainty, the compliance burden, as well as risks of persisting double taxation and loss of tax revenue. A partial alignment that would address only the missing elements in the current framework but would maintain all the other features which create divergences and therefore lead to double taxation and losses of revenue would make it difficult for Brazil to both integrate global value chains and to accede to the OECD. A partial alignment in the form of allowing for the possibility of opting-out of the current regime to apply rules that follow the arm's length principle would lead to transfer pricing "system shopping", and consequently to a loss of revenue. It would allow continued BEPS practices, as taxpayers would cherry-pick the regime they wish to apply with the motivation to pay less tax. [...]

This would also create an additional burden on the tax administration, which would have to maintain and administer two different systems, the interaction of which would create an additional layer of complexity. [...]

É possível depreender que o estudo não considera o alinhamento parcial ou a construção de um "sistema dual" como uma alternativa viável para o Brasil, mesmo que em caráter temporário.

A partir dessa conclusão, já podemos adiantar que a internalização integral das regras de preços de transferência definidas pela OCDE na legislação brasileira não será tarefa fácil. Em verdade, deverá exigir um grande esforço legislativo para que ocorra um alinhamento efetivo e eficaz, sem

---

<sup>80</sup> OCDE / RECEITA FEDERAL DO BRASIL, *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*, 2019, p. 278. Disponível em: < [www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm](http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm) >. Acesso em: 10 jul. 2020.

grandes prejuízos aos contribuintes que atualmente desempenham suas atividades em conformidade com as regras vigentes.

Nesse sentido, o próprio estudo conjunto se limita a analisar possíveis alternativas para essa mudança (alinhamento imediato *versus* gradual), sem estabelecer quaisquer orientações ou procedimentos práticos para que esses novos conceitos sejam, de fato, implementados de forma eficiente no país.

O estudo e suas conclusões não consideram, por exemplo, o tempo necessário de "aprendizado" tanto pelas autoridades fiscais como pelos contribuintes (e os custos correspondentes) para se poder realizar uma análise efetiva de comparabilidade (*benchmark analysis*), assim como para que as partes tenham acesso às fontes de informação seguras.

O Brasil possui pouquíssimas fontes de informações sobre dados financeiros e transações entre terceiros. A maioria das empresas no Brasil é constituída na forma de "limitada", não estando obrigada a divulgar informações. Sociedades anônimas fechadas divulgam somente algumas informações financeiras. Sociedades anônimas abertas têm obrigações adicionais, inclusive perante a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), mas o universo de sociedades anônimas abertas ainda não é relevante.

Assim como outros países da América Latina, no caso de alteração da legislação de preços de transferência no Brasil para seguir as diretrizes da OCDE, os contribuintes e autoridades fiscais terão que se utilizar de fontes estrangeiras de informação e fazer ajustes não somente em relação à comparabilidade das transações em si, mas também em relação a outros fatores adicionais como efeitos da variação cambial, risco-país, entre outros.

Podemos citar a base de dados *Standard & Poor's Capital IQ database*, como bastante utilizada pelos contribuintes da América Latina, assim como pelas autoridades fiscais (principalmente as mexicanas) na aplicação de alguns

métodos de preços de transferência. Essa base de dados possui informações sobre companhias listadas na América do Norte (principalmente Estados Unidos) e globalmente, além de informações sobre algumas empresas privadas. Como regra geral, é necessária uma análise detalhada da referida base de dados para se escolher as empresas e transações comparáveis, assim como para realizar os ajustes necessários. Não se trata, definitivamente, de um trabalho simples, requerendo conhecimento econômico e financeiro especializado.

Diante desse cenário, entendemos como fundamental que seja desenhado um plano de transição extremamente detalhado e cauteloso, com o intuito de promover a mudança das regras de preços de transferência não só de forma gradual, mas também de maneira harmônica e coerente com as especificidades e dificuldades do mercado brasileiro.

## **6. Conclusão**

Conforme elucidado no decorrer deste artigo, o Brasil possui regras próprias de preços de transferência que, embora inspiradas em modelos adotados internacionalmente, divergem em alguns pontos da metodologia aplicada por outros países, em especial por aqueles que seguem as diretrizes fixadas pela OCDE.

Apesar de ser reconhecida por sua simplicidade de aplicação, as regras brasileiras apresentam algumas deficiências que dificultam a análise de algumas transações específicas, principalmente nos casos que envolvem bens intangíveis. Tais deficiências, por sua vez, se potencializam ao considerarmos que atualmente existe uma tendência de digitalização da economia global, o que exige que as regras de preços de transferência sejam cada vez mais eficientes no controle dessas transações.

Diante desse cenário, o Brasil acaba perdendo oportunidades de investimento, bem como fica impossibilitado de ingressar como membro

da OCDE, o que poderia trazer maior projeção e atratividade para o nosso mercado em âmbito internacional.

Apesar de a legislação brasileira ter sofrido importantes alterações do decorrer dos últimos anos, com o intuito de corrigir algumas inconsistências observadas desde a promulgação da Lei 9.430/1996<sup>81</sup>, tais mudanças não foram suficientes para suprir todas as lacunas das regras nacionais, em especial os riscos de dupla tributação ou de dupla não tributação.

Mesmo havendo um consenso sobre a necessidade de reforma das regras de preços de transferência atualmente vigentes, restam dúvidas sobre como e em que medida essas alterações devem ser feitas para permitir uma aproximação da metodologia adotada pelo Brasil com as diretrizes internacionais.

Nesse contexto, foi realizado recente estudo pela OCDE em conjunto com a RFB, o qual se propôs a analisar as principais divergências e convergências entre as regras nacionais e as diretrizes fixadas pela OCDE em matéria de preço de transferência.

Referido estudo apresentou importantes observações sobre as deficiências das regras de preços de transferência atualmente vigentes, bem como das vantagens que um eventual alinhamento com as diretrizes da OCDE poderia proporcionar.

Importante destacar, ainda, que as conclusões apresentadas indicam a necessidade de alinhamento completo da legislação nacional com as

---

<sup>81</sup> Dentre essas mudanças, destacam-se: (i) a criação do "novo PRL" com a substituição das margens fixas de 20% e 60% para margens variáveis entre 20% e 40% a depender do segmento econômico dos contribuintes; e (ii) a instituição de método para aplicação específica nas operações envolvendo commodities (PCI e Pecex).

diretrizes fixadas pela OCDE, em detrimento da manutenção de regras reconhecidamente positivas contidas na legislação nacional.

A despeito dos debates acerca das vantagens e desvantagens, nos parece que o alinhamento completo será o caminho a ser seguido pelo Brasil no futuro, especialmente ao considerarmos que o próprio estudo descarta a alternativa de um “sistema dual” ou híbrido.

Dessa forma, é evidente que uma transição gradual não se apresenta apenas como uma opção, mas como verdadeira necessidade, sendo de fundamental importância a elaboração de um plano de transição extremamente detalhado e cauteloso, para o fim de assegurar a adaptação de empresas com as novas regras que serão estabelecidas.

Isso significa que o simples “transplante” das diretrizes estabelecidas pela OCDE não é suficiente para suprir as lacunas da legislação atual, tampouco será capaz de fornecer os mecanismos necessários para que os contribuintes aproximem suas transações ao *arm's length*. Pelo contrário, caso não haja cuidado na implementação dessas regras, os efeitos dela resultantes poderão ir de encontro com os objetivos de sua implementação, acarretando um aumento do contencioso e, conseqüentemente, a potencialização do chamado “custo Brasil”, considerado como um dos grandes repelentes de investimento no país.

Assim, não se pode admitir que a pressão política relacionada à “necessidade” de ingresso rápido do Brasil na OCDE seja sobreposta ao cuidado exigido para a estruturação de uma nova legislação de preços de transferência, capaz de suprir as deficiências atuais, mas que não sirva de estopim para novos problemas.

DEDUTIBILIDADE DE  
DESPEAS RELATIVAS A  
LICENÇA DE USO E  
DISTRIBUIÇÃO DE SOFTWARE

# DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS RELATIVAS A LICENÇA DE USO E DISTRIBUIÇÃO DE SOFTWARE

*Rafael Gregorin e Ricardo Zequi Sitrângulo*

## 1. 1. Introdução

O ano de 2020 nos fez refletir sobre como elementos praticamente invisíveis podem causar tanto impacto na vida do ser humano. Ocupando lugar de destaque nessa categoria, o software representa recurso indispensável no mundo atual. Com o exponencial avanço da tecnologia, ele se torna cada vez mais presente em nossas vidas. E, no mesmo ritmo, nascem as controvérsias tributárias.

Fonte de intensos debates, apresenta-se a questão relativa à dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ de despesas incorridas por entidade localizada no Brasil com o pagamento remetido a pessoa jurídica do mesmo grupo econômico domiciliada no exterior pela aquisição da licença de uso e distribuição de software.

De início, importa salientar que a operação de distribuir e comercializar software constitui a atividade principal e a essência do objeto social de grande parte das organizações do setor de tecnologia. Os gastos para sua aquisição assumem, por conseguinte, evidente feição de despesas operacionais, já que são essenciais e necessárias às suas atividades. Sua dedutibilidade sob o ponto de vista da regra geral, portanto, é indisputável.

A controvérsia entra em cena, assim, a partir da interpretação do artigo 363, I, do Regulamento do Imposto de Renda de 2018, que dispõe:

Art. 363. Não são dedutíveis (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 71, parágrafo único, alíneas “c” ao “g”):

I - os royalties pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas, ou a dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes: [...]

Como se nota, o dispositivo em apreço fixa regra de exceção à norma geral de dedutibilidade de despesas do IRPJ, vedando-a naquelas hipóteses em que o valor do pagamento realizado pela pessoa jurídica situada do Brasil ostenta natureza de royalties e o seu destinatário configura sócio, pessoa física ou jurídica, do remetente.

Cumpre assinalar, neste ponto, que a fonte legal do artigo 363, I, do Regulamento do Imposto de Renda de 2018 corresponde ao artigo 71, parágrafo único, "d", da Lei n.º 4.506/1974, cujo conteúdo, no entanto, não é espelhado de forma integral pela sua versão regulamentar.

O teor do mencionado artigo 71 é o seguinte:

Art. 71. A dedução de despesas com aluguéis ou "royalties" para efeito de apuração de rendimento líquido ou do lucro real sujeito ao imposto de renda, será admitida:

[...]

Parágrafo único. Não são dedutíveis:

[...]

d) os "royalties" pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes; [...]

Como se verifica, no texto acima não consta na sequência do termo "sócios" a qualificadora "pessoas físicas ou jurídicas", tendo sido ela, portanto, incluída de modo inédito pelo Regulamento do Imposto de Renda.

Nesse contexto, a adequada aplicação à operação em exame da hipótese de incidência prevista pelo artigo 363, I, do Regulamento do Imposto de

Renda, subordina-se à formulação de respostas com relação aos três questionamentos abaixo:

- O pagamento remetido ao exterior possui natureza de royalties?
- A regra de exceção à dedutibilidade se estende a operação cujo destinatário é sócio pessoa jurídica do remetente?
- Estende-se, também, ao pagamento realizado a pessoa jurídica do mesmo grupo econômico, porém sem relação direta de controle?

A interpretação do artigo 363, I, do Regulamento do Imposto de Renda, dessa forma, perpassa por testes de conformação escalonados em três níveis, sujeitando-se sua aplicação à compatibilização de seus conceitos ao caso concreto.

Sem a pretensão de esgotar o tema, as considerações apresentadas adiante intentam lançar luz a alguns dos principais aspectos envolvendo as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da matéria, os quais orbitam pelos três questionamentos apontados.

## **2. Natureza jurídica do pagamento: royalties ou remuneração de direito autoral?**

Conforme indicado, a regra de indedutibilidade em exame compreende operações cujos pagamentos assumem a natureza de royalties.

O artigo 22 da Lei n.º 4.506/1964 apresenta uma definição daqueles rendimentos que devem ser classificados como royalties. Dentre as hipóteses ali previstas, interessa ao presente tema a alínea “d”, que dispõe:

Art. 22. Serão classificados como “royalties” os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como:

[...]

d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.

Conforme se depreende do dispositivo em tela, os rendimentos decorrentes do uso, fruição e exploração de direitos autorais são considerados royalties, desde que o beneficiário do pagamento não seja o autor ou o criador da obra. Em sendo o beneficiário o autor ou criador da obra, o pagamento assume a natureza de remuneração por direitos autorais.

Com efeito, na hipótese de a entidade no Brasil remeter pagamento ao autor ou criador do software em contraprestação ao direito de uso e distribuição do programa, segundo a alínea "d" acima, atribui-se a tal rendimento natureza diversa de royalties.

Nesse caso, a vedação à dedutibilidade imposta pelo artigo 363, I, do Regulamento do Imposto de Renda, não alcança as respectivas despesas.

A controvérsia a esse respeito gravita em torno da questão se a pessoa jurídica pode ser considerada autora ou criadora de um software.

Convém assinalar, nesse aspecto, que o artigo 7.º, XII, da Lei n.º 9.610/1998, batizada de Lei de Direitos Autorais, alçou os programas de computador à condição de obra intelectual, pontuando o seu parágrafo 1.º, contudo, que tais bens intangíveis são regulados por legislação específica, sendo-lhes aplicadas apenas de forma residual as disposições sobre direitos autorais.

A legislação específica responsável por disciplinar os programas de computador, por sua vez, corresponde à Lei n.º 9.609/1998, denominada Lei do Software.

De acordo com os artigos 3.º, I, e 4.º do referido diploma legal, o registro do programa de computador pode ser realizado tanto pela pessoa natural quanto pela pessoa jurídica, inclusive na figura do empregador, quando o software for desenvolvido na vigência de contrato de trabalho.

Há uma corrente de entendimento, no entanto, para a qual apenas a pessoa natural poderia figurar como autora ou criadora de obra intelectual. Fundamentam tal ponto de vista a partir de uma interpretação literal do artigo 11 da Lei de Direitos Autorais, cujo teor é o seguinte:

Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Para referida corrente, o direito autoral revelaria caráter personalíssimo, manifestando representação de cunho moral, concepções incompatíveis com o conceito de pessoa jurídica.

No entanto, o próprio parágrafo único do mencionado artigo 11 estende à pessoa jurídica a proteção conferida ao autor, nos seguintes termos:

Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

Além disso, a Lei do Software, que, como aludido, institui regime legal próprio ao programa de computador, estabelece em seu artigo 3.º, parágrafo 1.º, inciso I, que o pedido de registro do software deve conter os dados referentes ao autor do programa de computador ou ao titular, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Com efeito, a partir de uma interpretação sistemática, verifica-se que a legislação de regência da matéria reconhece expressamente a pessoa jurídica como sujeito capaz de reivindicar a autoria de uma obra intelectual.

Referido entendimento é a tradução, ainda, para além do exercício da hermenêutica jurídica, da realidade que envolve a atividade de criação de software, na medida em que parcela significativa dos programas de computador é desenvolvida de forma coletiva, por meio da união de esforços e conhecimentos e de trocas de experiências muitas vezes coordenada sob a estrutura de uma organização, responsável por fornecer todos os recursos necessários à produção do programa, sem os quais a

criação do software não seria possível, bem como por assumir o risco da atividade.

Portanto, nesses casos seria inclusive inviável creditar a autoria do programa de computador a uma ou mais pessoas físicas, devido à natureza difusa do processo de criação, no bojo do qual as contribuições individuais se fundem em meio à comunhão de tarefas.

O entendimento acima, importa sublinhar, tem amparo na jurisprudência. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar o processo n.º 9182936-93.2007.8.26.0000, reconheceu a possibilidade de pessoa jurídica figurar como autora de obra intelectual, ao examinar caso envolvendo a criação de obra coletiva em operação sob o regime de contrato de trabalho.

Tanto é adequado atribuir à pessoa jurídica a autoria de obra intelectual que legislações de outros países igualmente preveem de maneira expressa tal possibilidade, a exemplo do que dispõe o parágrafo 2.º da parte 202.3 do Código de Regulamentações Federais dos Estados Unidos da América (*Code of Federal Regulations*), no sentido de autorizar o empregador (pessoa jurídica) a constar como autor do pedido de registro de direitos autorais. Em casos envolvendo partes localizadas em países diferentes, ainda, vale se atentar às regras de proteção dos direitos autorais conferida pela Convenção de Berna, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 75.699/1975.

Desse modo, nos termos da legislação sobre software e sobre direitos autorais, bem como da realidade em torno dos processos de criação de programas de computador, denota-se plausível o entendimento no sentido de que a pessoa jurídica pode figurar como autora de aludidos bens imateriais.

Por conseguinte, os valores remetidos por entidade brasileira pela licença do direito de uso e distribuição de software à pessoa jurídica que o criou

não se enquadram na definição de royalties e, via de consequência, não são alcançados pela regra de indedutibilidade fixada pelo inciso I do artigo 363 do Regulamento do Imposto de Renda.

### **3. Pagamento a sócio pessoa jurídica**

Ainda que se pudesse assumir a incompatibilidade entre os conceitos relacionados à autoria de obra intelectual e à pessoa jurídica, e, desta maneira, o pagamento a entidade no exterior pelo direito de uso e distribuição de software ostentaria necessariamente a natureza de royalties, a regra de indedutibilidade não atingiria o adquirente da licença de uso e distribuição.

Conforme apontado nas considerações introdutórias, a redação original do dispositivo legal que estabelece a regra de indedutibilidade em análise, referente ao artigo 71, parágrafo único, “d”, da Lei n.º 4.506/1974, que permanece em vigor – é importante ressaltar –, condiciona o pagamento de royalties a “sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes”.

Em termos de semântica, a leitura do teor dessa sentença indica que os termos “parentes” e “dependentes” vinculam-se indistintamente a “sócios” e “dirigentes”, o que nos conduz à insofismável conclusão de que a regra se aplica somente aos sócios pessoas naturais, afinal, o conceito de pessoa jurídica é incompatível com o de parente ou dependente.

O próprio conteúdo do item 2 da alínea “e” do mesmo dispositivo parece confirmar tal assertiva, na medida em que, tratando de casos específicos de pagamentos de royalties, proíbe a sua dedutibilidade na hipótese de pagamento a beneficiário no exterior que mantenha controle direto no capital do remetente.

Como o controle direito do capital equivale à relação de sociedade, tal vedação representaria uma disposição legal inútil caso a regra geral se

estendesse a sócio pessoa jurídica, pois ela já estaria contemplada na alínea "d".

Merece destaque, nesse aspecto, que o artigo 232, III, do Regulamento do Imposto de Renda de 1980, aprovado pelo Decreto n.º 85.450, transcrevia literalmente o seu correspondente legal, o aludido artigo 71, parágrafo único, "d", da Lei n.º 4.506/1974.

O regulamento do imposto de renda de 1999, aprovado pelo Decreto n.º 3.000, entretanto, adicionou, sem amparo legal, o qualificador "pessoas físicas ou jurídicas" após o termo "sócios". Pretendeu, assim, sem respaldo em lei, ampliar o campo de aplicação do dispositivo, o que se afigura indevido dada a sua natureza infralegal. Tal disposição foi mantida no Regulamento do Imposto de Renda de 2018.

Embora a matéria ainda ocupe posição incipiente na esfera judicial, o repertório de jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3.a Região contém precedente formado no julgamento do agravo de instrumento n.º 5001394-39.2017.4.03.0000, cujo entendimento manifestado pelo colegiado converge no sentido de que a regra de indedutibilidade em tela aplica-se somente ao pagamento a sócio pessoa natural, bem como de que a inclusão da qualificadora "pessoas físicas e jurídicas" pelo Regulamento do Imposto de Renda de 1999 foi indevida, por lhe faltar base legal.

Com efeito, a adequada interpretação do artigo 353, I, do Regulamento do Imposto de Renda, parece revelar que a regra de indedutibilidade em análise se restringe aos pagamentos de royalties remetidos a sócio pessoa natural. Deflui daí que se o beneficiário dos pagamentos for sócio pessoa jurídica, a sua dedução é permitida.

#### **4. Pagamento a controladores indiretos e a pessoas jurídicas no exterior pertencentes ao mesmo grupo econômico**

Assumindo que a remessa ao exterior em contraprestação do direito de uso e distribuição de software ostente natureza de royalties e que seja vedada a dedutibilidade em caso de pagamento realizado a sócio pessoa jurídica, outra questão se apresenta: a regra de indedutibilidade estende-se às hipóteses de pagamento dos royalties a pessoa jurídica localizada no exterior que compõe o mesmo grupo econômico da entidade brasileira e sobre ela exerce controle indireto?

Cumpre reiterar que, de acordo com o inciso I do artigo 363 do Regulamento do Imposto de Renda, a vedação refere-se ao pagamento de royalties a sócios.

O termo “sócio” carrega conteúdo cujos contornos são bem definidos pela legislação, de tal maneira que não comporta interpretações extensivas: sócio é aquele que contribui para o capital social de uma entidade.

A noção de sociedade consta no artigo 981 do Código Civil, tendo como pressuposto a contribuição recíproca dos interessados, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica.

O artigo 1.001 do diploma civil, ainda, estabelece que as obrigações dos sócios começam com a celebração do contrato. Ou seja, a relação de sociedade vincula as partes que integram seu respectivo contrato, conferindo-lhes direitos e obrigações.

Ressalta-se, nesse contexto, que o sócio do sócio de uma determinada entidade não é sócio desta, já que não faz parte do contrato celebrado. Quando a lei se refere a sócio, diz respeito somente àquele que participa do contrato social.

Nos casos em que pretendeu abranger hipóteses de controle e participação indireta, assim fez a legislação societária de modo explícito, pontuando

expressamente a distinção, como se nota, por exemplo, no disposto no artigo 254-A da Lei n.º 6.404/1976, que trata da alienação direta ou indireta de controle acionário.

Convém enfatizar, nesse aspecto, que à lei tributária não é dado alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Com efeito, se a definição de sócio já repousa devidamente estabelecida pelo direito privado, não cabe ao intérprete da legislação tributária ampliá-la, ainda que mediante analogia, com a pretensão de atrair a incidência de regra fiscal.

O próprio dispositivo da legislação tributária relativo ao pagamento de royalties, inclusive, definiu de forma clara aquelas hipóteses em que a vedação à dedutibilidade deveria se aplicar a situações envolvendo relações de controle direto e indireto, conforme teor dos itens 1 e 2 da alínea “e” do parágrafo único do artigo 71 da Lei n.º 4.506/1964, abaixo reproduzidos:

Art. 71. A dedução de despesas com alugueis ou “royalties” para efeito de apuração de rendimento líquido ou do lucro real sujeito ao imposto de renda, será admitida:

[...]

Parágrafo único. Não são dedutíveis:

[...]

e) os “royalties” pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústria ou de comércio, quando:

1) Pagos pela filial no Brasil de empresa com sede no exterior, em benefício da sua matriz;

**2) Pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital** com direito a voto; (grifo nosso)

Como se extrai, a alínea “d” de referido dispositivo refere-se a “sócio”, ao passo que a alínea “e” refere-se a empresa no exterior que detenha controle “direta ou indiretamente” de seu capital social.

O cotejo entre as duas alíneas apenas corrobora a conclusão de que a vedação à dedutibilidade não se aplica com relação às despesas incorridas com o pagamento de royalties a entidade localizada no exterior que integre o mesmo grupo econômico da empresa brasileira, seja a beneficiária sua controladora indireta ou não.

Atenta às circunstâncias em tela, a Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil posicionou-se sobre o tema no ano de 2019, por meio da Solução de Consulta n.º 182, confirmando o entendimento no sentido de que o pagamento de royalties pelo direito de distribuição e comercialização de software a controlador indireto pertencente ao mesmo grupo econômico, não implica vedação à dedutibilidade das respectivas despesas, nos termos da alínea “d” do parágrafo único do artigo 71 da Lei n.º 4.506/1964, na medida em que o termo “sócio” pressupõe que a pessoa jurídica detenha participação societária na outra entidade.

Cumpre salientar que as soluções de consulta provenientes da Coordenação-Geral de Tributação possuem efeitos normativos, vinculando a Administração no âmbito da Receita Federal do Brasil e respaldando o sujeito passivo que as aplicar.

Já consta no acervo de jurisprudência do Carf precedente fundamentado na mencionada Solução de Consulta Cosit n.º 182/2019 autorizando a dedução de despesas incorridas com o pagamento de royalties a controladora indireta no exterior. Trata-se do Acórdão n.º 1301-004.374.

Dessa forma, mesmo que se atribua a natureza de royalties ao pagamento pela licença de uso e distribuição de software e que se entenda aplicável a regra de indedutibilidade ainda que o beneficiário seja sócio pessoa jurídica, tal vedação não alcança a operação envolvendo entidade brasileira e seu controlador indireto localizado no exterior, consoante reconhecido pela própria Receita Federal do Brasil.

## 5. Conclusão

De acordo com as breves considerações expostas neste trabalho, as despesas incorridas com a remessa de valores em contraprestação ao direito de uso e distribuição de software a pessoa jurídica controladora indireta, localizada no exterior, não se submetem à vedação da dedutibilidade prevista pelo artigo 363, I, do Regulamento do Imposto de Renda, pelos seguintes motivos:

- (1) A legislação brasileira admite que a pessoa jurídica seja criadora de programa de computador. Nesta circunstância, nos casos em que a pessoa jurídica beneficiária no exterior é a criadora do software, o pagamento assume natureza diversa de royalties, sujeitando-se exclusivamente, portanto, à regra geral de dedutibilidade.
- (2) Ainda que se pudesse tratar de royalties, o artigo 71, parágrafo único, "d", da Lei n.º 4.506/1974, que representa a matriz legal do artigo 363, I, do Regulamento do Imposto de Renda, condiciona a indedutibilidade apenas na hipótese de remessa a sócio pessoa física.
- (3) Ainda que se pudesse tratar de royalties e que a regra de indedutibilidade se estendesse à operação realizada com sócio pessoa jurídica, a entidade localizada no exterior do mesmo grupo econômico da pessoa jurídica brasileira que sobre ela exerce controle indireto não configura sua sócia, pois não detém participação em seu capital social, tornando a regra inaplicável à operação em exame.



O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO  
DO *COST SHARING*  
INTERNACIONAL NO BRASIL

# O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DO COST SHARING INTERNACIONAL NO BRASIL

*Maria Fernanda Furtado e Marcello Cimino Faria*

## 1. Introdução

Em uma economia globalizada, grupos empresariais buscam a otimização de suas operações e o aumento de eficiência financeira. Nesse contexto, é frequente a celebração de contratos para o compartilhamento / rateio de custos entre empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico ou mesmo entre parceiras de negócio, nacionais e/ou estrangeiras.

De maneira geral, tais contratos têm a finalidade de ratear ou alocar os custos e despesas incorridos de forma centralizada por uma das partes em benefício das demais, na produção de bens, serviços ou direitos.

Sendo assim, contratos de compartilhamento/rateio de custos e despesas, normalmente, estabelecem de que modo e em que medida cada uma das sociedades envolvidas deve colaborar ou participar na divisão dos custos e despesas incorridos pela entidade centralizadora, ressarcindo-a<sup>82</sup>.

Nessa situação, a transferência de recursos das empresas participantes para a entidade centralizadora tem, em princípio, natureza de reembolso.

Ocorre que o tratamento tributário do reembolso de custos e despesas é tema bastante controvertido no Brasil, mormente quando realizado no contexto de contratos de compartilhamento de custos e despesas entre entidades brasileiras e suas afiliadas ou parceiras domiciliadas no exterior.

---

<sup>82</sup> Luciana Rosanova Galhardo, *Rateio de Despesas no Direito Tributário*, 1.a ed., São Paulo, Quartier Latin, 2004, pp. 24 -27.

O presente artigo pretende classificar as diversas espécies de contratos de rateio, estabelecendo as bases para que o leitor possa acompanhar a evolução jurisprudencial do assunto e contextualizar a controvérsia entre Fisco e contribuinte.

Esperamos, ainda, oferecer ao leitor as ferramentas necessárias para o correto equacionamento do tratamento tributário das transferências de recursos efetuadas pelas partes no âmbito de contratos de compartilhamento de custos e despesas, respondendo, objetivamente, se os valores pagos, creditados ou remetidos ao exterior, para ressarcimento dos custos e despesas incorridos por entidade centralizadora no âmbito de contratos de compartilhamento/rateio de custos, devem ser classificados como receitas auferidas na prestação de serviços, mesmo quando comprovadamente destinados à mera recomposição patrimonial.

## **2. Contratos para o compartilhamento/rateio de custos - Espécies**

Os contratos para o rateio de custos podem ser, de maneira geral, classificados em três diferentes categorias<sup>83</sup>, a saber: (a) contratos para o compartilhamento de custos *stricto sensu*; (b) contratos para a contribuição de custos, e (c) contratos de prestação de serviços. Em todas as modalidades de contratação ocorrem transferências para o reembolso de despesas.

O contrato para o compartilhamento de custos *stricto sensu* é aquele que estabelece, com base em critérios de rateio objetivos, a divisão proporcional dos custos incorridos pela empresa centralizadora em benefício das demais empresas.

Deste modo, em tais contratos o que se estabelece entre as partes é o ressarcimento dos custos comprovadamente incorridos pela entidade

---

<sup>83</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 7. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 337.

centralizadora, que coloca à disposição das demais entidades contratantes, sem contraprestação, uma estrutura de compartilhamento de custos para a realização de tarefas/atividades não vinculadas à sua atividade-fim.

A segunda categoria abarca os chamados contratos para a contribuição de custos e que podem ser celebrados entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico ou não, mas que, em regra, tem o objetivo de regular a união de esforços (e a correspondente repartição de custos) para o desenvolvimento de atividades de pesquisa ou voltadas para o desenvolvimento de novos produtos, equipamentos, tecnologias, processos, e intangíveis relacionados à atividade explorada pelas partes.

Nesse caso, regra geral, são repartidos não somente os custos de desenvolvimento, mas também divididos proporcionalmente os direitos relativos ao bem ou intangível resultante da empreitada.

O contrato para contribuição de custos tem características particulares, que o diferenciam do simples compartilhamento de custos.

Nos termos estabelecidos pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) na publicação "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*"<sup>84</sup>, podemos destacar, em especial, duas características inerentes aos contratos para a contribuição de custos – ou Cost Contribution Agreements - CCA – que os diferenciam dos contratos de compartilhamento/rateio de custos, quais seja: (i) a necessidade de uma clara divisão dos custos e riscos inerentes ao desenvolvimento do projeto em questão, e (ii) a indicação expressa da contribuição de cada uma das

---

<sup>84</sup> OCDE. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, p. x.

pessoas jurídicas participantes do contrato, que deve ser proporcional aos benefícios individuais futuros decorrentes da execução do contrato.<sup>85</sup>

É comum, ainda, o rateio de custos e despesas no âmbito de contratos de prestação de serviços celebrados entre partes de um mesmo grupo econômico. Nesses contratos, cuja natureza é de serviços, a parte contratada se obriga à realização de uma determinada tarefa ("obrigação de fazer"), mediante contrapartida, e em benefício exclusivo das partes contratantes.

Muito embora as partes possam acordar o rateio dos custos e despesas necessários à execução dos serviços, há a presença de elementos específicos como a estipulação de remuneração em contrapartida à realização da tarefa (*i.e.*, adição de margem de lucro) e a execução de atividades diretamente relacionadas à atividade-fim da contratada.

Em tais casos, há dificuldade de se sustentar a natureza de reembolso das transferências efetuadas pelas contratantes em benefício da contratada. Isto porque não há mera recomposição do patrimônio no caso de transferências destinadas ao reembolso de custos/despesas que contribuam para a formação do preço do serviço.

A existência de diferentes categorias de contratos objetivando o compartilhamento / rateio de despesas e custos, somada à falta de legislação específica sobre tratamento fiscal de valores pagos e/ou recebidos no âmbito de tais contratos, contribuiu para uma tortuosa evolução jurisprudencial do tema, calcada em abordagem casuística.

---

<sup>85</sup> Segundo orientação do mesmo manual, é possível concluir que essas características não são próprias dos contratos de compartilhamento de custos – ou *Cost Sharing Agreements* - CSA.

### **3. Tratamento tributário dos *Cost Sharing Agreements***

#### **3.1. Contratos celebrados entre empresas residentes**

No que se refere a contratos de compartilhamento celebrados entre empresas residentes no país, a Receita Federal do Brasil (RFB), por meio da Solução de Consulta n.º 8 de 2012 e da Solução de Divergência n.º 23 de 2013, admitiu a concentração, em uma única empresa (centralizadora), de gastos de natureza administrativa, para posterior rateio entre empresas do grupo, asseverando que os valores transferidos no âmbito de tais contratos se prestariam, de fato, à mera recomposição patrimonial da centralizadora.

Nos termos das referidas Soluções de Consulta e Divergência, a neutralidade tributária do ajuste, todavia, está condicionada ao cumprimento de uma série de requisitos, tais como: (i) especificação das partes envolvidas no contrato, (ii) indicação dos beneficiários das atividades centralizadas, (iii) estabelecimento de tarefas que não se confundam com a atividade-fim das empresas, e cujo caráter permanente e contínuo esteja presente, (iv) formalização de um critério de rateio claro, razoável, mensurável e proporcional entre as partes, em (v) ausência de margem de lucro aplicada sobre o custo a ser reembolsado.

Observadas as condições acima, tem-se assegurada a neutralidade tributária.

Quanto à dedutibilidade de tais despesas, o Fisco também se posicionou no sentido de que tais despesas serão dedutíveis para fins de apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), desde que (i) sejam comprovadamente usuais, normais e necessárias, nos termos do art. 311 do Decreto n.º 9.580/18 (Regulamento do Imposto de Renda de 2018), (ii) respeitem o critério de rateio objetivo e razoável, nos termos do contrato, e que exista controle independente das despesas rateadas, e (iii) que a empresa centralizadora

da operação aproprie como despesa tão somente a parcela que lhe cabe de acordo com o critério de rateio adotado.

### **3.2. Rateio de custos internacional: *Cross border transactions***

No que tange aos contratos de compartilhamento de custos celebrados entre entidades brasileiras e residentes no exterior, porém, a análise da evolução jurisprudencial do tema expõe o posicionamento vacilante do Fisco.

De fato, ao longo dos anos, as autoridades fiscais brasileiras vêm desqualificando reiteradamente o arranjo estabelecido entre as partes em contratos internacionais de compartilhamento/rateio de custos e afastando a natureza de reembolso das remessas, para exigir o recolhimento dos tributos incidentes na importação regular de serviços.

Isso acontece porque a legislação tributária brasileira não trata dos contratos de compartilhamento de custos, deixando espaço para interpretação pelas autoridades fiscais, que, diante da pesada carga incidente sobre importação de serviços, tendem a caracterizar qualquer reembolso como remuneração por serviços prestados.

De fato, a importação de serviços por empresas residentes está, em regra, sujeita (i) ao Imposto de Renda Retido na Fonte brasileiro (IRRF) em 15%<sup>86</sup>, (ii) às Contribuições ao Programa de Integração Social (PIS) e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com a alíquota total combinada de 9,25%, (iii) à Contribuição para Intervenção no Domínio Econômico (Cide) à alíquota de 10%; e (iv) ao Imposto Municipal sobre Serviços (ISS), com alíquotas que variam de 2% a 5%.

---

<sup>86</sup> Ou 25% em caso de pagamentos realizados para países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, cuja legislação interna não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, nos termos da Instrução Normativa n.º 1.037/10.

Nesse sentido, pode-se destacar a profusão de Soluções de Consulta proferidas pela Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal, nas quais o Fisco afasta a posição dos contribuintes pela não tributação dos valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior para reembolso de despesas incorridas no âmbito de contratos de compartilhamento de custos.

Historicamente, o que se vê nas referidas respostas é a autoridade fiscal sustentando que tais transferências estão sujeitas à incidência dos tributos aplicáveis na importação de serviços e, portanto, classificando-as como “remuneração”, independentemente da natureza das atividades realizadas, e deixando de enfrentar discussões mais técnicas e relevantes, como o enquadramento de tais pagamentos aos conceitos de renda e receita, como podemos verificar na posição estabelecida pelas Solução de Consulta n.º 43/2015 e Solução de Consulta n.º 50/2016.

Solução de Consulta n.º 43/2015: Incide a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (Cide) de que trata o art. 2.º da Lei n.º 10.168, de 2000, sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a título de remuneração de residente ou domiciliado no exterior decorrente de contratos de compartilhamento de custos de serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes (*cost-sharing agreement*) entre empresas do mesmo grupo econômico.

Solução de Consulta n.º 50/2016: A Cofins-Importação incide sobre importações que se subsumam a suas hipóteses de incidência, inclusive no caso de operações realizadas no âmbito de acordos de repartição de custos e despesas, em qualquer de suas modalidades.

As decisões mais recentes sobre o tema revelam, ainda, que as autoridades fiscais continuam firmes na tentativa de desconsiderar o reembolso realizado no âmbito de contratos de rateio internacional, sempre que lhes faltarem ou não estiverem suficientemente explícitas quaisquer das características eleitas pela RFB como inerentes aos contratos de

compartilhamento de custos, nos termos das da Solução de Consulta n.º 276/2019:

(...) como o conceito de benefício mútuo é fundamental para um contrato de rateio de despesas, não pode ser considerado participante a parte que não tenha uma expectativa razoável de que terá benefício dos objetivos do contrato de compartilhamento de custos. Caso uma das empresas do grupo desempenhe uma função específica sem necessariamente esperar nenhum benefício, haverá uma prestação de serviços intragrupo. [...] percebe-se que carecem do elemento caracterizador do contrato de compartilhamento de custos que seria o benefício mútuo entre as empresas participantes que integram o contrato.[...] Incide IRRF sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residente ou domiciliado no exterior a título de remuneração de serviços técnicos prestados entre empresas do mesmo grupo econômico, ainda que esses serviços decorram do cumprimento de contrato genericamente denominado de contrato compartilhamento de custos (*cost-sharing agreement*), **mas que não atenda aos requisitos para sua caracterização**.(grifo nosso)

Nesse caso, em especial, nos parece que as autoridades fiscais se equivocaram, ao aplicar, indevidamente, característica própria dos contratos de contribuição de custos aos contratos de compartilhamento.

De fato, entendemos que, diferentemente dos contratos de contribuição de custos, em que as partes se associam para desenvolvimento de bens, serviços ou direitos de interesse comum, nos contratos para o compartilhamento, não há que se exigir um benefício individual e mensurável para a entidade centralizadora, sob pena de caracterizá-la como “prestadora de serviços”.

Nos contratos de compartilhamento, a função da entidade centralizadora é justificada pelo interesse coletivo e pela ausência de finalidade lucrativa. Assim, desde que a entidade centralizadora não seja remunerada ou apenas por colocar a estrutura de compartilhamento a serviço do grupo,

não há que se falar em remuneração ou glosa das despesas por ela incorridas.

Infelizmente, as autoridades fiscais vêm insistindo nesse equívoco conceitual, como podemos observar na Solução de Consulta n.º 276/2019 que, sob influência de orientação formulada na Solução de Consulta n.º 146/19<sup>87</sup>, considerou essencial que os contratos para o compartilhamento de custos apresentassem, entre outras características, a indicação clara do benefício mútuo e individualizado entre as empresas participantes que integram o contrato, como resultado das atividades executadas.

Um "*Cost-Sharing Agreement*" é um acordo contratual entre empresas para compartilhar as contribuições e riscos envolvidos no desenvolvimento conjunto, produção ou obtenção de intangíveis, ativos tangíveis ou serviços com o entendimento de que tais intangíveis, ativos tangíveis ou serviços devem criar benefícios para os negócios individuais de cada um dos participantes.

[...]

8.14 Como o conceito de benefício mútuo é fundamental para um contrato de compartilhamento de custo, segue-se que uma das partes não pode ser considerada participante se a parte não tiver uma expectativa razoável de que se beneficiará dos objetivos da própria atividade do contrato (e não apenas de executar parte ou toda a atividade do sujeito), por exemplo, da exploração de seu interesse ou direitos sobre os ativos intangíveis ou tangíveis, ou do uso dos serviços produzidos através do contrato.

---

<sup>87</sup> A Solução de Consulta n.º 146/19 trata de remessas com natureza distinta, para o pagamento de licenciamento para a comercialização de software por uma empresa do grupo às demais empresas do seu grupo econômico para uso direto em sua atividade econômica principal.

O entendimento é equivocado. Ao tomar emprestado um conceito geral de contratos para a contribuição de custos (CCA)<sup>88</sup>, afirmou-se que não era possível identificar a existência do benefício individualizado da entidade centralizadora no exterior, que estaria desempenhando atividades sem ter qualquer vantagem esperada.

Um CCA, de fato, exige a indicação expressa da contribuição de cada uma das pessoas jurídicas participantes do contrato, que deve ser proporcional aos benefícios individuais futuros decorrentes da execução do contrato, como por exemplo a aquisição de direitos sobre os ativos intangíveis ou tangíveis resultantes da execução do contrato.

Ora, no caso dos contratos para o compartilhamento de custos entre empresas (CSA)<sup>89</sup>, o objetivo primordial é atingir uma maior eficiência no desempenho de tarefas importantes, mas que não se confundem com as atividades-fim da empresa, tendo em vista que a centralização das atividades em empresas do mesmo grupo econômico, em regra, resulta em benefícios de ordem operacional. O benefício mútuo, nesses casos, é a relevante redução de custos no âmbito do grupo econômico.

No âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), ainda não há posicionamento consolidado sobre o tema, sendo possível identificar orientações conflitantes sobre o assunto.

A título ilustrativo, podemos destacar decisões recentes, como a proferida no ano de 2019 no Processo n.º 16327.000525/2005-15, em que a 2.a Turma Ordinária da 4.a Câmara do Conselho debruçou-se sobre as definições e as características técnicas do conceito de receita para concluir que não se pode confundir com receitas tributáveis as transferências realizadas, no

---

<sup>88</sup> Termo adotado no "OCDE Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations".

<sup>89</sup> Termo adotado no "OCDE Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations".

âmbito de contratos de compartilhamento para ressarcimento de custos, afastando-se a tributação.

RATEIO DE DESPESAS ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO. O fato de a unidade centralizadora dos custos e despesas receber das unidades descentralizadas as importâncias que inicialmente suportou, em benefício destas, não configura receita, mas simplesmente reembolso dos valores adiantados.

No entanto, no mesmo ano, a 1.a Turma da mesma 4.a Câmara do Carf, em decisão proferida no Processo n.º 16561.720065/2017-14 e publicada em janeiro de 2020, entendeu que, independentemente de sua natureza, valores remetidos ao exterior, mesmo no âmbito de contratos para o rateio de custos, ainda que não tenham como objetivo o lucro, deverão ser oferecidos à tributação do IRRF:

Tais atos não trazem luz à matéria controvertida, ou seja, à incidência de IRRF sobre os pagamentos a pessoas jurídicas no exterior em decorrência de contratos de rateio de despesas. [...] De acordo com o texto normativo acima, em relação ao critério material do IRRF sobre pagamentos ao exterior, qualquer que seja o rendimento ou provento pago a residente no exterior, configura-se a hipótese de incidência do tributo. Ao contrário do que alega a recorrente, não se cogita na hipótese de incidência da regra matriz do IRRF se a contraprestação realizada pela pessoa jurídica domiciliada no exterior visa lucro.

[...]

No mesmo diapasão das razões acima expostas, adoto como minhas as razões expostas pela autoridade julgadora de primeira instância no Acórdão n.º 06-61.912 exarado pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba:

[...]

Não há dúvida de que os acordos referidos são válidos, mas isso não significa que não há incidência da IRRF, pois este tem por pressuposto o pagamento, creditamento, entrega ou remessa de valores a residente ou domiciliado no exterior a título de remuneração por serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes, situação que não se desconfigura pela inexistência de lucro ou acréscimo patrimonial ou, ainda, pelo fato de tal remuneração se dar indiretamente, sob a forma de contratos de compartilhamento de custos e rateio de despesas, conforme esclarece com precisão a Solução de Consulta COSIT n.º 43/2015.

Na esfera judicial, a jurisprudência sobre a tributação dos contratos de *cost-sharing* internacional ainda é escassa.

Todavia, nossos tribunais parecem adotar um posicionamento mais técnico, com foco nas especificidades de cada caso, para então determinar o tratamento tributário aplicável ao caso, avaliando a efetiva natureza dos valores rateados e reembolsados no âmbito de contratos de rateio de custos.

Foi neste sentido que o Tribunal Regional Federal da 3.a Região decidiu em julgado recente, também no ano de 2019, cuja ementa transcrevemos abaixo:

IRPJ E CSL. GRUPO ECONÔMICO. DESPESAS COMUNS. RATEIO E REEMBOLSO. POSSIBILIDADE. [...] 1. A centralização de atividades em uma única integrante do grupo empresarial permite o reembolso de despesas efetivamente pagas, sem que tal configure receita tributável para a centralizadora, desde que a prestação de serviços nestes moldes não componha o seu objeto social como atividade-fim e não sejam auferidos ganhos em razão dos ingressos. 2. Para que esses reembolsos sejam desconsiderados no cálculo do IRPJ e da CSL, é imperioso que as empresas estabeleçam previamente um critério de repartição dessas despesas, de modo a viabilizar eventual verificação fiscal, e que a empresa centralizadora aproprie apenas a parcela das despesas que lhe caiba por conta do referido ajuste,

como já assinalado pelo Fisco na Solução de Divergência (Cosit) n.º 23/2013, sem o que tais reembolsos devam ser considerados como acréscimos patrimoniais passíveis de tributação.

Com efeito, nos parece claro que, observados determinados limites, os pagamentos realizados no contexto de contratos para o compartilhamento de custos e despesas têm a finalidade de mera recomposição patrimonial.

Assim é que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, ao apreciar o REsp n.º 1.138.205-PR<sup>90</sup>, concluiu que a incidência de ISS sobre valores reembolsados no âmbito de contrato de prestação de serviços, sob o argumento de que custos e despesas inerentes ao serviço prestado devem compor o seu preço, formado com base no custo de produção e acrescido de margem de lucro.

Ocorre que, no mesmo julgado, esclareceu o Egrégio Superior Tribunal, que o ingresso financeiro, quando decorrente de mero repasse, realizado com fins de recomposição do patrimônio da empresa, não deve ser submetido à tributação como receita nova.

Esse conceito foi adequadamente explorado pelo professor Domingos Bottallo<sup>91</sup>:

---

<sup>90</sup> "Destarte, tem-se que, consoante o disposto no art. 9.º, *caput*, do Decreto-Lei n.º 406/68, a base de cálculo do ISS é 'o preço do serviço', assim entendido como a contraprestação que o tomador ou usuário do serviço deve pagar diretamente ao prestador, vale dizer, o valor a que o prestador faz jus, pelos serviços que presta. Essa é a receita auferida pela prestação do serviço – a receita bruta, que se incorpora ao patrimônio do prestador, distinguindo-se, portanto, das somas pertencentes a terceiros, que não constituem fato gerador do tributo. Impende distinguir essas despesas reembolsáveis, meras recuperações de valores despendidos em nome de terceiros [...] dos custos ínsitos à prestação do serviço. Enquanto aquelas não integram a base de cálculo do ISS, esses, ao revés, por configurarem despesas com a própria atividade, não podem ser deduzidos para a apuração do resultado, sob pena de o preço do serviço deixar de ser a receita bruta a ele correspondente".

<sup>91</sup> Eduardo Domingos Bottallo. "Base oponible do ISS e das contribuições para o PIS e a COFINS", *Revista Estudos Tributários*, n. 10, nov.-dez. 1999, p. 21 (São Paulo).

"O conceito de receita refere-se a uma espécie de entrada. Entrada é todo o dinheiro que ingressa nos cofres de uma entidade. Nem toda entrada é uma receita. Receita é a entrada que passa pertencer à entidade. Assim, só se considera receita o ingresso que venha a integrar o patrimônio da entidade que a recebe [...] Os contribuintes citados têm o direito de não considerar, como receitas próprias, valores que apenas transitam por seus livros fiscais, sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial. Tal é o caso, v.g., dos montantes a ele repassadas para a satisfação de despesas incorridas por conta e ordem de terceiros [...] Na verdade, valores com essas características não remuneram serviços próprios dos contribuintes, e, assim, não exprimem parcelas de sua capacidade contributiva. Não compõe, em consequência, o preço do serviço, a receita ou o faturamento, na acepção jurídico tributária dessas expressões.

É de se concluir, portanto, que, em se tratando de contratos para o compartilhamento de custos incorridos com atividades administrativas e cujo rateio seja baseado em critérios objetivos, sem que a entidade centralizadora aufera qualquer remuneração específica, não há que se falar em tributação.<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> No mesmo sentido, ver em Anna Emília Cordelli Alves, *ISS na Lei complementar 116/2003 e na Constituição*, Org. Heleno Torres, Barueri, Manole, 2004, pp. 202-203: "Assim, é certo que os valores que são cobrados pelo prestador do utente serviço, que não se incorporam ao seu patrimônio, sendo apenas ressarcimento por despesas realizadas no desempenho da prestação, não devem, pena de inconstitucionalidade, integrar a base imponible do ISS. [...] Deveras, por inferência do disposto no artigo 156, III, da Constituição Federal, ao estabelecer as normas gerais do ISS, o legislador complementar não poderia, extrapolando sua competência, prever, como base imponible do ISS, receita estranha à materialidade de sua hipótese de incidência. [...] Em conclusão, interpretando-se o artigo 7.º da Lei Complementar n.º 116/2003 em conformidade com a Constituição, há de se lhe reduzir a amplitude, no sentido de que seja alvo de tributação o valor cobrado a título de remuneração pelo prestador do serviço, dele excluídos quaisquer outros elementos."

#### 4. Conclusão

Em resposta ao questionamento formulado no início deste artigo, entendemos que há argumentos jurídicos consistentes para afastar a caracterização de valores pagos, creditados remetidos ao exterior, para ressarcimento dos custos e das despesas incorridos pela entidade centralizadora no âmbito de contratos de compartilhamento/rateio de custos, como remuneração por serviços prestados pela entidade centralizadora.

Com efeito, desde que a natureza de reembolso/ressarcimento seja devidamente comprovada por documentação idônea, entende-se que tais pagamentos, créditos ou remessas têm, como motivação e finalidade, única e exclusivamente, recompor o patrimônio da entidade centralizadora, carecendo das características inerentes aos conceitos de renda, receita, ou acréscimo patrimonial.

No entanto, até que a ocorra evolução legislativa e/ou jurisprudencial capaz de pacificar a matéria, recomendamos aos contribuintes brasileiros que atentem para as características específicas de seus contratos de compartilhamento/rateio de custos e despesas.

Nesse sentido, recomendamos, ainda, alguns cuidados na elaboração de tais ajustes, a saber:

- (a) Especificar as partes envolvidas no contrato, indicando de forma clara e objetiva os beneficiários do contrato para o compartilhamento/rateio de custos;
- (b) Estabelecer critérios de rateio objetivos, claros e razoáveis ante às atividades desenvolvidas no âmbito do contrato de compartilhamento de custos;
- (c) Não incluir no contrato de rateio atividades diretamente relacionadas com a atividade-fim da empresa;

- (d) Não estabelecer margem de lucro sobre o valor dos custos incorridos pela entidade centralizadora das atividades em prol das empresas participantes do contrato;
- (e) Observar as melhores práticas contábeis, de modo que a empresa centralizadora não aproprie como custo ou despesa as parcelas que serão ressarcidas no âmbito do contrato de compartilhamento de custos.

Observados tais requisitos, é fundamental manter boa guarda da documentação capaz de comprovar a natureza das atividades executadas no âmbito do contrato de compartilhamento (*i.e.*, relatórios de custos, controles internos de horas, documentos comprobatórios da execução da atividade etc.).

Com a observância de tais medidas, entendemos que as partes contratantes estarão em melhores condições para sustentar a neutralidade tributária do ajuste em caso de fiscalização e, portanto, de se defender em uma eventual autuação.



IMPACTOS TRIBUTÁRIOS  
SOBRE VALORES PAGOS NO  
EXTERIOR A EXPATRIADO  
TRABALHANDO NO BRASIL:  
DO REEMBOLSO DE  
REMUNERAÇÃO PAGO PARA  
A EMPRESA ESTRANGEIRA E  
DO PAGAMENTO DE  
REMUNERAÇÃO À PESSOA  
FÍSICA NÃO RESIDENTE FISCAL  
NO BRASIL

# IMPACTOS TRIBUTÁRIOS SOBRE VALORES PAGOS NO EXTERIOR A EXPATRIADO TRABALHANDO NO BRASIL: DO REEMBOLSO DE REMUNERAÇÃO PAGO PARA A EMPRESA ESTRANGEIRA E DO PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO À PESSOA FÍSICA NÃO RESIDENTE FISCAL NO BRASIL

*Mariana Neves de Vito e Paulo Roberto Gomes de Carvalho*

## 1. Introdução

No mundo cada vez mais globalizado, a mobilização de trabalhadores entre os países se mostra um fato em constante crescimento. Segundo a Agência Brasil, em 2019, havia mais de 1 milhão de estrangeiros no Brasil.<sup>93</sup>

As grandes corporações globais tendem a transferir executivos-chave ou profissionais técnicos especializados entre suas diversas localidades com a finalidade de manter o controle e o padrão das operações, difundir conhecimento e por confiarem nos serviços prestados por determinados profissionais específicos, dentre outros.

Além disso, há cenários em que as empresas não identificam profissionais devidamente qualificados em todas as localidades, seja por questões técnicas ou por experiência em certo mercado, acarretando a necessidade de contar com os serviços prestados por um profissional localizado e residente no exterior.

Nesse contexto de mobilidade, que algumas vezes é definitiva, mas que na maioria dos casos é temporária e até imprevisível, encontram-se algumas

---

<sup>93</sup> Agência Brasil. *Brasil já recebeu 1,1 milhão de imigrantes e 7 mil refugiados*. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-01/brasil-ja-recebeu-11-milhao-de-imigrantes-e-7-mil-refugiados>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

dificuldades operacionais, decorrentes de fatores como, por exemplo, variação cambial, custos adicionais de adaptação e manutenção, interesse do trabalhador em possuir residência fiscal e/ou receber remunerações em certos países e impactos na tributação corporativa decorrente de tais remunerações.

Para viabilizar a mobilização e endereçar essas necessidades e interesses, muitas vezes, as corporações utilizam estruturas de pagamento de remuneração dividida entre os países (*split payroll*) ou fazem remessas internacionais para quitar tais pagamentos.

Assim, este estudo tem por escopo analisar os percalços tributários do pagamento de reembolso de remuneração pela empresa brasileira para a empresa estrangeira (dentro do conceito do *split payroll*), bem como do pagamento de remuneração diretamente feito pela empresa brasileira para a pessoa física não residente fiscal no Brasil.

## **2. Incidência de Contribuições Previdenciárias e FGTS sobre valores pagos no exterior a expatriado trabalhando no Brasil**

Com relação à incidência de contribuições previdenciárias sobre remuneração, o artigo 195 da Constituição Federal de 1988 e a legislação previdenciária (Lei n.º 8.212/1991) determinam que as contribuições previdenciárias incidirão sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados (empregados ou autônomos) que prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja sua forma, incluindo as gorjetas, os ganhos habituais sob forma de utilidade.

A despeito de quaisquer valores pagos com habitualidade, no intuito de remunerar serviços prestados, integrarem a remuneração para fins de cálculo da contribuição previdenciária e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (que também incide sobre a mesma remuneração - Lei n.º 8.036/1990), não há disposição específica na legislação que determine a

inclusão dos pagamentos recebidos no exterior, pagos por uma empresa estrangeira, na base de cálculo das contribuições previdenciárias no Brasil. No entanto, o entendimento do Fisco brasileiro é no sentido de que há incidência das contribuições previdenciárias e do FGTS sobre o valor global da remuneração, ou seja, sobre valores pagos no Brasil e fora do Brasil.

Nesse contexto, apesar da inexistência de legislação fiscal específica, as bases para o argumento do Fisco seriam (i) a ocorrência de determinação específica existente para FGTS (Instrução Normativa SIT n.º 99/2012 e Instrução Normativa SIT n.º 144/2018<sup>94</sup>), (ii) a unicidade do contrato de empregado (que se iniciou no exterior e se estendeu ao Brasil), bem como (iii) o fato de que o verdadeiro empregador seria o grupo econômico mundial e não apenas uma específica empresa brasileira.

Em princípio, haveria argumentos contra tal incidência. O artigo 12 da Lei 8.212/91 identifica os contribuintes obrigatórios da Previdência Social e não prevê expressamente o estrangeiro que recebe remuneração fora do Brasil. Por essa razão, tal remuneração estaria fora da esfera de incidência das contribuições previdenciárias.

Ainda, há que se destacar que seria possível invocar o princípio da territorialidade, uma vez que o poder vinculante de uma lei enseja os efeitos jurídicos até os limites geográficos da pessoa jurídica que a editou. Logo, o Fisco brasileiro não poderia exigir contribuições previdenciárias sobre remuneração paga fora do Brasil por outra pessoa jurídica.

Não obstante a existência de tais argumentos, verifica-se que o Fisco brasileiro já externou seu entendimento sobre a matéria por meio da Solução de Consulta da Cosit (Coordenação-Geral da Tributação da Receita

---

<sup>94</sup> Art. 9.º [...]

Parágrafo único. As contribuições mencionadas no art. 6.º também incidirão sobre: [...]

V - remuneração paga a empregado estrangeiro, em atividade no Brasil, independentemente do local em que for realizado o pagamento”.

Federal do Brasil), a qual é vinculante às autoridades fiscais, nos termos do artigo 9.º da Instrução Normativa RFB n.º 1.396/2013<sup>95</sup>, a saber:

**Solução de Consulta n.º 440 - Cosit - 18 de setembro de 2017:**

**Contribuições previdenciárias** - Na falta de acordo internacional que afaste a tributação previdenciária brasileira, deve contribuir como segurado empregado o trabalhador contratado no exterior para trabalhar no Brasil em empresa constituída e funcionando em território nacional segundo as leis brasileiras, incidindo as contribuições devidas pela empresa contratante e pelo empregado sobre todo seu salário-de-contribuição, inclusive os valores remetidos à matriz ou à empresa do mesmo grupo empresarial no exterior para fins de reembolso dos gastos com a manutenção do vínculo do trabalhador com a previdência social de seu país de origem.

Destaca-se que, do ponto de vista jurisprudencial, há poucos precedentes sobre a questão do *split payroll*. Assim, no caso abaixo identificado, o Tribunal entendeu que haveria incidência e contribuições previdenciárias no Brasil tanto sobre o valor pago pela empresa brasileira quanto sobre o valor pago pela empresa americana, a saber:

PREVIDENCIÁRIO E TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. ARTIGO 22, I, DA LEI N.º 8.212/91. EMPREGADO ESTRANGEIRO. PARTE DO SALÁRIO PAGO PELA EMPRESA MATRIZ NO EXTERIOR. LEI DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. [...]

6. O contrato firmado no exterior com a matriz não subsiste à transferência do empregado para o Brasil. Inexistência de dualidade de contratos. Eventual obrigação que o empregado expatriado mantém com

---

<sup>95</sup> "Art. 9.º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar, independentemente de ser o consultante, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento."

a empresa do país de origem é decorrente do mesmo contrato executado no novo local de trabalho.

7. Se a prestação de serviços é efetuada no Brasil, o contrato de trabalho se sujeita às regras da legislação brasileira, ainda que parte do pagamento seja efetuado no exterior pela empresa americana, uma vez que remunera a prestação de serviços realizada aqui. Incidência da contribuição social sobre o total recebido pelas duas empresas.

8. Exigibilidade da contribuição sobre os valores pagos a título da verba denominada "Gross up". Ainda que tal verba tenha por escopo compensar o empregado expatriado pelo gasto a maior com tributos do que aquele que dispenderia se em seu país de origem estivesse, compõe parcela do salário do empregado, posto que tem caráter de habitualidade e é paga em decorrência do próprio contrato de trabalho, seja por força de acordo ou por liberalidade do empregador a fim de tornar a transferência do trabalhador mais atrativa. Inteligência do art. 457, § 1.º, da CLT.

9. [...].<sup>96</sup>

No cenário mais específico e aplicável à presente análise, no qual a empresa brasileira faz o reembolso para a empresa estrangeira da parte do salário pago no exterior, ou seja, a empresa brasileira assume o custo total do trabalhador estrangeiro que presta serviços no Brasil, a incidência da contribuição previdenciária e do FGTS fica ainda mais evidente, uma vez que o resultado do serviço do trabalhador é em favor apenas da empresa brasileira, e a empresa brasileira assume o custo total da remuneração.

*A contrario sensu*, caso a empresa estrangeira absorvesse o custo da parte da remuneração pago no exterior e/ou caso a empresa estrangeira também

---

<sup>96</sup> Tribunal Regional Federal (3.ª região) – Apelação cível n.º 0007219-68.2006.4.03.6100/SP. Apelante: Monsanto do Brasil Ltda. Relator: desembargadora federal Vesna Kolmar. São Paulo, 27 de novembro de 2012.

fosse beneficiada pelos serviços prestados pelo respectivo trabalhador, então a invocação do princípio da territorialidade se mostraria razoável.

Portanto, por se tratar de serviço exclusivamente ou primordialmente prestado para a empresa brasileira e em virtude de o custo final da remuneração ser absorvido pela empresa brasileira, há bons elementos para o Fisco defender que o fato gerador da contribuição previdenciária ocorreu inclusive sobre a remuneração paga no exterior e posteriormente custeada pela empresa brasileira, por meio de reembolso para a empresa estrangeira.

### **3. Pagamento de reembolso de remuneração pela empresa brasileira para empresa estrangeira**

Com relação à potencial incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre o valor do reembolso feito pela empresa brasileira à empresa estrangeira (relativo à remuneração paga pela empresa estrangeira), cumpre citar que o artigo 744 do Decreto n.º 9.580/2018 (RIR/2018) determina a hipótese de incidência geral do imposto nos pagamentos efetuados a beneficiários no exterior, sendo que o fato gerador do IRRF ocorre apenas no pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de “rendimentos, ganhos de capital e demais proventos” por uma fonte no Brasil a um beneficiário no exterior.

Na estrutura ora proposta e analisada, a empresa brasileira é responsável apenas pelo reembolso das quantias pagas pelas empresas localizadas no exterior aos trabalhadores usualmente conceituados como “expatriados”, os quais também são residentes fiscais no Brasil, conforme a Instrução Normativa RFB n.º 208/2002.

Assumindo que os expatriados são empregados ou dirigentes (Contribuinte individual) da empresa brasileira, é razoável concluir que não haveria rendimento pago a um beneficiário no exterior, já que a natureza de um reembolso é apenas restaurar o patrimônio daquele que teve um dispêndio. Consequentemente, como não há qualquer prestação de

serviços com intuito comercial por parte das empresas estrangeiras receptoras do reembolso, também não se verifica a existência de uma importação de serviço. Ou seja, há argumentos para se evitar a incidência de IRRF no reembolso em questão.

Na mesma linha da discussão aplicável ao IRRF, a Lei n.º 10.865/2004 instituiu a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), incidentes sobre a importação de bens e serviços.

Com efeito, consiste em fato gerador do PIS-Importação e da Cofins-Importação a prestação de serviços por pessoa física ou pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior, executados no país ou executados no exterior, cujo resultado se verifique no país, o que não se enquadraria na situação em análise, já que a pessoa jurídica residente no exterior apenas serviu de intermédio para o pagamento da pessoa física residente no Brasil. Assim, também não haveria que se falar em incidência do PIS-Importação e da Cofins-Importação sobre o valor do reembolso em questão.

Ainda nessa seara, a Lei n.º 10.168/2000 instituiu a Contribuição de Intervenção do Domínio Econômico (Cide) sobre os valores remetidos ao exterior em razão da prestação de serviços técnicos ou de assistência administrativa e semelhantes por residentes ou domiciliados no exterior. E mais uma vez, também quanto à Cide, haveria bons elementos para evidenciar que não houve prestação de serviços pela pessoa jurídica residente no exterior.

No decorrer dos últimos dez anos, o Fisco brasileiro tem consolidado o seu entendimento nesse sentido por meio de Soluções de Consulta da Cosit (Coordenação-Geral da Tributação da Receita Federal do Brasil), conforme exemplos abaixo:

**Solução de Consulta n.º 378 - Cosit - 23 de agosto de 2017:**

**IRRF** - Quando da remuneração por pessoa jurídica domiciliada no Brasil a sócio-administrador ou profissional expatriado residente no país, com pagamento no exterior realizado por sua matriz ou por empresa do mesmo grupo empresarial domiciliada no exterior, as remessas ao exterior a título de reembolso não deverão sofrer retenção de imposto de renda na fonte (IRRF), até o limite do valor percebido no exterior pelo sócio-administrador ou pelo profissional expatriado da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, por não se caracterizarem rendimentos da empresa domiciliada no exterior.

**IRPJ/CSLL** - Para efeito de apuração do IRPJ, o valor reembolsado pela pessoa jurídica no Brasil à sua matriz ou à empresa do mesmo grupo empresarial domiciliada no exterior no valor da remuneração de sócio-administrador ou profissional expatriado residente no Brasil da pessoa jurídica domiciliada no Brasil pago no exterior, mediante "*invoice*" apresentada por sua matriz ou por empresa do mesmo grupo empresarial, é dedutível quando da apuração do IRPJ, se tais despesas forem necessárias às atividades da pessoa jurídica no Brasil e à manutenção da fonte produtora e desde que sejam também despesas usuais em seu ramo de negócio.

**PIS/Cofins** - Quando a remuneração por pessoa jurídica domiciliada no Brasil a sócio-administrador ou profissional expatriado residente no país, com pagamento no exterior realizado por sua matriz ou por empresa do mesmo grupo empresarial domiciliado no exterior, as remessas ao exterior a título de reembolso não sofrem incidência do PIS-Importação / Cofins-Importação, por não se caracterizarem contraprestação por serviços prestados pela empresa domiciliada no exterior.

**Solução de Consulta n.º 469 - Cosit - 21 de setembro de 2017:**

**Cide** - Quando da remuneração por pessoa jurídica domiciliada no Brasil a sócio-administrador ou profissional expatriado residente no país, com pagamento no exterior realizado por sua matriz ou por empresa do

mesmo grupo empresarial domiciliado no exterior, as remessas ao exterior a título de reembolso não sofrem incidência da Cide/Remessas para o Exterior por não caracterizarem como contraprestação por fornecimento de tecnologia, prestação de assistência técnica (serviços de assistência técnica e serviços técnicos especializados), serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes.

Ou seja, verifica-se que, de maneira razoável e consciente, o Fisco brasileiro consolidou o entendimento de que não há incidência dos tributos federais aplicáveis à importação de serviços caso a remessa internacional se trate de mero reembolso de remuneração que, ao fim, era devida pela própria empresa brasileira, pelos serviços que a beneficiaram, ressalvada a incidência de tributos específicos sobre a movimentação financeira no exterior, como o caso do IOF (Imposto sobre Operações Financeiras.)

Com relação ao Imposto sobre Serviços (ISS), de competência municipal, cumpre destacar também que o artigo 2.º, II, da Lei Complementar n.º 116/2003 determina que tal tributo não incide sobre a prestação de serviços em relação de emprego dos trabalhadores avulsos, dos diretores e dos membros de conselho consultivo ou de conselho fiscal de sociedades e fundações, bem como dos sócios-gerentes e dos gerentes-delegados.

Isso significa que, ao evidenciar que se trata de mero reembolso decorrente de prestação de serviços no Brasil, como empregado ou dirigente, restaria configurada a subsunção do caso à mencionada isenção.

Finalmente, cumpre ressaltar que o reembolso de remuneração não se confunde com os conceitos de contrato de rateio de custos (*cost-sharing*), tampouco está sujeito às regras de preços de transferência, justamente porque os referidos reembolsos são pagamentos pela prestação de serviços para a empresa brasileira exclusivamente.

#### 4. Pagamento de remuneração à pessoa física não residente fiscal no Brasil

Além da contratação do expatriado, que atuaria como empregado ou como dirigente da empresa brasileira, também ocorrem situações em que a empresa brasileira contrata um trabalhador autônomo, estrangeiro, não residente fiscal no Brasil.

Do ponto de vista da incidência de contribuições previdenciárias sobre a remuneração desse trabalhador, caso se trate de autônomo que prestará serviços do exterior de forma esporádica, verifica-se que tal trabalhador não se enquadraria no conceito de segurado da Previdência Social, previsto pela Constituição Federal e pela Lei n.º 8.212/1991, acarretando na conclusão de que se trata de hipótese de não incidência da contribuição, sendo tal situação, inclusive, prevista pelo artigo 14 da Instrução Normativa RFB n.º 971/2009, a saber:

Art. 14. O estrangeiro não domiciliado no Brasil e contratado para prestar serviços eventuais, mediante remuneração, não é considerado contribuinte obrigatório do RGPS, salvo se existir acordo internacional com o seu país de origem.

Por outro lado, no caso de estrangeiro contratado para a prestação de **serviço habitual**, a conceituação pode ser diversa. Por exemplo, o artigo 12, V, alínea 'f' da Lei n.º 8.212/91 determina que o contribuinte individual que exercer atividade como membro de conselho de administração ou cargo de direção (e que receba a correspondente remuneração) será segurado obrigatório da Previdência Social.

Assim, se o estrangeiro, membro de conselho de administração ou fiscal, ou dirigente de empresa brasileira, residente no exterior, receber habitualmente remuneração pelos serviços prestados à empresa brasileira, restará caracterizada a hipótese de segurado obrigatório, o que implica dizer que a empresa brasileira deverá efetuar o recolhimento da

contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração mensal paga ao trabalhador, parte patronal e parte segurado, por meio de retenção.

O Fisco já externou seu entendimento sobre a matéria por meio da Solução de Consulta Cosit n.º 93/2018, nos seguintes termos:

#### **Solução de Consulta Cosit n.º 93/2018**

CONSELHEIRO CONSULTIVO. SEGURADO OBRIGATÓRIO. REMUNERAÇÃO MENSAL. INCIDÊNCIA. O estrangeiro domiciliado no exterior integrante de Conselho Consultivo de empresa situada no país é segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social na qualidade de contribuinte individual, e a remuneração por ele percebida sujeita-se à incidência da contribuição a cargo da empresa e a cargo do segurado, e deve ser objeto de informação na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP) ou Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), observados os termos da Resolução n.º 2, de 30 de agosto de 2016, do Comitê Diretivo do eSocial.

Portanto, enquanto por um lado o pagamento de remuneração esporádica a estrangeiro não representa fato gerador da contribuição previdenciária, por outro lado, o Fisco entende que o pagamento de remuneração habitual para estrangeiro, mesmo que não residente no Brasil, como conselheiro ou dirigente de empresa brasileira, representa fato gerador da contribuição previdenciária parte empresa e parte segurado.

Além dessa questão da potencial incidência da contribuição previdenciária sobre a remuneração deste estrangeiro, não residente fiscal no Brasil, faz-se também necessária a análise dos impactos relativos ao IRRF e à CIDE incidentes.

Com relação ao IRRF, os artigos 741 e 746 do RIR/2018 determinam que, especialmente nos casos acima descritos em que haveria incidência de

contribuições previdenciárias, os rendimentos estariam sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte sob a alíquota de 25%.

Por outro lado, situações que podem ser entendidas como diversas de rendimentos do trabalho e de prestação de serviços estariam sujeitas à retenção de imposto de renda na fonte sob a alíquota de 15%, especialmente nas situações de serviços de assistência administrativa e semelhantes.

Com efeito, é preciso destacar que, nos termos da Lei n.º 10.168/2000, a partir de 1.º de janeiro de 2002, a Cide passou a ser devida pelas empresas brasileiras signatárias de contratos que tenham por objetivo serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior.

Com relação ao conceito de remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes, a Instrução Normativa RFB n.º 1.455/2014 assim dispõe:

Art. 17. [...]

II - considera-se:

a) serviço técnico a execução de serviço que dependa de conhecimentos técnicos especializados ou que envolva assistência administrativa ou prestação de consultoria, realizado por profissionais independentes ou com vínculo empregatício ou, ainda, decorrente de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico; e

b) assistência técnica à assessoria permanente prestada pela cedente de processo ou fórmula secreta à concessionária, mediante técnicos, desenhos, estudos, instruções enviadas ao país e outros serviços semelhantes, os quais possibilitem a efetiva utilização do processo ou fórmula cedidos.

O Fisco brasileiro também já externou seu entendimento sobre a matéria por meio das Soluções de Consulta Cosit n.º 97/2014 e 278/2014, a saber:

#### **Solução de Consulta n.º 97/2014**

Estão sujeitos ao pagamento da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico → Cide, a partir de 1.º de janeiro de 2002, os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a beneficiário residente ou domiciliado no exterior a título de serviços de assistência administrativa e semelhantes, e consultoria administrativa.

#### **Solução de Consulta n.º 278/2014**

21. Ante o exposto, propõe-se seja a presente consulta solucionada respondendo-se à consulente que não há incidência da Cide sobre valores pagos à pessoa jurídica domiciliada no exterior a título de remuneração decorrente de contratos de agência.

22. Por oportuno, alerte-se que a alíquota do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) incidente sobre as remessas em referência deve retornar ao patamar de 25%, que vigorava antes da incidência da Cide, tendo em vista que sua redução para 15% deveu-se ao enquadramento das operações em apreço como prestação de serviços administrativos ou assemelhados, nos termos do art. 2.º- A da Lei 10.168, de 2000. Descaracterizadas como tal, aplica-se a alíquota de 25% do IRRF.

Ou seja, no entendimento do Fisco, os pagamentos ao estrangeiro, por exemplo, decorrentes de contrato de mandato podem ser classificados tanto como “serviços de assistência administrativa” quanto “serviços técnicos”, passíveis de tributação pela Cide e pelo IRRF à alíquota de 15%, totalizando o encargo de 25%, financeiramente equivalente ao encargo de IRRF de 25% aplicável sobre os casos de rendimento do trabalho, os quais não estão sujeitos à CIDE.

## 5. Conclusão

As regras fiscais relativas aos pagamentos feitos por empresas brasileiras a expatriados trabalhando no Brasil, bem como as regras fiscais relativas ao reembolso de despesas à matriz estrangeira devem ser, primordialmente, analisadas sob o ponto de vista do local da prestação dos serviços e das entidades por ele beneficiadas.

Com relação aos pagamentos efetuados ao expatriado por empresa estrangeira e custeados pela empresa brasileira (mediante reembolso), entendemos que há incidência de contribuições previdenciárias e FGTS.

Com relação ao reembolso de remuneração pago pela empresa brasileira para empresa estrangeira, decorrente de serviço prestado em favor da empresa brasileira, por residente fiscal no Brasil, haveria razoáveis argumentos para sustentar que (i) não haveria incidência de IRRF, Cide, PIS/COFINS-Importação e ISS-Importação sobre a remessa feita ao exterior como reembolso de remuneração; bem como que (ii) o valor da remessa feita ao exterior como reembolso de remuneração seria dedutível da base de cálculo do IRPJ/CSLL (ressalvadas as demais regras aplicáveis).

Com relação ao pagamento de remuneração para não residente fiscal no Brasil, conclui-se que, enquanto, por um lado, o pagamento de remuneração esporádica a estrangeiro não representa fato gerador da contribuição previdenciária, por outro lado, o Fisco entende que o pagamento de remuneração habitual para estrangeiro, mesmo que não residente no Brasil, como conselheiro ou dirigente de empresa brasileira, representa fato gerador da contribuição previdenciária parte empresa e parte segurado.

Ademais, especialmente nos casos acima descritos em que haveria incidência de contribuições previdenciárias, os rendimentos também estariam sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte sob a alíquota de 25%.

De outra parte, situações que podem ser entendidas como diversas de rendimentos do trabalho e de prestação de serviços estariam sujeitas à retenção de imposto de renda na fonte sob a alíquota de 15%, como nas situações de serviços de assistência administrativa e semelhantes.

Com efeito, no entendimento do Fisco, os pagamentos ao estrangeiro, por exemplo, decorrentes de contrato de mandato podem ser classificados tanto como “serviços de assistência administrativa” quanto “serviços técnicos”, passíveis de tributação pela Cide e pelo IRRF à alíquota de 15%, totalizando o encargo de 25%, financeiramente equivalente ao encargo de IRRF de 25% aplicável sobre os casos de rendimento do trabalho, os quais não estão sujeitos à Cide.

INCLUSÃO DE ROYALTIES AO  
VALOR ADUANEIRO DE  
MERCADORIAS IMPORTADAS

# INCLUSÃO DE ROYALTIES AO VALOR ADUANEIRO DE MERCADORIAS IMPORTADAS

*Alessandra Machado Villas Boas*

## 1. Introdução

O Brasil é membro da Organização Mundial do Comércio (OMC) e adotou formalmente o Acordo de Valoração Aduaneira por meio do Decreto n.º 1.355/94 (AVA). O AVA dispõe sobre as regras aplicáveis na determinação do valor aduaneiro de mercadorias importadas.

A correta determinação do valor aduaneiro é uma matéria de extrema importância para fins tributários, na medida em que a base de cálculo dos tributos incidentes na importação – incluindo não apenas o Imposto de Importação, mas também IPI, PIS/Cofins-Importação e ICMS – está intrinsecamente relacionada ao valor aduaneiro dos produtos importados.

O objetivo do presente artigo é analisar os fatores que determinam a necessidade de inclusão de royalties pagos ao exportador, ou a empresas a ele relacionadas, ao valor aduaneiro de produtos importados. A falta de inclusão de royalties ao valor aduaneiro das mercadorias importadas tem sido objeto de recentes autuações, principalmente para empresas que efetuam pagamentos relevantes de royalties pela licença de uso de marcas a beneficiários no exterior.

A principal questão que se coloca refere-se à caracterização ou não do pagamento dos royalties como condição de venda das mercadorias importadas. Iremos analisar as decisões do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira, bem como a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais sobre o tema, para determinar quais os elementos comuns mais relevantes aos casos concretos em que ficou determinado que os

royalties não configuram condição de venda e, portanto, não devem ser incluídos ao valor aduaneiro dos produtos importados.

## **2. Métodos de valoração e necessidade de inclusão dos royalties ao valor aduaneiro**

O AVA estabelece seis métodos para a determinação do valor aduaneiro, quais sejam:

- (i) Método do Valor de Transação;
- (ii) Método do Valor de Transação de Mercadorias Idênticas;
- (iii) Método do Valor de Transação de Mercadorias Similares;
- (iv) Método do Valor Dedutivo;
- (v) Método do Valor Computado; e
- (vi) Método do Valor Obtido por Critérios Razoáveis.

Conforme o disposto no AVA, o primeiro método base para a valoração aduaneira é o método do valor da transação, definido no artigo 1.º do AVA como “o preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias, em uma venda para exportação para o país de importação, ajustado de acordo com as disposições do artigo 8.º.

O parágrafo 1(c) do referido artigo 8.º estabelece que, na determinação do valor aduaneiro de acordo com o método do valor da transação, deverão ser acrescentados ao preço efetivamente pago ou a pagar pelas mercadorias importadas os “royalties e direitos de licença relacionados com as mercadorias objeto de valoração, que o comprador deva pagar, direta ou indiretamente, como condição de venda dessas mercadorias”.

Portanto, para determinar se, de fato, os royalties devem ser incluídos no valor aduaneiro, a principal questão que deve ser levada em conta é se o

pagamento dos royalties é uma condição de venda dos produtos importados.

As notas explicativas ao referido artigo 8.º, parágrafo 1(c) contidas no anexo 1 do AVA dispõem expressamente que “na determinação do valor aduaneiro, os ônus relativos ao direito de reproduzir as mercadorias importadas no país de importação não serão acrescentados ao preço efetivamente pago ou a pagar por elas.” Ainda, também não devem ser incluídos no valor aduaneiro “os pagamentos feitos pelo comprador pelo direito de distribuir ou revender as mercadorias importadas [...], caso não sejam tais pagamentos uma condição da venda, para exportação para o país de importação das mercadorias importadas”.

## **2.1. Análise das Opiniões Consultivas do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira**

O Comitê Técnico de Valoração Aduaneira já emitiu opiniões consultivas<sup>97</sup> sobre o tema, conforme segue, que servem de referência para a interpretação do conceito de “condição de venda”:

### **Opinião Consultiva 4.1:**

Quando uma máquina, fabricada segundo um processo patenteado, for vendida para exportação para o país de importação por um preço que não compreende o direito da patente, que o importador, segundo as instruções do vendedor, deva pagar a um terceiro, titular da patente, o royalty deve ser adicionado ao preço pago ou a pagar com base no disposto no Artigo 8.1 c) do Acordo?

O Comitê Técnico de Valoração Aduaneira expressou a seguinte opinião:

---

<sup>97</sup> A Instrução Normativa n.º 318/03 divulga atos emanados do Comitê de Valoração Aduaneira (OMC), da IV Conferência Ministerial da OMC e do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira (OMA).

O royalty deve ser acrescido ao preço efetivamente pago ou a pagar, de conformidade com o disposto no Artigo 8.1 c), posto que o pagamento do royalty pelo comprador está relacionado com as mercadorias objeto de valoração e constitui uma condição de venda dessas mercadorias.

Nessa opinião consultiva, o Comitê Técnico entendeu que os royalties deveriam ser considerados uma condição de venda das mercadorias importadas, pois o importador está obrigado a pagar esses royalties relativos às próprias mercadorias importadas, ainda que o pagamento seja feito a terceiro distinto do exportador. Nesse caso, o importador não está realizando qualquer atividade de manufatura no país de importação, mas tão somente adquirindo equipamentos patenteados que já se encontram prontos para serem utilizados ou revendidos.

#### **Opinião Consultiva 4.2**

Um importador adquire de um fabricante discos fonográficos que contêm obra musical. Segundo as leis do país de importação, o importador, quando revende os discos, deve pagar um royalty de 3% do preço de venda a uma terceira parte, o autor da composição musical, detentor do direito autoral. Nenhuma parte do royalty reverte direta ou indiretamente ao fabricante, nem se lhe transfere como consequência de uma obrigação derivada do contrato de venda. O royalty deve ser acrescido ao preço efetivamente pago ou a pagar?

O Comitê Técnico de Valoração Aduaneira emitiu a seguinte opinião:

O royalty não deve ser acrescido ao preço efetivamente pago ou a pagar na determinação do valor aduaneiro; o pagamento do royalty não constitui uma condição da venda para exportação das mercadorias importadas, mas decorre de uma obrigação legal do importador de pagar ao possuidor do direito autoral, quando os discos forem vendidos no país de importação.

Já na Opinião Consultiva 4.2, o Comitê decidiu que os royalties pagos em razão da venda das mercadorias no mercado local, decorrente de obrigação legal relativa aos direitos autorais, não deveriam ser incluídos no valor aduaneiro das mercadorias importadas. O raciocínio é de que a obrigação de pagar não decorre da venda dos produtos ao importador (i.e., operação de importação), mas sim de uma obrigação legal decorrente da venda dos produtos no país do importador.

### **Opinião Consultiva 4.3**

O importador I adquire o direito de utilizar um processo patenteado para a fabricação de determinados produtos e concorda em pagar um royalty ao titular da patente H em função do número de artigos produzidos com a exploração desse processo. Em um contrato separado, I concebe e compra de um fabricante estrangeiro E uma máquina idealizada especialmente para utilizar o processo patenteado. O royalty pelo processo patenteado faz parte do preço pago ou a pagar pela máquina importada?

O Comitê Técnico de Valoração Aduaneira emitiu a seguinte opinião:

Embora o royalty em questão seja pago por um processo inseparável da máquina e cuja exploração constitui a única função desta, o royalty não faz parte do valor aduaneiro, posto que o seu pagamento não constitui uma condição de venda da máquina para sua exportação para o país de importação.

Nesse caso, o Comitê Técnico entendeu que os royalties não deveriam ser considerados uma condição de venda da máquina importada para fins de fabricação no país de importação. Ainda que a máquina importada fosse parte inseparável do processo de fabricação patenteado (pois esta máquina foi importada somente em virtude da atividade de fabricação sujeita ao pagamento de royalties), o pagamento dos royalties não era uma condição para a aquisição da máquina em si. Sendo assim, a aquisição da máquina não estava condicionada ao pagamento dos royalties e, por essa razão, o

valor dos royalties não deve ser considerado uma condição de venda da máquina, não devendo ser incluído no valor aduaneiro da máquina.

#### **Opinião Consultiva 4.5**

O fabricante estrangeiro M é proprietário de uma marca registrada protegida no país de importação. O importador I fabrica e vende seis tipos de cosméticos sob a marca registrada de M. I deve pagar a M um royalty que representa 5 % de seu volume de venda anual bruto relativo de cosméticos com a referida marca. Todos os cosméticos são fabricados segundo a fórmula de M, a base de ingredientes obtidos no país de importação, com exceção de um para o qual M vende, normalmente, os ingredientes essenciais. Que tratamento deve ser aplicado ao royalty, tendo em conta os ingredientes importados?

O Comitê Técnico de Valoração Aduaneira emitiu a seguinte opinião:

O royalty deve ser pago a M independentemente de I utilizar os ingredientes de M ou de fornecedores locais; portanto, o royalty não constitui uma condição de venda das mercadorias e, para fins de valoração, não pode ser acrescido ao preço efetivamente pago ou a pagar, de conformidade com o Artigo 8.1 c).

Nessa opinião, o comitê conclui que os royalties pagos pelo direito de uso de marca de um produto não deveriam ser considerados como condição de venda da importação dos insumos utilizados na fabricação de tais produtos, ainda que os referidos insumos sejam importados parcial e diretamente da empresa detentora da marca.

#### **Opinião Consultiva 4.11**

O fabricante M de vestimentas esportivas e o importador I são ambos vinculados à matriz C, que possui os direitos de uma marca registrada afixada nessas vestimentas. O contrato de venda entre M e I não prevê o pagamento de royalty. Entretanto, I é obrigado a pagar um royalty a C, em virtude de um acordo distinto com este

celebrado, para a obtenção do direito de uso da marca registrada afixada nas vestimentas que I adquiriu de M. O pagamento do royalty constitui uma condição de venda e está relacionado com os artigos de vestuário esportivos importados?

O Comitê Técnico de Valoração Aduaneira emitiu a seguinte opinião:

O contrato de venda entre M e I, cobrindo as mercadorias objeto da marca registrada, não contém cláusula que imponha expressamente o pagamento de um royalty. Entretanto, o pagamento em questão é uma condição de venda, uma vez que I é obrigado a pagar o royalty à matriz em razão da compra das mercadorias. I não está autorizado a utilizar a marca registrada sem o pagamento do royalty. A inexistência de contrato escrito com a matriz não anula a obrigação que I tem de efetuar o pagamento por ela exigido. Pelas razões expostas, o pagamento pelo direito de uso da marca refere-se às mercadorias objeto de valoração e a quantia correspondente deve ser acrescida ao preço efetivamente pago ou a pagar. (grifo nosso)

Tal opinião determina a inclusão dos royalties no valor aduaneiro no caso em que estes sejam pagos à matriz, e as mercadorias sejam exportadas por outra empresa do mesmo grupo. Ainda que não haja um contrato com a matriz, o pagamento dos royalties decorre da importação das mercadorias, caracterizando-se como condição de venda destas ao importador.

Considerando o disposto nas opiniões consultivas mencionadas acima, entendemos que o termo “condição de venda” deve ser interpretado caso a caso, considerando-se todas as características e condições da importação.

Em termos gerais, o conceito de “condição de venda” pode ser interpretado como uma condição para que possa ocorrer a venda das mercadorias importadas para o país de importação. Em outras palavras, sem o pagamento dos royalties, a venda das mercadorias pelo exportador estrangeiro (*i.e.*, a importação dos bens objeto de valoração) não poderia ocorrer.

Dessa forma, para se sustentar que, de fato, os royalties devem ser incluídos no valor aduaneiro como uma condição de venda, a obrigação de pagar tais royalties deve guardar relação com a operação de venda para exportação das mercadorias para o país de importação, de maneira que o comprador/importador deva pagar o royalty para adquirir tais mercadorias, tal como destaca a Opinião Consultiva 4.13 reproduzida acima.

Além disso, para serem considerados uma condição de venda, os royalties devem estar intimamente relacionados aos bens objeto de valoração, tal como se pode observar na Opinião Consultiva 4.1.

Abaixo analisaremos a jurisprudência relativa ao tema, especificamente em relação à necessidade de importadores brasileiros adicionarem montantes pagos a título de royalties ao valor aduaneiro de mercadorias importadas.

## **2.2. Análise das decisões administrativas sobre o tema**

A jurisprudência referente à inclusão dos royalties no valor aduaneiro das mercadorias importadas ainda não está consolidada e, além disso, a análise sobre a necessidade de inclusão deve ser feita considerando-se as especificidades de cada caso concreto. Com base na análise de cada caso concreto, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) irá decidir se o pagamento dos royalties caracteriza ou não condição de venda dos produtos importados e, conseqüentemente, se o valor correspondente deve ou não integrar o valor aduaneiro.

A interpretação adotada pelo Carf ao emitir decisões no sentido de que o valor correspondente aos royalties constitui condição de venda dos produtos importados considera que a expressão “condição de venda” deve ser entendida como circunstância apta a afetar a vontade do vendedor (exportador) em realizar a transação comercial. Dessa forma, caso a falta de pagamento de royalties ao licenciante implique rescisão do contrato e, por consequência, a perda da licença para uso da marca e comercialização dos produtos no Brasil, estaria configurada a necessidade de pagamento dos

royalties como condição de venda da mercadoria importada, mesmo que exportador e licenciante das marcas não sejam a mesma pessoa jurídica.<sup>98</sup>

Ressaltamos, entretanto, que há várias decisões do Carf favoráveis ao contribuinte em que o tribunal administrativo entendeu que o pagamento de royalties no caso concreto não configuraria condição de venda em relação à operação de importação das mercadorias.<sup>99</sup>

Entre os principais elementos que o Carf considerou para concluir que os royalties não deveriam integrar o valor aduaneiro dos produtos importados, por não corresponderem à condição de venda, podemos mencionar os seguintes:

- exportador das mercadorias e licenciante das marcas/direitos autorais no exterior são pessoas jurídicas distintas;
- o valor dos royalties não reverte direta ou indiretamente ao vendedor exportador;
- a apuração dos royalties é feita com base em percentual sobre as vendas do produto importado no mercado interno (e, portanto, o valor dos royalties não é vinculado à importação, mas à venda do produto no mercado interno);
- na hipótese em que os royalties são calculados sobre as vendas do produto importado no mercado interno não há vinculação temporal do pagamento de royalties à operação de importação (no momento

---

<sup>98</sup> Decisões do Carf desfavoráveis aos contribuintes: Acórdão 3401-003.196, de 19/7/16; Acórdão 3402-004.983, de 21/3/18; Acórdão 3401-004.483, de 19/4/18; Acórdão 3401-005.078, de 22/5/18; Acórdão 3201-004.170, de 28/8/18.

<sup>99</sup> Decisões do Carf favoráveis aos contribuintes: Acórdão 3102-001.601, de 28/8/12; Acórdão 3402-002.444, de 19/8/14; Acórdão 3402-002.417, de 23/8/14; Acórdão 3301-002.478, de 11/11/14; Acórdão 3201-002.050, de 23/02/16; Acórdão 3302-003.126, de 16/3/16; Acórdão 3302-003.186, de 27/4/16; Acórdão 3401-003.894, de 26/8/17; Acórdão 3402-006.335, de 27/3/19; Acórdão 3402-006.588, de 21/5/19.

da importação não é possível determinar qual será o valor de royalties devidos posteriormente, com base nas vendas realizadas no mercado interno);

- na maior parte dos casos, o contrato de licença de marcas prevê cessão ampla do direito de uso das marcas nas suas mais variadas formas (exploração, propaganda, venda, representação) e não exclusivamente em relação à importação dos produtos objeto de valoração;
- na hipótese de royalties relacionados à transferência de tecnologia e know-how para fabricação local de produtos, mediante a utilização de insumos importados, os royalties não são condição de venda relacionada à operação de importação dos insumos.

De fato, entendemos que o termo “condição de venda” deve referir-se tão somente à importação das mercadorias cujo valor aduaneiro seria objeto de ajuste, de modo que a importação dos produtos não possa ser implementada sem o pagamento dos royalties. Assim, a nosso ver, não há que se falar em adição dos royalties apenas pelo fato de que a atividade da empresa no Brasil dependa, como um todo, da contraprestação devida em razão da licença dos direitos detidos por empresa no exterior.

Seguindo essa linha de raciocínio, entendemos que um dos principais elementos a ser analisado é a base de cálculo dos royalties, de modo que seria possível sustentar que algumas circunstâncias descaracterizariam a chamada “condição de venda”.

Nesse sentido, é importante ressaltar que existem várias decisões favoráveis do Carf dispondo que, sendo os royalties calculados com base na receita de venda das mercadorias no mercado interno, não haveria que se falar em inclusão desse montante no valor aduaneiro das mercadorias importadas.

Tais decisões partem da premissa de que os royalties apenas devem ser incluídos no valor aduaneiro das mercadorias quando forem caracterizados como “condição de venda”, que por sua vez deve se referir à importação da mercadoria. No caso, tendo em vista que o royalty apenas se tornaria devido quando da venda no mercado interno das mercadorias, a conclusão é de que o pagamento dos royalties não decorre da importação das mercadorias, mas sim de outras obrigações assumidas perante o titular do direito localizado no exterior.

No caso do Acórdão n.º 3201-002.050 (fevereiro de 2016), a discussão travada entre as autoridades fiscais e o contribuinte girava em torno da inclusão, no cálculo dos royalties, tanto de produtos importados para revenda quanto de insumos importados para industrialização. Contudo, o julgador entendeu que tal discussão não seria relevante ao deslinde do caso, tendo em vista que o pagamento dos royalties só era devido quando da venda das mercadorias no mercado interno, e não quando da importação dos produtos ao Brasil. Por esse motivo, não haveria que se falar em inclusão dos royalties no valor aduaneiro das mercadorias, uma vez que não correspondiam à condição de venda desses produtos.

Igualmente, o Acórdão n.º 3302-003.186 (abril de 2016) também foi favorável ao contribuinte, no sentido de que a operação de importação de mercadorias não estava condicionada ao pagamento dos royalties, “sendo este calculado a partir das vendas realizadas pela Recorrente a título de remuneração pelos direitos sobre patentes, know-how, bem como pelo direito de uso da tecnologia das Juntas VAM.” Assim, por maioria de votos, ficou decidido que os royalties não deveriam ser incluídos no valor aduaneiro das mercadorias importadas.

O Acórdão n.º 3302-003.126 (março de 2016), também favorável ao contribuinte, definiu que os royalties não deveriam ser incluídos no valor aduaneiro das mercadorias, pois (i) tal ajuste desvirtuaria a base de cálculo da importação, tendo em vista que o pagamento dos royalties decorre de contratos “muito mais amplos que contratos de uma simples compra e

venda internacional" (i.e., contratos de franquia e distribuição) e por (ii) não haver lógica temporal em incluir o valor do royalty sobre a importação, quando este montante é definido em momento posterior (i.e., percentual da receita bruta resultante da venda das mercadorias):

Além disso, não há também vinculação temporal do pagamento de royalties às operações de importação. Os royalties e as taxas que são pagos pela Recorrente são uma espécie de remuneração em razão da cessão ampla do direito de uso das marcas Timberland e Mizuno nas suas mais variadas formas (exploração, propaganda, venda, representação, entre outras obrigações). O cálculo dos royalties, como são baseados nas vendas da mercadoria no mercado interno, ocorre temporalmente após a importação. Assim, até por uma falta de lógica jurídica em relação ao aspecto temporal, não há como incluir na base de cálculo do valor aduaneiro a quantia paga de royalties.

Não obstante, é importante observar que a mesma seção de julgamento do Carf adotou entendimento diverso no julgamento do Acórdão n.º 3401-003.196 (julho de 2016), que versava exatamente sobre as mesmas transações, do mesmo contribuinte, analisadas no precedente acima referido.

Nessa oportunidade, o relator, que havia adotado as mesmas razões do Acórdão n.º 3302-003.126, dando provimento ao recurso do contribuinte, restou vencido.

De fato, o voto vencedor foi desfavorável ao contribuinte, uma vez que, na interpretação da expressão "condição de venda", "deve-se buscar identificar se seria possível a venda sem o cumprimento do contrato referente aos royalties e direitos de licença", o que independe da existência de um ou mais instrumentos jurídicos. Assim, o fato de haver um contrato separado para a importação das mercadorias não seria suficiente para descaracterizar o fato de que os royalties representam condição de venda das mercadorias.

### 3. Conclusão

Diante das decisões acima analisadas, verifica-se que o tema ainda é bastante controverso, principalmente em razão da ausência de parâmetros legais que definam o conceito de “condição de venda”.

Entre os elementos principais que podem ser utilizados para suportar que os royalties não constituem condição de venda relativa à operação de importação das mercadorias e, portanto, não devem ser adicionados ao valor aduaneiro, podemos mencionar os seguintes: (i) o valor dos royalties não reverte, direta ou indiretamente, ao exportador vendedor; (ii) a ausência do pagamento de royalties não implica rescisão do contrato de fornecimento dos produtos; e (iii) os royalties são calculados sobre a receita da revenda dos produtos no mercado interno, e conseqüentemente, seu valor somente pode ser determinado em data posterior à realização da operação de importação.

Em virtude da complexidade do tema, e da ausência de parâmetros legais que definam o conceito de “condição de venda”, é necessário que a situação fática de cada caso concreto seja analisada minuciosamente para que se determine se o pagamento de royalties ao exportador, ou à empresa a ele relacionada, constitui condição de venda em relação à operação de importação das mercadorias. As opiniões consultivas do Comitê Técnico de Valoração Aduaneira, bem como as decisões emitidas pelo Carf, trazem elementos e parâmetros importantes para a interpretação do conceito de “condição de venda” e, conseqüentemente, para definição da necessidade ou não de inclusão dos royalties ao valor aduaneiro das mercadorias importadas.

A ERA DA TRANSPARÊNCIA  
FISCAL: NOTAS SOBRE AS  
REGRAS DE REPORTE  
OBRIGATÓRIO DE  
PLANEJAMENTOS  
TRIBUTÁRIOS

# A ERA DA TRANSPARÊNCIA FISCAL: NOTAS SOBRE AS REGRAS DE REPORTE OBRIGATÓRIO DE PLANEJAMENTOS TRIBUTÁRIOS

*Thales M. Stucky e Inácio Waquil*

## 1. Introdução

O presente artigo pretende discorrer sobre o desenvolvimento de comandos normativos tendentes a impor obrigações de reporte compulsório sobre as práticas tributárias dos contribuintes, especialmente aquelas envolvendo planejamentos tributários em âmbito internacional.

Considerando tal propósito, apresentaremos de forma breve a evolução do tema em âmbito global e as principais medidas adotadas pelo Brasil para alinhar-se às recomendações decorrentes do relatório emitido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OECD (na sigla em inglês), sobretudo em relação ao Plano de Ação 12, publicado no âmbito do Programa BEPS.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> “BEPS refers to tax planning strategies that exploit gaps and mismatches in tax rules to artificially shift profits to low or no-tax locations where there is little or no economic activity or to erode tax bases through deductible payments such as interest or royalties. Although some of the schemes used are illegal, most are not. This undermines the fairness and integrity of tax systems because businesses that operate across borders can use BEPS to gain a competitive advantage over enterprises that operate at a domestic level. Moreover, when taxpayers see multinational corporations legally avoiding income tax, it undermines voluntary compliance by all taxpayers.

BEPS is of major significance for developing countries due to their heavy reliance on corporate income tax, particularly from multinational enterprises. Engaging developing countries in the international tax agenda is important to ensure that they receive support to address their specific needs and can effectively participate in the process of standard-setting on international tax.” (Ver OCDE. *Base Erosion Profit Shifting*. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/about/#mission-impact>>. Acesso em: 29 jun. 2020).

Em meados de 2015, seguindo o cronograma estabelecido a partir da criação do BEPS, foram detalhados quinze Planos de Ações do BEPS, planos estes calcados em três principais objetivos, a saber: (i) necessidade de coerência das regras de tributação, consistente no objetivo de eliminar distorções entre países que pudessem levar à dupla não tributação; (ii) necessidade de substância das operações, consistente no objetivo de eliminar ou mitigar ao máximo estruturas tributárias artificiais criadas com o objetivo exclusivo de redução da carga tributária; e (iii) necessidade de transparência, consistente no objetivo de imputar aos contribuintes as obrigações de reportar aos fiscos sobre suas atividades negociais, estruturas e planejamentos tributários, assim como facilitar a troca de informações entre as autoridades tributárias.

Neste espaço nos dedicaremos à discussão envolvendo o objetivo da transparência, no qual o Plano de Ação 12 tem especial relevância ao tratar das recomendações relativas às regras de divulgação obrigatória (*mandatory disclosure*)<sup>101</sup>, tanto pelos contribuintes, quanto por intermediários de planejamentos tributários considerados “agressivos” ou “abusivos”.

Considerando tratar-se de um tema global, também lançamos luzes sobre uma das iniciativas implementadas pela Comunidade Europeia como resposta aos desafios refletidos no relatório do Plano 12. Nesse sentido, no Item 3 do presente artigo apresentamos as principais regras relativas à Diretiva 2018/822 (DAC 6), no que tange aos aspectos relativos às obrigações de reporte em operações na União Europeia e suas implicações nas empresas brasileiras.

A metodologia aplicada para o desenvolvimento do presente artigo envolveu a revisão sistemática e limitada de doutrina nacional e estrangeira em relação ao pilar da “transparência”, conforme acima

---

<sup>101</sup> OCDE. BEPS Action 12. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action12/>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

colocado, assim como a revisão de medidas legais e infralegais adotadas pelo Fisco brasileiro e outras jurisdições, em especial pela União Europeia, para adaptação do cenário doméstico às recomendações a respeito do tema a partir dos Planos de Ações do BEPS.

Assim, pelo presente artigo busca-se apresentar um breve apanhado histórico sobre as regras relativas às obrigações de reporte sobre planejamentos tributários que vêm sendo impostas aos contribuintes e seus consultores, de modo a refletir o atual estágio do tema e suas potenciais repercussões para as multinacionais brasileiras.

## **2. A era das Mandatory Disclosure Rules - Transparência Fiscal em sua máxima essência**

### **2.1. Como chegamos até aqui**

Cada vez mais frequente é a discussão acerca da implementação de medidas que impõem aos contribuintes a obrigação de informar às autoridades tributárias suas estratégias tributárias, tanto no plano doméstico, quanto internacional.

Tal tendência teve início no já longínquo ano de 1998, com a publicação do relatório da OCDE chamado *"Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue"*. O relatório apontava a preocupação com os chamados "planejamentos tributários agressivos", implementados por corporações multinacionais que se aproveitavam de regimes fiscais especiais, combinações de tratados para evitar a dupla tributação, estruturas em paraísos fiscais e demais alternativas para mitigar a carga tributária global de tais corporações.

Com a crise de 2008/2009, realçada foi essa inquietação. A necessidade de combate aos "planejamentos tributários agressivos" acabou se refletindo na criação do grupo de trabalho formado pela OCDE e pelo G20 para o

desenvolvimento do Projeto BEPS (*Base Erosion Profit Shifting*), lançado em meados 2013.<sup>102</sup>

Como resultado dessa iniciativa, foram apresentados um total de quinze medidas (Planos de Ação) com recomendações para se alcançar o objetivo de combater, na maior medida possível, planejamentos tributários agressivos tendentes a reposicionar de maneira artificial lucros auferidos para jurisdições de baixa ou nenhuma tributação. De igual maneira, foram endereçadas outras questões tributárias relevantes, tais como (i) a tributação das novas tecnologias; e (ii) adaptação dos tratados para evitar a dupla tributação em um mundo conectado e cada vez mais sem fronteiras.

Nesta linha de temas relacionados ao combate de estruturas tributárias artificiais, atenção especial foi dada à necessidade de maior “transparência”, refletida, especialmente, nas conclusões expostas no Plano de Ação 12 (*Require taxpayers to disclose their aggressive tax planning arrangements*).

Certamente o grande número de paraísos fiscais – legislações domésticas que autorizam o sigilo de informações, possibilidade de execução de acordos bilaterais que resultem em redução da carga tributária (*tax rulings*) e, por óbvio, crescimento das operações multijurisdicionais – criaram um ambiente propício para adoção de estruturas tributárias complexas e de difícil percepção por parte das autoridades fiscais. Tal constatação não passou despercebida no Plano de Ação 12, o qual aponta que uma das razões que o justificaram foi justamente a “ausência de informações precisas a respeito de planejamentos tributários agressivos”.<sup>103</sup>

---

<sup>102</sup> OCDE. BEPS. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

<sup>103</sup> “The lack of timely, comprehensive and relevant information on aggressive tax planning strategies is one of the main challenges faced by tax authorities worldwide.” (Ver OCDE. Mandatory Disclosure Rules, Action 12, Final Report, 2015, p. 9. Disponível

O *Action 12*, portanto, tratou de apresentar a necessidade de implementação de medidas para que as autoridades fiscais pudessem obter, de maneira mais célere possível, detalhadas informações acerca dos planejamentos tributários e de estruturas implementadas pelos contribuintes. A fim de alcançar tal objetivo, o relatório final em relação ao *Action 12* tratou de impor aos contribuintes que tomassem a frente e descortinassem às autoridades fiscais os seus planejamentos, especialmente aqueles em que houvesse mais de uma jurisdição envolvida.

Ou seja, tratou o Plano de Ação 12 de introduzir uma mudança de paradigma na relação Fisco-contribuinte: este último, em vez de fornecer informações apenas se e quando iniciada uma fiscalização, passaria a prestar informações sobre planejamentos de forma prévia a qualquer procedimento fiscalizatório, caso estivessem presentes indícios que pudessem vir a caracterizar o planejamento tributário como sendo agressivo ou abusivo.

Não obstante o relatório final do Plano 12, é de se destacar que mesmo antes de tal publicação já vinha sendo observada a implementação, por alguns países, de medidas tendentes a obrigar os contribuintes a tornarem públicas algumas das posições tributárias adotadas. Neste ponto, podemos citar as obrigações decorrentes do "*Form 8886, Reportable Transaction Disclosure Statement*", em que os contribuintes norte-americanos (e seus consultores/intermediários<sup>104</sup>) são obrigados a reportar à autoridade fiscal dos EUA determinadas operações classificadas como "*reportable transactions*"<sup>105</sup>, notadamente operações que indicam a existência de um

---

em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241442-en.pdf?expires=1593466061&id=id&accname=quest&checksum=97329F0A598C40EAABC4DF275A085808>>. Acesso em: 26 de junho de 2020).

<sup>104</sup> Importante aqui ressaltar também eventuais ressalvas decorrentes de questões envolvendo sigilo profissional legalmente assegurado.

<sup>105</sup> Disponível em: <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i8886.pdf>> Department of the Treasury - Internal Revenue Service. Acesso em: 28 jun. 2020.

planejamento tributário potencialmente classificado como agressivo, ou já assim listado pelo fisco daquele país.

Evidentemente que essa mudança de paradigma traz desafios relevantes, tanto aos contribuintes, quanto às autoridades fiscais. Seja no que tange a questões materiais de definição do que seriam situações que demandam um reporte prévio e obrigatório, seja com relação a questões de ordem formal, concentradas especialmente na necessidade de uniformização da maneira pela qual informações sobre planejamentos tributários devem ser prestadas, diversas preocupações foram externadas no relatório relativo ao Plano de Ação 12.<sup>106</sup>

Assim, certamente o Plano de Ação 12 do BEPS acabou por trazer uma dose extra de complexidade ao cumprimento de obrigações tributárias, especialmente pelo risco de penalidades que o eventual não reporte possa ocasionar. Destaca-se a esse respeito, inclusive, que as consequências desse “risco” também foram apontadas no Plano de Ação 12, na medida em que torna claro que o reporte obrigatório deve ser empregado justamente como um instrumento de desestímulo à adoção de planejamentos tributários agressivos<sup>107</sup>, de modo que o contribuinte tenha de sopesar a vantagem auferida e o risco pelo mero não reporte do planejamento.

---

<sup>106</sup> “O regime de divulgação obrigatória deve seguir alguns padrões fixados pelo relatório, que correspondem aos seus princípios e aos seus objetivos chaves. Assim, o regime deve ser claro e de fácil entendimento; balancear custos de conformidade dos contribuintes com os benefícios obtidos pelas Administrações Tributárias; apontar de maneira precisa os esquemas que devem ser informados; devem ser flexíveis e dinâmicos a ponto de permitir que a Administração Tributária se ajuste ao sistema para prevenir e responder a novos riscos; e assegurar que as informações coletadas estão e serão usadas de maneira correta e efetiva.” [Ver Paulo Antonio Machado Silva Filho, “Normas de divulgação obrigatória de planejamentos tributários agressivos – Uma análise da proposta do G20 e da OCDE através do Plano de Ação 12 do BEPS”, in *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, v. 3, n.º 1, p. 96-119, jan.-jun. 2017 (Brasília)].

<sup>107</sup> “Another objective of mandatory disclosure regime is deterrence: taxpayers may think twice about entering into a scheme if it has to be disclosed. Pressure is also placed on the tax

Evidentemente que a evolução do tema relativo à obrigatoriedade de reporte ganhou maior relevância a partir da constatação de que grandes corporações, especialmente aquelas dedicadas à tecnologia da informação, estavam arcando com cargas tributárias mínimas em relação ao total de receitas geradas em suas atividades. Igualmente, o fato de grande parte da tributação não estar ocorrendo nos países em que a renda gerada foi fator determinante no crescimento da relevância do tema. Por fim, escândalos globais como “*Panama Papers*” também estimularam a opinião pública a pressionar governos pela adoção de políticas mais rígidas em relação aos planejamentos adotados por grupos multinacionais e, mais ainda, pela transparência de informações.

Assim, esse contexto implica um cuidado cada vez maior aos contribuintes quando da implementação de planejamentos tributários, não apenas em face dos riscos normais decorrentes de fiscalizações tributárias de rotina, mas também riscos reputacionais que possam advir de uma eventual alegação sobre a falta de pagamento do devido *fair share of tax burden*.<sup>108</sup>

Importante referir que esse cenário também criou o ambiente propício para que se exigisse não apenas dos contribuintes a obrigação de reportar às autoridades tributárias determinados planejamentos e/ou estruturas, mas

---

avoidance market as promoters and users have only a limited opportunity to implement schemes before they are closed down”. (Ver OCDE. *Mandatory Disclosure Rules, Action 12*, Final Report, 2015, p. 9. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241442-en.pdf?expires=1593466061&id=id&accname=guest&checksum=97329F0A598C40FAABC4DF275A085808>>. Acesso em: 26 de junho de 2020).

<sup>108</sup> “The common goal of these initiatives is ‘compliance’, which creates the impression that everyone is paying their ‘fair share’ of the tax burden.” (Ver Patricia Brown; Victor Jaramillo; Vincent Van Der Lans; Floris Verweijmeren; Diane Ring, “Combating Aggressive Tax Planning Through Disclosure: A Comparison of U.S. and EU Rules Applicable to Tax Advisors”, *ABA Tax Times*, vol. 38, n.º. 3, Spring 2019. Disponível em: <[https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataxtimes\\_home/19jun/19jun-pp-brown-et-al-combating-aggressive-tax-planning-through-disclosure/](https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataxtimes_home/19jun/19jun-pp-brown-et-al-combating-aggressive-tax-planning-through-disclosure/)>. Acesso em: 30 jun. 2020)

também de consultores (intermediários) externos envolvidos em tais planejamentos. Conforme exposto por Brown et al.:<sup>109</sup>

[...] For many years, tax authorities could only play a version of “Whac-a-Mole”— providing guidance to stop one abusive transaction only to find that the market had already moved on to the next structure. While a reporting system certainly can support the game of Whac-a-Mole by identifying which taxpayers have engaged in previously identified transactions, a more useful reporting requirement would actually help tax authorities identify abusive transactions earlier or cause taxpayers not to engage in them at all. To that end, over the past several decades, governments have sought to enlist the very people who gave taxpayers their edge—the creative advisors and intermediaries who were one step ahead of the tax authorities.

Portanto, atualmente, há uma exigência global refletida no Plano de Ação 12 do BEPS, para que governos locais editem normas para o fim de i) desestimular a implementação de planejamentos tributários agressivos e/ou abusivos; ii) obrigar contribuintes e outros intermediários responsáveis por tais planejamentos a reportá-los às autoridades tributárias; iii) penalizar pelo não atendimento às obrigações de reporte.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Idem, p. 1.

<sup>110</sup> Neste aspecto, importante destacar as penalidades impostas no regime norte-americano de reporte obrigatório: “The U.S. disclosure regime has sharp teeth, imposing harsh penalties on both taxpayers and the material advisors who fail to make required disclosures. A taxpayer who fails to disclose his or her participation in a reportable transaction (other than a listed transaction) must pay a penalty equal to 75 percent of the decrease in tax resulting from participation in the transaction. The penalty has a floor of \$5,000 and a ceiling of \$10,000 in the case of a natural person (and between \$10,000 and \$50,000 in all other cases). If the transaction is a listed transaction, the ceiling is raised to \$100,000 in the case of a natural person (\$200,000 in all other cases). In the case of a material advisor who fails to comply, the penalty is \$50,000. If the transaction is a listed transaction, the penalty is the greater of \$200,000 or 50% of the gross income received for its advice.” (Ver Patricia Brown; Victor Jaramillo; Vincent Van Der Lans; Floris Verweijmeren; Diane Ring, “Combating Aggressive Tax Planning Through Disclosure: A Comparison of U.S. and EU Rules Applicable to Tax Advisors”,

Apresentado esse histórico sobre o contexto que resultou no crescimento da importância das regras de reporte obrigatório de planejamentos tributários, passemos a discorrer sobre tal tema de acordo com o ordenamento jurídico-tributário brasileiro.

## 2.2. As dificuldades para adoção do Plano de Ação 12 no Brasil

De início, há de se destacar que a primeira grande dificuldade de adequação das normas brasileiras às recomendações do Plano de Ação 12 refere-se à ausência de definições precisas quanto ao que são planejamentos tributários *agressivos* ou *abusivos*.

Ainda hoje é bastante controversa a aplicação de conceitos como “propósito negocial” e “substância econômica” como elementos a caracterizar determinados planejamentos ou operações como agressivos ou abusivos, tendo em vista a ausência de regras que definam tais conceitos<sup>111</sup> no ambiente jurídico brasileiro.

De igual maneira, nota-se uma amplitude relevante entre os entendimentos jurisprudenciais na esfera administrativa e judicial quanto

---

ABA *Tax Times*, vol. 38, n.º. 3, Spring 2019. Disponível em:

<[https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataxtimes\\_home/19jun/19jun-pp-brown-et-al-combating-aggressive-tax-planning-through-disclosure/](https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataxtimes_home/19jun/19jun-pp-brown-et-al-combating-aggressive-tax-planning-through-disclosure/)>. Acesso em: 30 jun. 2020).

<sup>111</sup> “[...] Inconstitucionais, porque a invocação do propósito negocial tal qual dito acima viola o dever de legalidade baseado no art. 5.º, II, e no art. 150, I, da CF/88. De acordo com esse dever, o Fisco só está autorizado a praticar atos estatais que restrinjam a liberdade individual se houver amparo em lei para sua ação. Veja-se, entretanto, que não há, no Código Tributário Nacional (CTN), um dispositivo sequer ao qual se poderia reconduzir o pseudorequisito do propósito negocial comumente mencionado. Não há, na realidade, na legislação tributária como um todo, complementar ou ordinária, qualquer enunciado normativo que autorize o Fisco a desconsiderar atos e negócios do contribuinte por causa da busca, por este, de economia fiscal.” (Ver Cassiano Menke, “Propósito negocial e o planejamento tributário”, Portal Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/propósito-negocial-e-o-planejamento-tributario-11072020>>. Acesso em: jul. 2020).

ao alcance de tais conceitos. Enquanto se verifica no âmbito administrativo a adoção de uma interpretação mais rígida quanto aos conceitos de “propósito negocial” e “substância econômica” para validar determinados planejamentos que, mesmo lícitos, tiveram como fator determinante a redução da carga tributária<sup>112</sup>, no âmbito judicial percebe-se um melhor acolhimento ao conceito de legalidade como fundamento de validade de determinados planejamentos. Ou seja, tendo o planejamento sido realizado de acordo com as formalidades legais a ele exigidas e não estando presente situação de fraude ou vício de validade, não haveria uma restrição para implementá-lo, mesmo que um dos resultados principais da operação venha a ser a redução da carga tributária.

Nesse sentido, merece destaque o seguinte julgado proferido pelo Tribunal Regional da 4.a Região:<sup>113</sup>

[...]5. Diante de operações lícitas que venham sendo utilizadas pelo contribuintes como substitutas não tributadas, ou ainda menos onerosas, ou bem o legislador edita norma casuística proibindo o emprego desse expediente específico (ou ainda impedindo a economia pretendida), ou bem o Estado se conforma com o montante pago, não sendo aceitável que o Fisco, a pretexto de

---

<sup>112</sup> “ÁGIO. REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. DEDUTIBILIDADE DA AMORTIZAÇÃO. A pessoa jurídica que, em virtude de incorporação, inclusive reversa, absorver patrimônio de sua investida, a qual tinha desdobrado o valor da participação em seu capital em valor patrimonial e em ágio fundamentado em expectativa de resultados futuros, somente poderá deduzir a despesa com a amortização desse ágio se observadas certas condições, tais como, existência de substância econômica e propósito negocial nas operações de reorganização societária, independência entre si e possibilidade de livre negociação quanto a todas as pessoas jurídicas envolvidas na operação, ônus efetivo na aquisição do ágio para a pessoa jurídica que o registrar em sua contabilidade e cujo patrimônio for absorvido e reunião numa só pessoa jurídica do patrimônio que tiver sofrido o encargo do ágio e o patrimônio que presumivelmente gerará os lucros que justificaram o seu pagamento.” (Carf. Acórdão n.º 1401-004.267, 1.a Seção de Julgamento do Carf, 4.a Câmara, 1.a Turma Ordinária, Rel. Cons. Leticia Domingues Costa Braga, DJ 10/3/2020).

<sup>113</sup> TRF 4ª Região, 2ª Turma. Apelação/Remessa Necessária n.º 5009900-93.2017.4.04.7107/RS, Rel. Des. Rômulo Pizzolatti, DJ 19/12/2019.

reparar o que parece uma injustiça fiscal aos seus olhos, desconsidere tal "planejamento", porque é do Poder Legislativo, e não da administração pública (por mais elevados que sejam os seus propósitos), a competência para regular e interferir no exercício das liberdades econômicas e no patrimônio dos indivíduos.

6. Assim, a reorganização patrimonial realizada pelo contribuinte, quando levada a efeito por meio de negócios jurídicos e operações verdadeiros, ainda que tenha por resultado a economia de tributos, não autoriza o Fisco a desconsiderá-los, pois não existe - e nem poderia existir, porque ofenderia o artigo 170 da Constituição Federal - uma norma geral que obrigue o administrado a, frente a possibilidade de submeter-se a dois regimes fiscais, optar pelo mais gravoso.[...]

Relevante também é a manifestação da Ministra Cármen Lúcia ao votar autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2446/DF, em que a Confederação Nacional do Comércio - CNC, questiona a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 104/2001. Ao inserir o parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional - CTN, a Lei Complementar reconhece que os contribuintes estariam autorizados a buscar maneiras menos onerosas, sob o ponto de vista fiscal, para a estruturação de seus negócios, sem que isso necessariamente pudesse ser caracterizado como um planejamento abusivo ou agressivo, caso implementado de acordo com a legislação vigente:

[...] Não se comprova também, como pretende a autora, retirar incentivo ou estabelecer proibição ao planejamento tributário das pessoas físicas ou jurídicas. A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando as suas atividades de forma menos onerosa e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.

A partir desses dois recentes posicionamentos jurisprudenciais, é possível identificar uma certa divergência em relação a uma parcela significativa da

doutrina acerca do planejamento tributário desenvolvida nos últimos anos. Apoiada especialmente nos ensinamentos de Marco Aurélio Greco<sup>114</sup> e fortemente acolhida pelas autoridades fiscais, parte da doutrina posiciona-se no sentido de que um planejamento tributário, para ser válido, precisaria estar indubitavelmente apoiado em claros e evidentes propósitos negociais e alinhados de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte (além, é claro, de não estar diante de qualquer fraude à lei ou a ato ilícito). Consequentemente, seria considerado indevido aquele planejamento tributário calcado em razões tributárias como elemento de relevância.

Assim, nos parece que os posicionamentos judiciais acima apontam para uma tendência de maior amplitude à liberdade de reorganização das atividades dos contribuintes, mesmo que essa reorganização implique a redução da carga tributária. Em outras palavras, nos parece que tem sido acolhido pelo Judiciário o entendimento de que é legítima, desde que ausente de fraude à lei ou simulação, a busca pelos contribuintes de adaptação/reorganização de seus modelos empresariais para o fim de redução da carga tributária, inclusive sob o ponto de vista de atenção ao propósito negocial.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> “Ou seja, mesmo que os atos praticados pelo contribuinte sejam lícitos, não padeçam de nenhuma patologia; mesmo que estejam absolutamente corretos em todos seus aspectos (licitude, validade), nem **assim o contribuinte pode agir da maneira que bem entender, pois sua ação deverá ser vista também da perspectiva da capacidade contributiva.**” (grifo nosso). (Ver Marco Aurélio Greco, *Planejamento Tributário*, 4. ed., São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 325).

<sup>115</sup> “O volume de tributos economizado, a ausência de propósitos extratributários, ou qualquer outra circunstância que, a despeito de causar espécie à administração tributária, não seja proibida e, portanto, não reflita um ato ilícito, não pode ser considerada como causa justificadora do lançamento suplementar, impondo-se o respeito à liberdade que tem o contribuinte, no exercício da autonomia privada garantida no artigo 170 da Constituição Federal, de ‘reestruturar a exploração do seu capital da forma mais eficiente, inclusive sob a perspectiva fiscal’ (evento 1 - out/7, p. 199). Diante de operações **lícitas** que venham sendo utilizadas pelos contribuintes ‘como substitutas não tributadas, ou ainda menos onerosas’, ou bem o legislador edita norma casuística proibindo o emprego desse expediente específico (ou

Com efeito, não há, no Brasil, um consenso sobre o que se qualifica como planejamento tributário “agressivo” ou “abusivo” e o papel do “propósito negocial” nesse contexto, até mesmo pela ausência até hoje de regulamentação do disposto no art. 116, parágrafo único do CTN<sup>116</sup>. Portanto, a tarefa de adesão às recomendações do Plano de Ação 12 para o estabelecimento de normas que obriguem os contribuintes a informar determinados planejamentos tributários é bastante desafiadora.

Justamente em função desse cenário de incerteza é que a primeira tentativa de adoção das recomendações do Plano de Ação 12, qual seja, a Medida Provisória (MP) n.º 685/2015<sup>117</sup> foi alvo de muitas críticas. A

---

ainda impedindo a economia pretendida), ou bem o Estado se conforma com o montante pago, não sendo aceitável que o Fisco, a pretexto de reparar o que parece uma injustiça fiscal aos seus olhos, desconsidere tal ‘planejamento’, porque é do Poder Legislativo, e não da administração pública (por mais elevados que sejam os seus propósitos), a competência para **regular e interferir** no exercício das liberdades econômicas e no patrimônio dos indivíduos.” (Trecho do voto do Des. Federal Rômulo Pizolatti - TRF 4ª Região, 2ª Turma. Apelação/Remessa Necessária n.º 5009900-93.2017.4.04.7107/RS, DJ 19/12/2019).

<sup>116</sup> “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

<sup>117</sup> Conforme apresentado na exposição de motivos da referida Medida Provisória:

“[...] 4. A segunda medida proposta estabelece a necessidade de revelação de estratégias de planejamento tributário, que visa aumentar a segurança jurídica no ambiente de negócios do país e gerar economia de recursos públicos em litígios desnecessários e demorados. A ausência de informações completas e relevantes a respeito das estratégias de planejamentos tributários nocivos é um dos principais desafios enfrentados pelas administrações tributárias no mundo. O acesso tempestivo a tais informações oferece a oportunidade de responder rapidamente aos riscos de perda de arrecadação tributária por meio de fiscalização ou de mudança na legislação.

5. Nesta linha, o Plano de Ação sobre Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros (Plano de Ação BEPS, OCDE, 2013), projeto desenvolvido no âmbito da OCDE/G20 e que conta com a participação do Brasil, reconheceu, com base na experiência de diversos países (EUA,

amplitude e imprecisão de conceitos trazidos pela MP que buscava obrigar contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, ao reporte ao Fisco de todos os “atos ou negócios jurídicos” que acarretassem “supressão, redução ou diferimento de tributo”, quando tais atos ou negócios jurídicos não tivessem outras “razões extratributárias relevantes” e a “forma adotada não for a usual”<sup>118</sup> despertou numerosos questionamentos.

As disposições então colocadas na MP 685, a qual não foi objeto de convalidação, trouxeram conceitos bastante amplos e vagos para definição das operações cuja declaração ao Fisco deveria ser feita. Com efeito, dentro da vagueza dos termos adotados pelo artigo 7.º da referida medida provisória, nota-se que uma simples decisão entre comprar um veículo como pessoa física ou jurídica poderia vir a ser um potencial objeto de

---

Reino Unido, Portugal, África do Sul, Canadá e Irlanda), os benefícios das regras de revelação obrigatória a administrações tributárias. Assim, no âmbito do BEPS, há recomendações relacionadas com a elaboração de tais regras quanto a operações, arranjos ou estruturas agressivos ou abusivos.

**6.** O principal objetivo dessa medida é instruir a administração tributária com informação tempestiva a respeito de planejamento tributário, além de conferir segurança jurídica à empresa que revela a operação, inclusive com cobrança apenas do tributo devido e de juros de mora caso a operação não seja reconhecida, para fins tributários, pela RFB. Ademais, destaca-se que a medida estimula postura mais cautelosa por parte dos jurisdicionados antes de fazer uso de planejamentos tributários agressivos.”

<sup>118</sup> “Art. 7.º O conjunto de operações realizadas no ano-calendário anterior que envolva atos ou negócios jurídicos que acarretem supressão, redução ou diferimento de tributo deverá ser declarado pelo sujeito passivo à Secretaria da Receita Federal do Brasil, até 30 de setembro de cada ano, quando:

- I - os atos ou negócios jurídicos praticados não possuírem razões extratributárias relevantes;
- II - a forma adotada não for usual, utilizar-se de negócio jurídico indireto ou contiver cláusula que desnature, ainda que parcialmente, os efeitos de um contrato típico; ou
- III - tratar de atos ou negócios jurídicos específicos previstos em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará uma declaração para cada conjunto de operações executadas de forma interligada, nos termos da regulamentação.”

declaração ao Fisco, tendo em vista as diferenças tributárias em cada uma das alternativas.

De mais a mais, não obstante a imprecisão dos conceitos então trazidos pela MP 685, é de se destacar a grave penalidade veiculada por tal medida, consistente na imposição de multa qualificada sobre os tributos "economizados" a partir do planejamento implementado, tendo em vista considerar a omissão na entrega da declaração um ato com intuito de sonegação ou fraude<sup>119</sup>. Percebe-se aqui a intenção da autoridade fiscal de fazer valer um dos objetivos do Plano de Ação 12 que é, como já destacado, desestimular os contribuintes de implementação de determinados planejamentos tributários.

Por outro lado, diferentemente das recomendações do Plano de Ação 12, a MP 685 impunha obrigações apenas aos contribuintes, mas deixava de fora a obrigação de reporte por parte de intermediários que pudessem ter auxiliado na estruturação e na execução dos planejamentos fiscais visados pela referida norma. Esse aspecto, vale dizer, é de suma importância, pois aparentemente o legislador limitou o alcance da MP, ao deixar de fora a obrigação de reporte por parte dos intermediários, para preservar determinadas garantias legais, tal como o direito ao sigilo presente na relação entre advogados e clientes.

Por fim, ainda em relação à MP 685, destaca-se que não havia em seu contexto qualquer distinção entre os planejamentos tributários que envolvessem algum elemento de conexão internacional, este sim o principal foco dos Planos de Ação BEPS, o que reforça ainda mais a característica acerca da amplitude da referida norma.

---

<sup>119</sup> "Art. 12. O descumprimento do disposto no art. 7.º ou a ocorrência de alguma das situações previstas no art. 11 caracteriza omissão dolosa do sujeito passivo com intuito de sonegação ou fraude e os tributos devidos serão cobrados acrescidos de juros de mora e da multa prevista no § 1.º do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996".

Dessa forma, verifica-se que a tentativa veiculada na MP 685 de adoção das recomendações contidas no Plano de Ação 12 refletiu algumas das barreiras para adoção por inteiro de tais recomendações no Brasil, quais sejam: a ausência de uma uniformidade de conceitos, seja em âmbito doutrinário e, especialmente, jurisprudencial, dos elementos que pudessem indicar a existência de “planejamentos tributários agressivos ou abusivos”<sup>120</sup> e a imposição de regra que atenda a princípios constitucionais básicos como a livre iniciativa, livre concorrência e privacidade, veiculados na Carta.

Neste ponto, talvez um padrão a ser considerado pelo Brasil pudesse ser inspirado no modelo europeu o qual, conforme destacado no item seguinte deste artigo não trata de indicar quais planejamentos seriam considerados *abusivos* ou *agressivos*, mas sim indícios de situações que, uma vez examinadas pelas autoridades fiscais, possam dar início às atividades de fiscalização para identificação de manobras tributárias indevidas.

As dificuldades acima listadas para adoção do Plano de Ação 12 no Brasil nos seus exatos termos refletiram-se na frustrada tentativa de implementação por meio da MP 685 e na conseqüente ausência de norma específica sobre reporte obrigatório de planejamentos tributários. Não obstante, é de se destacar que já existe um manancial de regramentos implementados que, por vias diretas e indiretas, fornece às autoridades tributárias brasileiras um considerável volume de informações aptas à identificação de eventuais planejamentos tributários que possam ser considerados agressivos ou abusivos.

---

<sup>120</sup> Importante notar que não estamos aqui a tratar de situações com evidente intuito de fraude e simulação, ou seja, planejamentos tributários realizados ao arripio da lei, estes sim amplamente repelidos pela jurisprudência administrativa e judicial, conforme se verifica abaixo:

### **2.3. O estágio atual acerca das obrigações de reporte fiscal no Brasil**

Mesmo sem a existência formal de uma regra de reporte obrigatório sobre situações que possam vir a ser caracterizadas como “planejamentos tributários agressivos ou abusivos”, é fato que as autoridades fiscais brasileiras já implementaram medidas que, por vias transversas, obrigam contribuintes ao fornecimento de importantes informações sobre suas atividades, inclusive aquelas que decorram de planejamentos tributários entendidos pela fiscalização como agressivos.

Embora não se trate de comando normativo, destaca-se a publicação anual do “Plano Anual de Fiscalização” da Receita Federal do Brasil<sup>121</sup> com apresentação dos resultados da fiscalização tributária do ano anterior e, mais importante, a indicação dos alvos prioritários de fiscalização.

A relevância de tal documento em relação ao objetivo da transparência se dá em função da indicação de operações e planejamentos considerados críticos por parte da fiscalização. Ou seja, na ausência de um conceito específico sobre o que seriam planejamentos tributários agressivos ou abusivos, assim como a ausência de conceito fechado sobre o que seria propósito negocial, o Plano Anual de Fiscalização traz um pouco de objetividade ao tema ao listar uma série de operações entendidas como prioritárias, sendo possível depreender que tais situações são consideradas como potenciais planejamentos tributários considerados pelo Fisco como agressivos ou abusivos.

A experiência dos últimos anos confirma tal hipótese. Identifica-se que grande parte das autuações emitidas em relação àquelas operações listadas

---

<sup>121</sup> Receita Federal do Brasil. Plano anual de fiscalização. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-de-fiscalizacao-resultados-de-2019-e-plano-para-2020.pdf>>. Acesso em: 12 de julho de 2020.

no plano anual são lavradas com aplicação de multa qualificada e recomendação de responsabilidade penal tributária dos administradores. Ou seja, pressupõe a fiscalização que os planejamentos tributários conforme operações descritas no plano anual são potencialmente enquadráveis no conceito de planejamentos tributários agressivos.

Tal é o caso, por exemplo, das diversas autuações lavradas pela fiscalização na última década em relação às reorganizações tributárias realizadas com o aproveitamento de ágio, posteriormente considerado para fins de amortização do IRPJ e CSLL devidos pelos contribuintes. Tal item consta de forma reiterada no Plano Anual de Fiscalização e, notoriamente, as autuações lavradas vêm acompanhadas de multas qualificadas. Portanto, ao menos para a fiscalização, os planejamentos tributários envolvendo a amortização do ágio decorrente de reorganizações societárias são considerados abusivos e, nos termos das recomendações do Plano de Ação 12, deveriam ser considerados como de reporte obrigatório, caso estivesse presente tal regra no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, embora ausente norma de reporte obrigatório de planejamentos tributários, o Plano Anual de Fiscalização trata de situações consideradas como abusivas ou agressivas pela fiscalização. Igualmente, a presença no plano de ação desestimula a implementação de determinadas atividades por parte dos contribuintes, justamente um dos objetivos constantes do relatório do Plano de Ação 12.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> "13. Another objective of mandatory disclosure rules is deterrence. A reduction in the promotion and use of tax avoidance can be achieved by altering the economics of tax avoidance. Taxpayers may think twice about entering into a scheme if it has to be disclosed and they know that the tax authorities may take a different position on the tax consequences of that scheme or arrangement.

14. Mandatory disclosure rules also place pressure on the tax avoidance market as promoters and users only have a limited opportunity to implement schemes before they are closed down. In order to enhance the effect of a disclosure regime it is therefore important that countries' tax administration and legislative systems can react rapidly to close down opportunities for tax avoidance.

Já no que tange a regras específicas de fornecimento de informações, a instituição do Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, a partir do Decreto n.º 6.022/2007, é uma ferramenta essencial. Há mais de dez anos, boa parte dos contribuintes brasileiros fornece quase que em tempo real, informações detalhadas sobre suas demonstrações econômico-financeiras e contábeis de forma digital. O Sped confere ao Fisco um nível de informação que permite identificar variações no volume de tributos recolhidos, alterações de padrão de operações, tendências dos mercados de atuação dos contribuintes e, ainda, a possibilidade de facilmente selecionar<sup>123</sup> para acompanhamento diferenciado aqueles contribuintes de maior relevância para arrecadação tributária.

Muito mais do que requerer aos contribuintes que reportem a implementação de planejamentos tributários, os dados que abastecem o Sped permitem a identificação de situações com nível de detalhamento a ponto de esmiuçar pequenos desvios de padrões tributários dos contribuintes, sejam decorrentes de planejamentos estruturados (agressivos/abusivos ou não), sejam decorrentes de meros erros em rotinas tributárias.

---

15. Whilst countries have reported some different experiences with respect to the deterrence effect, the objectives of existing different mandatory disclosure rules can be summarised as follows:

- to obtain early information about potentially aggressive or abusive tax avoidance schemes in order to inform risk assessment;
- to identify schemes, and the users and promoters of schemes in a timely manner;
- to act as a deterrent, to reduce the promotion and use of avoidance schemes.”

(Ver OCDE. *Mandatory Disclosure Rules, Action 12*, Final Report, 2015, p. 18. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241442-en.pdf?expires=1593466061&id=id&accname=quest&checksum=97329F0A598C40EAABC4DF275A085808>>. Acesso em: 25 de junho 2020).

<sup>123</sup> “A facilidade de acesso à escrituração, ainda que não disponível em tempo real, amplia as possibilidades de seleção de contribuintes e, quando da realização de auditorias, gera expressiva redução no tempo de sua execução.” (Ver em Receita Federal do Brasil. Sped. Disponível em: <<http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/970>>. Acesso em: 1º de julho 2020).

Além disso, exigências de informações específicas sobre operações sensíveis também são gradualmente incluídas no Sped. Por exemplo, o arquivo anual da Escrituração Contábil Fiscal contém campos de preenchimento obrigatório como o detalhamento de operações com o exterior com pessoas vinculadas ou com países de tributação favorecida, informações sobre royalties recebidos ou pagos pelo contribuinte e a mandatória identificação de sócios, titulares, dirigentes e conselheiros. Na medida em que identifica atividades ou transações consideradas agressivas/abusivas, a Receita Federal do Brasil adiciona ao Sped campos de preenchimento obrigatório a todos os contribuintes, a fim de capturar, comparar e analisar tais práticas.

Os próprios objetivos gerais do Sped são bastante alinhados com aqueles destacados na publicação do relatório relativo ao Plano de Ação 12, pois indicam que o Sped pretende “tornar mais célere a identificação de ilícitos tributários, com a melhoria do controle dos processos, a rapidez no acesso às informações e a fiscalização mais efetiva das operações de cruzamento de dados e auditoria eletrônica”.<sup>124</sup>

O rol de obrigações<sup>125</sup> constantes do Sped e submetidas de forma eletrônica permite à fiscalização, seja por acesso direto às informações disponibilizadas no ambiente Sped, seja pelo compartilhamento de informações entre as diferentes autoridades tributárias, um amplo conhecimento das estruturas tributárias adotadas pelos contribuintes, sem a necessidade de se instituir uma obrigação específica para o reporte de planejamentos tributários agressivos ou abusivos.

Tal argumento apresentado no parágrafo anterior, inclusive, é confirmado pelos próprios relatórios anuais de fiscalização aqui mencionados, os quais

---

<sup>124</sup> Receita Federal do Brasil. Sped. Disponível em: < <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/967>>. Acesso em: 5 jul. 2020.

<sup>125</sup> CTE-e; ECD; ECF; EFD-ICMS/PI; EFD-Contribuições; EFD-Reinf; e-Financeira, eSocial; NF-e; NFS-e; MDF-e; e NFC-e.

identificam um crescimento cada vez maior na qualidade e no volume de crédito tributário arrecadado a partir de fiscalizações à medida em que o Sped tornou-se cada vez mais abrangente.<sup>126</sup>

Assim, vislumbramos que as obrigações decorrentes do Sped já implicam, na prática, a existência de mecanismo que fornece ao Fisco detalhadas informações muito próximas daquelas que eventualmente serão fornecidas quando da implementação de norma específica para reporte de planejamentos tributários agressivos.

Não obstante, não há como não mencionar outras medidas já implementadas pelo Fisco brasileiro em alinhamento com as recomendações dos Planos de Ação do BEPS, de forma a trazer ainda mais transparência na relação Fisco-contribuinte, como a IN/RFB 1.681/2016, que tratou da identificação das contas financeiras em conformidade com o Padrão de Declaração Comum (*Common Reporting Standards - CRS*) e a Declaração País-a-País - DPP, criada pela Instrução Normativa da Receita Federal n.º 1.681/16, obrigação criada em linha com as recomendações expostas no Plano de Ação 13 do BEPS.

Especificamente em relação à DPP, esta declaração é preenchida anualmente por grupos multinacionais para “fornecer à administração tributária da jurisdição de residência para fins tributários de seu controlador final diversas informações e indicadores relacionados à

---

<sup>126</sup> A esse respeito, verifica-se que o volume de créditos tributários constituídos a partir de autuações lavradas pela Receita Federal do Brasil para o período entre 2015-2018 foi 15,84% maior do que o volume apurado entre 2011-2014, representando um acréscimo superior a R\$ 85 bilhões, mesmo abrangendo período de grave recessão econômica. (Receita Federal do Brasil. *Plano Anual de Fiscalização 2019*. Disponível em: <[http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/2019\\_05\\_06-plano-anual-de-fiscalizacao-2019.pdf](http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/2019_05_06-plano-anual-de-fiscalizacao-2019.pdf)>. Acesso em: 8 jul. 2020).

localização de suas atividades, à alocação global de renda e aos impostos pagos e devidos.”<sup>127</sup>

De forma resumida, dentre as informações contidas na DPP devem constar as receitas auferidas pelo contribuinte declarante, informações relativas às partes relacionadas e jurisdições em que localizadas tais partes relacionadas, descrição de ativos tangíveis e financeiros, valores de impostos pagos e devidos, prejuízos acumulados, laços societários com entidades localizadas fora do Brasil e outras informações econômico, contábeis e financeiras das empresas e entidades que integrem o grupo multinacional.

Ou seja, a partir do volume e detalhamento das informações disponibilizadas via DPP e, mais ainda, considerando a sua periodicidade anual, nota-se que o Fisco tem plenas condições de fazer o devido acompanhamento da posição tributária de tais grupos multinacionais. Desse modo, alterações significativas no volume de tributos recolhidos ao longo dos anos, incremento de operações *intercompany*, utilização de entidades localizadas em jurisdições que mantêm tratados para evitar a dupla tributação com o Brasil, podem ser indícios da estruturação de planejamentos tributários que, porventura, podem ser considerados como agressivos ou abusivos, não obstante a ausência de uma definição objetiva sobre tais conceitos, conforme já exposto.

Assim, independentemente da ausência de norma específica que obrigue os contribuintes e intermediários a reportar determinados planejamentos tributários às autoridades tributárias, conforme sugerido no Plano de Ação 12, nos parece que o atual arcabouço jurídico-tributário em vigor no Brasil já confere meios suficientes e extremamente detalhados ao Fisco para identificar planejamentos indevidos.

---

<sup>127</sup> Receita Federal do Brasil. Sped. Disponível em: <<http://sped.rfb.gov.br/estatico/D5/313BDE0FCDA063847CAC7DC1B5B40497258314/Perguntas%20e%20Respostas%20-%20DPP%2027072017.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

Portanto, é extremamente questionável a necessidade de veiculação de normas específicas para alcançar os objetivos descritos no Plano de Ação 12. No entanto, em decorrência da crescente exigência da OCDE pela harmônica adoção do BEPS e da pressão da opinião pública para que grandes corporações paguem seu devido *fair share of tax*, é cada vez mais provável a adoção de tais normas de transparência.

Em consequência disso, o exercício de antevisão de como a norma deverá ser implementada no Brasil pode ser realizado por meio da verificação de como outras jurisdições buscaram atender o Plano de Ação 12.

### **3. O modelo europeu - As implicações da DAC 6**

Importante se faz tecer alguns comentários sobre as regras de reporte obrigatório de planejamentos tributários em outras jurisdições, especialmente, em face da possibilidade de as autoridades brasileiras virem a replicar tais modelos internacionais. Para tanto, passamos a discorrer brevemente sobre o modelo adotado pela União Europeia (UE).

Como não podia deixar de ser, nos últimos anos, o combate a esquemas tributários considerados agressivos tem sido pauta constante na agenda das principais instituições da UE. Prova disso é que, já em 2012, a Comissão Europeia alertava o Parlamento Europeu e o Conselho acerca da necessidade da priorização da adoção de passos concretos para rechaçar e desestimular planejamentos tributários agressivos.<sup>128</sup>

Naturalmente, a discussão despertou acaloradas controvérsias sobre a implementação de medidas capazes de proteger as receitas fiscais dos Estados-Membros sem ferir dispositivos de hierarquia superior, como a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços

---

<sup>128</sup> COMMISSION RECOMMENDATION of 6.12.2012 on aggressive tax planning. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax\\_fraud\\_evasion/c\\_2012\\_8806\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf)>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

consagradas nos artigos 49 a 62 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>129</sup>. Como se não bastasse, medidas inibitórias específicas esbarrariam nos diferentes conceitos providos pelas legislações tributárias nacionais, dificultando o alcance de uma regra comum e efetiva.

Diante desses desafios, a transparência fiscal e a troca automática de informações entre os Estados-Membros foram eleitas ferramentas ideais para municiar autoridades tributárias com dados, sem deixar de observar as garantias dos contribuintes e as competências tributárias dos Estados-Membros. O papel protagonista assumido pela transparência fiscal na legislação europeia passou a ficar em evidência na medida em que a UE implementou iniciativas como o *Common Reporting Standard* e a já citada DPP. Tais medidas, no entanto, não se mostraram plenamente suficientes para coibir planejamentos tributários agressivos, cada vez mais sofisticados e arrojados.<sup>130</sup>

Em consequência disso e baseado em estudo desenvolvido pela OCDE que apontava o envolvimento de profissionais da área tributária (de escritórios de contabilidade e de advocacia, de instituições financeiras ou mesmo de departamento tributário de contribuintes corporativos) em planejamentos tributários agressivos<sup>131</sup>, o Parlamento Europeu solicitou que o Conselho implementasse medidas mais incisivas em face dos chamados intermediários. Tal solicitação acarretou a emenda da Diretiva 2011/16/EU por meio da Diretiva 2018/822 (comumente chamada “DAC 6”).

---

<sup>129</sup> A título exemplificativo, veja-se documento assinado pela Associação Belga de Advogados Tributaristas – BATL –, expedido em 22 de novembro de 2019. (Ver BATL. Issues Related to the European Directive 2018/822 (DAC6) and its Transposition into International Law. Disponível em: < <https://www.batl-taxlaw.be/wp-content/uploads/2019/12/20191122-BATL-DAC-6-position.pdf> >. Acesso em: 13 de agosto de 2020).

<sup>130</sup> DAC6 (1)

<sup>131</sup> OCDE. Study into the role of tax intermediaries, 2008. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

Em linhas gerais, a DAC 6 impõe o reporte obrigatório de transações internacionais que afetem pelo menos um Estado-Membro da UE e que se enquadrem em pelo menos uma das várias *Hallmarks*, características-chave identificadas como potencialmente indicativas de um planejamento tributário agressivo. Apesar de geralmente serem atribuídas aos intermediários, em algumas circunstâncias as obrigações de reporte recaem sobre o próprio contribuinte, como no caso de um esquema desenvolvido internamente ou devido a questões de sigilo profissional. Finalmente, as informações comunicadas são depositadas em um diretório central, que é acessível pelas autoridades competentes de todos os Estados-Membros.

Ocorre que, na contramão de regulamentos, que são atos legislativos de aplicação geral e vinculantes em sua totalidade aos Estados-Membros, as diretivas como a DAC 6 apenas prescrevem um resultado a ser alcançado, mas conferem discricionariedade ao Estado-Membro sobre a forma e o método de implementação. Nesse sentido, o escopo da DAC 6 é extremamente amplo e os detalhes são deixados para a legislação e a orientação locais.

Dentre as principais características da DAC 6, é importante destacar que o ato estabelece que não vai além do necessário para desencorajar o uso de transações internacionais agressivas. Portanto, a diretiva não ofende o básico Princípio da Proporcionalidade positivado no artigo 5.º do Tratado da União Europeia<sup>132</sup>, definindo fronteiras que a legislação nacional deve atentar para atingir os objetivos expostos (i.e., quais são os limites do reporte obrigatório). Em vista dessa clara demarcação, a transposição da diretiva à legislação local dos principais Estados-Membros afetados, como Alemanha, Luxemburgo, França e Irlanda, segue de perto a redação do DAC 6. Variações específicas ficam por conta das orientações das autoridades tributárias, que apresentam as peculiaridades para adaptação das regras gerais aos conceitos locais.

---

<sup>132</sup> DAC 6 (19)

Nesse contexto, a DAC 6 fornece conceitos-chave para assegurar comunicações homogêneas e efetivas, de modo a conferir segurança jurídica para contribuintes e intermediários sem prejudicar a obtenção das informações desejadas (i.e., reportes detalhados sobre potenciais transações tributárias agressivas). Em especial, a DAC 6 delimita (i) o que é uma transação internacional para fins de reporte; (ii) as hipóteses em que transações internacionais são reportáveis e, ainda; (iii) quem se qualifica como intermediário ou contribuinte relevante para fins de reporte das transações internacionais agressivas.

Transações internacionais são descritas pela DAC 6 como uma transação – ou uma série de transações – que diga respeito a uma pluralidade de Estados-Membros ou a um Estado-Membro e um terceiro, contanto que pelo menos uma das seguintes hipóteses seja verificada: (a) nem todos os participantes da transação sejam residentes para fins fiscais na mesma jurisdição; (b) um ou mais dos participantes da transação seja simultaneamente residente para fins fiscais em mais de uma jurisdição; (c) um ou mais dos participantes da transação desenvolva um negócio em outra jurisdição por intermédio de um estabelecimento permanente situado nessa jurisdição e a transação compõe uma parte ou a totalidade dos negócios desse estabelecimento permanente; (d) um ou mais dos participantes da transação exerça uma atividade em outra jurisdição sem ser residente para fins fiscais ou criar um estabelecimento permanente situado nessa jurisdição; ou (e) tal transação tenha um possível impacto na troca automática de informações ou na identificação do beneficiário efetivo.

Com relação aos indicativos (*Hallmarks*), a UE identificou que, ao longo dos anos, o planejamento tributário agressivo evoluiu, sendo constantemente ajustado como reação às medidas defensivas das autoridades fiscais. Levando isso em consideração<sup>133</sup>, a UE pesquisou meios para aumentar a

---

<sup>133</sup> DAC 6 (9)

eficácia da legislação e capturar planejamentos tributários potencialmente agressivos. Para tanto, optou-se pela compilação de uma lista de características e elementos de transações que apresentem forte indicação de evasão ou abuso fiscal em detrimento da pura e simples definição de um conceito de planejamento tributário agressivo.

Nem todos os indicativos, todavia, acionam automaticamente a necessidade de reporte: alguns indicativos somente serão considerados caso satisfaçam o “Teste do Benefício Principal”. Tal teste será cumprido se for possível estabelecer que o benefício principal – ou um dos principais benefícios – que, tendo em conta todos os fatos e circunstâncias relevantes, uma pessoa pode razoavelmente esperar decorrer de uma transação é a obtenção de um benefício fiscal.

Os indicativos, elencados no Anexo IV da DAC 6, são segregados em cinco diferentes categorias. Na primeira categoria, A, estão listados indicativos gerais sujeitos ao “Teste do Benefício Principal”, incluindo operações em que o intermediário recebe remuneração atrelada ao montante de vantagem tributária resultante da transação (honorários de sucesso ou *success fees*).

O rol da categoria B compreende indicativos específicos sujeitos ao “Teste do Benefício Principal”, como operações que resultam na conversão de receita operacional em ganho de capital ou em outras categorias de rendimentos tributados com uma alíquota inferior ou mesmo isentos.

Em seguida, a categoria C abarca indicativos específicos relacionados a transações internacionais, como a dedução de depreciação de um ativo em uma pluralidade de jurisdições ou transferências de ativos contendo uma diferença material no montante tratado como pagável relativamente a esses ativos nas jurisdições envolvidas.

Finalmente, as derradeiras categorias consideram situações especiais relacionadas a indicativos específicos que possam prejudicar a troca

automática de informações ou a identificação do beneficiário efetivo (D), e indicativos específicos relativos a regras de Preço de Transferência (E).

A última importante delimitação traçada pela DAC 6 diz respeito às pessoas qualificadas como intermediário. De acordo com o diploma, enquadra-se como intermediário qualquer pessoa que idealiza, comercializa, organiza ou disponibiliza para implementação, ou gerencia a implementação de uma transação internacional passível de reporte.

Além disso, também qualifica-se como intermediário qualquer pessoa que, tendo em conta os fatos e circunstâncias relevantes e com base na informação disponível e na experiência e entendimento necessários para prestar tais serviços, sabe ou poderia razoavelmente esperar-se que soubesse que se comprometeu a prestar, diretamente ou por meio de outras pessoas, ajuda, assistência ou aconselhamento no que se refere à idealização, comercialização, organização, disponibilização para implementação ou gestão da implementação de uma transação internacional passível de reporte. Por outro lado, será assegurado o direito de que a pessoa apresente provas de que não sabia ou de que não se podia razoavelmente esperar que soubesse que estava envolvida em uma transação passível de reporte.

Ao reconhecer que a garantia de sigilo profissional pode variar nos diferentes Estados-Membros, a DAC 6 lhes atribui a competência para tomar as medidas necessárias para conferir aos intermediários o direito de dispensa de apresentar informações. Nessa hipótese, no entanto, cada Estado-Membro deverá exigir que os intermediários notifiquem, sem demora, qualquer outro intermediário e o próprio contribuinte, sobre o que a obrigação de reporte recairá.

Considerando seu amplo alcance, tanto de escopo quanto territorial, a DAC 6 é um divisor de águas para fins de transparência fiscal. Com efeito, a exigência de um reporte com informações extremamente detalhadas, até a denominação das pessoas envolvidas, sob pena do sofrimento de

relevantes sanções financeiras e até penais, é um golpe contra práticas tributárias agressivas como jamais visto nas legislações anteriores.

Por fim, vale dizer que, embora tratando-se de norma europeia, as regras impostas pelo DAC 6 podem trazer obrigações a empresas brasileiras (inclusive prestadores de serviço) que tenham negócios na Europa.

Com efeito, multinacionais brasileiras com estabelecimento permanente em algum Estado-Membro estarão sujeitas ao reporte na condição de intermediário quando tal estabelecimento prestar serviços relacionados às transações reportáveis.<sup>134</sup>

Ademais, ainda que não tenham estabelecimento permanente e tampouco sejam residentes para fins tributários em qualquer Estado-Membro, multinacionais brasileiras que recebam receita, gerem lucro ou desempenhem atividades em algum Estado-Membro poderão qualificar-se como contribuinte relevante<sup>135</sup>. Nessa hipótese, caso nenhum intermediário declare a transação reportável da qual a empresa é parte ou inexistam intermediários para tal transação, a entidade brasileira poderá ser a responsável pelo reporte a autoridades do Estado-Membro em que a transação reportável ocorrer.

Ambas as obrigações de reporte, entretanto, podem ser evitadas caso a entidade tenha prova de que a informação requerida foi prestada por outro intermediário ou contribuinte relevante envolvido na transação reportável.<sup>136</sup>

Finalmente, consultores, advogados e outros prestadores de serviços brasileiros que estejam registrados para entidades localizadas nos Estados-Membros também poderão ser considerados intermediários, gerando exigência de declaração de transações reportáveis conforme descrito pela

---

<sup>134</sup> DAC 6 Artigo 1, 3 (b)

<sup>135</sup> DAC 6 Artigo 1, 7. (c) e artigo 1, 7. (d)

<sup>136</sup> DAC 6 Artigo 1, 9 e artigo 1, 10.

DAC 6. Importante destacar, nessa linha, que ainda que esses profissionais não estejam registrados em qualquer associação europeia, é recomendável que informem seus clientes localizados em Estados-Membros a respeito de potencial obrigação de reporte das transações diretamente pelo contribuinte relevante envolvido, caso inexistam outros intermediários atuantes na transação.

#### 4. Conclusão

Os últimos anos marcaram uma gradativa e multijurisdicional implementação de comandos normativos impondo uma relação mais transparente entre autoridades tributárias e contribuintes. Recentemente, as *Common Reporting Standards - CRS*, as Declarações País-a-País - DPP e os acordos para trocas de informações tributárias foram adotados em diversas jurisdições com o intuito de municiar o Fisco com informações sobre as estruturas societárias de contribuintes e determinadas atividades que desempenham.

Em paralelo, a instituição de regras de reporte obrigatório para identificação de planejamentos tributários agressivos ou abusivos parece ter se tornado uma tendência irreversível. Seja em vista do comprometimento dos países em adotarem as recomendações emanadas do Plano de Ação 12 do BEPS, seja em decorrência da pressão da opinião pública quanto à necessidade de grandes corporações pagarem o devido *fair share of tax*, discute-se cada vez mais a adoção e o formato de tais normas de transparência.

A esse respeito, verifica-se que algumas jurisdições já estão mais adiantadas na adoção de tais medidas, como é o caso dos Estados Unidos e a obrigatoriedade de entrega do *Reportable Transaction Disclosure Statement (Form 8886)* ao "*Office of Tax Shelter Analysis*"<sup>137</sup>, e a UE com o

---

<sup>137</sup> Treasury Regulations §§306.6111-3(a) e (d)(1)

<<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/301.6111-3>>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

DAC 6, ao passo que outras, como o Brasil, ainda não possuem regras específicas vinculadas ao BEPS e fazem uso de exigências indiretas para obtenção de informações relativas a atividades dos contribuintes.

No caso brasileiro, além da adoção das regras de CRS e DPP, estas sim normas editadas em linha com o BEPS, a implementação do Sistema Sped, a partir de 2007, trouxe importantes ferramentas para proporcionar ao Fisco um significativo volume de informações. Os dados obtidos pelo Sped são comumente utilizados para identificação de planejamentos tributários que, eventualmente, possam ser caracterizados como abusivos ou agressivos, não obstante a ausência de definição de conceitos objetivos a respeito dos limites para identificação de tais práticas.

De qualquer maneira, tendo em vista tratar-se de um assunto de interesse global, a adoção de regras domésticas a partir das recomendações do Plano de Ação 12 viabiliza a implementação de uma abordagem uniforme em relação a um problema que, muitas vezes, envolve mais de uma jurisdição. Desse modo, cresce a pressão internacional pela implementação brasileira do Plano de Ação 12.

Tal solução, no entanto, deve trazer luzes para o enfrentamento de questões como (i) a dicotomia entre questões de sigilo profissional por parte daqueles que assessoram contribuintes na estruturação e implementação de planejamentos tributários e a necessidade de maior transparência; (ii) a ausência de regras domésticas que tratem de normas gerais antielisivas; e (iii) a natural diferença entre o Brasil e outros países quanto à definição de elementos indicativos da existência de planejamentos tributários agressivos ou abusivos (não obstante seja possível desde já identificar que o conceito de *abusivo* está associado à existência de fraude ou simulação, ou seja, situações ilícitas).

Considerando essas e outras implicações, entendemos que as normas sobre obrigações de reporte de planejamento tributário não devem ser amplas e vagas, sob pena de sobrecarregar as autoridades tributárias com

informações irrelevantes e, ao mesmo tempo, trazer insegurança aos contribuintes relativa ao não cumprimento da obrigação. De outra banda, regras extremamente detalhadas tampouco seriam eficientes para coibir planejamentos tributários agressivos, cada vez mais sofisticados e arrojados.

Nesse ponto, o modelo apresentado pelo DAC 6, ainda sujeito à prova empírica em virtude de sua recente adoção, parece ter alcançado um equilíbrio razoável entre especificidade e amplitude.

A referida legislação prevê alguns conceitos-chave uniformemente adotados pelos Estados-Membros, como quem são considerados intermediários; o que são transações internacionais e quais são os indícios que despertam a necessidade de reporte de determinadas transações, as *Hallmarks*. Essa abordagem harmônica é essencial para o enfrentamento de um problema sabidamente internacional, conferindo segurança jurídica e previsibilidade para empresas que atuam em diversas jurisdições.

Em contrapartida, a DAC 6 não detalha como enfrentar problemas específicos, como o sigilo profissional, limitando-se a dizer que cada Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para que a obrigação de reporte recaia ou sobre o intermediário ou sobre o próprio contribuinte. Além disso, importa referir que a DAC 6 não se atreve a promover uma definição de planejamento tributário agressivo aplicável em toda UE, mas apenas aponta indícios e comportamentos que deverão ser sujeitados a ulterior avaliação pelas autoridades fiscais nacionais. Finalmente, a DAC 6 tampouco fixa penalidades, cabendo à implementação local dispor acerca de sanções para o não cumprimento das obrigações de reporte.

Por outro lado, ainda que embrionária, a aplicação da DAC 6 já sofre críticas em determinados pontos, o que também pode servir de alerta para uma eventual réplica brasileira. Como visto, a lista de *Hallmarks* poderá não acompanhar o dinâmico ambiente do mundo de negócios atual, com novos produtos, estruturas e atividades surgindo a cada dia. A periodicidade de

revisão e a forma de implementação de novos indícios – *Hallmarks* – é um complexo desafio já enfrentado pela DAC 6.

A forma ampla como a diretiva está disposta dá a entender sua aplicação a transações-padrão, como leasing internacional, estruturas de securitização e outros modos “padrão” de financiamento podem ser questionadas – não há provisão para um *safe harbor* (como mínimo valor envolvido) para acordos que tenham um propósito comercial intrínseco. A título exemplificativo, as *Hallmarks* A1 - Transações amparadas por acordo de confidencialidade com relação a tributos; A3 - Transações amparadas por documentos e/ou estrutura substancialmente padrão que independam de significativa customização para implementação, e B3 - Transações Circulares que resultem em uma operação de ida e vinda de fundos podem gerar inúmeros reportes que provavelmente serão inúteis para as autoridades fiscais.

De igual maneira, a conferência de discricionariedade aos Estados-Membros pode se mostrar uma faca de dois gumes: a implementação não uniforme de determinados assuntos poderá prejudicar a harmonia das normas dentro da UE, gerando insegurança jurídica para intermediários e contribuintes.

Tendo em conta os pontos promissores da DAC 6, mas também considerando os potenciais problemas acima relatados, é possível prever que a DAC 6 poderá servir como uma útil cobaia para eventual legislação de transparência de operações internacionais a ser implementada no Brasil. Com efeito, autoridades fiscais, legislativas, judiciais e contribuintes deverão debruçar-se sobre os exemplos internacionais e seus respectivos impactos, extraíndo-se os pontos positivos e ajustando-se aqueles cuja implementação não atingiu os objetivos desejados.

Por fim, nos parece possível concluir que, embora haja muito em debate, o tema objeto deste artigo ainda é bastante incipiente e gera muitas incertezas. Não obstante o pertinente objetivo de uniformização das regras

de reporte obrigatório de planejamentos tributários, sempre haverá uma dificuldade de alcance em âmbito global. Divergências em conceitos de planejamentos tributários agressivos, a necessidade de países em desenvolvimento utilizarem-se de mecanismos tributários para atração de investimentos e o dinamismo de negócios e produtos nos tempos atuais são alguns dos fatores que contribuem para que essa tarefa seja extremamente árdua e controversa.



A DEFINIÇÃO DE  
ESTABELECIMENTO  
PERMANENTE E SEUS  
EFEITOS NA DETERMINAÇÃO  
DA COMPETÊNCIA  
TRIBUTÁRIA

# A DEFINIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PERMANENTE E SEUS EFEITOS NA DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

*Claudio Mangoni Moretti*

## 1. Introdução

A análise da caracterização e identificação de estabelecimentos permanentes na ótica da ordem jurídica tributária brasileira nunca foi tema frequentemente tratado, seja pelas nossas autoridades fiscais, seja pelas nossas cortes administrativas e judiciais. São poucos os lançamentos de ofício e as decisões administrativas e judiciais sobre a matéria. Isso porque na disputa pela tributação de rendas relacionadas a operações internacionais, as autoridades brasileiras contentam-se, ou até mesmo forçam, a tributação indevida na fonte sobre rendimentos brutos. Para a prestação de serviços é mais simples exigir o imposto de renda na fonte do que disputar a existência de um estabelecimento permanente. Para operações com mercadorias, a constituição de sociedades subsidiárias, independentes, comparativamente à constituição de filiais ou outras formas de estabelecimentos permanentes é a alternativa mais célere e com menor risco a eventuais discriminações ante às demais empresas brasileiras.

A relevância do tema, entretanto, tende a mudar. A digitalização das operações econômicas, a qual não depende de estabelecimentos permanentes conforme definidos na legislação nacional e em convenções internacionais, bem como as ações propostas pela OCDE e pelo G20 para evitar erosões de bases tributáveis e transferências artificiais de lucro (*Base Erosion and Profit Shifting - BEPS*) salientam a importância do tema e a necessidade de eventualmente se reformular o respectivo regramento. Além disso, firmou-se jurisprudência em nossas cortes judiciais confirmando a ilegalidade da exigência do imposto de renda na fonte sobre a remuneração de serviços prestados por não residentes quando

aplicável à espécie acordo que evita a dupla tributação, ressalvados os casos em que tais serviços são equiparados a royalties. Essa jurisprudência pode direcionar nossas autoridades a atentar para a presença de estabelecimentos permanentes, buscando com isso tributar operações antes alcançadas indevidamente pelo imposto de renda na fonte.

Diante de tal tendência, o intitulado Princípio<sup>138</sup> do Estabelecimento Permanente deve voltar a ser analisado.

## **2. O Princípio do Estabelecimento Permanente como norma de conexão<sup>139</sup> para determinação da competência tributária internacional**

Com fundamento no nexu econômico (*pertinência econômica ou Teoria do Benefício*<sup>140</sup>), ou seja, no lugar onde se encontram os principais meios de

---

<sup>138</sup> No rigor da hermenêutica jurídica não se trata propriamente de um princípio, cuja característica é ser uma norma finalística, mas de uma regra, descritiva de conduta a ser adotada. Conforme ensina Humberto Ávila (*Teoria dos Princípios*, 16. ed., São Paulo, Malheiros, 2015, p. 95): “os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.”

<sup>139</sup> As normas de conexão, ou normas de conflito, são normas que indicam o direito aplicável, são também chamadas de normas de sobredireito. Elas não resolvem o conflito de direito material, mas indicam a norma de direito material aplicável para tanto. Como ensina Gerhard Kegel em (*Juristische Kurz-Lehrbücher, Internationales Privat Recht*, 5. ed., München, C.H.Beck, 1985, p. 32), *elas se aproximam com isso a uma norma de competência*. Há que se esclarecer, entretanto, que as normas de conexão do direito tributário internacional resolvem o conflito de competência restringindo a competência tributária de um Estado para afirmar a de outro, não levando a aplicação de direito estrangeiro por qualquer Estado. Já as normas de conexão do direito internacional privado levam a aplicação do direito estrangeiro (mediante sua incorporação à ordem jurídica nacional) quando reconhecem a competência deste para disciplinar o fato.

<sup>140</sup> “The approach, i.e., the benefit theory, or a similar exercise of taxing powers on the basis of economic allegiance (*wirtschaftliche Zugehörigkeit*), is not new and has its foundations in

produção da renda, bem como na subordinação efetiva ao poder de um Estado de impor tributação (*enforcement jurisdiction*), dois critérios têm disputado a determinação da competência para tributar lucros decorrentes de atividades empresarias que se conectam a mais de um ordenamento jurídico soberano: o critério da fonte e o critério da residência<sup>141</sup>. Ambos dizem respeito a conexões relevantes para fundamentar o poder de tributar do Estado. O primeiro deles é o critério de preferência dos países em desenvolvimento, que ofertam seu mercado para produção dos resultados empresarias. O segundo deles é o critério de preferência dos países economicamente desenvolvidos, onde reside o capital de investimento.<sup>142</sup>

A Convenção Modelo da OCDE relativa a impostos sobre a renda e o capital, a qual vem sendo seguida na sua essência pelos acordos firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, adotou o critério da residência da empresa para determinar a competência exclusiva dos Estados contratantes para tributar o lucro da empresa. Entretanto, caso a empresa possua um estabelecimento permanente no Estado fonte da renda, então este Estado terá competência cumulativa para tributar o lucro, na medida

---

theories developed between the late 19th century and the first decades on the 20th century. Von Schanz wrote in 1892 that anyone having a relation to a society, i.e., anyone receiving benefits from public community should also bear the costs of such public community (*Gemeinwesen*).” (Ver em Peter Hongler; Pasquale Pistone, *Blueprints for the New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of Digital Economy*, Amsterdam, IBFD White Papers, 2015, pp. 19-20).

<sup>141</sup> Conforme esclarecem Dieter Birk; Marc Desens; Henning Tappe em (Steuerrecht, C.F Müller, 20. Auflage, 2017/18, p. 400), a combinação de ambos leva à bitributação quando o contribuinte tem residência em um Estado e rendimento em outro: “*Die Kombination von Wohnsitzprinzip (Besteuerung der ansässigen Person mit ihrem Welteinkommen, deshalb auch Welteinkommensprinzip) und Quellenprinzip (Besteuerung nicht ansässiger Personen, soweit sie Einkünfte aus inländischen Quellen haben) führt also zwangsläufig dazu, dass es zu doppelter Besteuerung derselben Einkünfte kommt, wenn der Steuerpflichtige in einem Staat ansässig ist und in einem anderen Staat die Einkünfte erzielt.*”

<sup>142</sup> Sobre a disputa entre os dois critérios, Sérgio André Rocha, *Tributação Internacional*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 89 e ss.

em que esse estabelecimento seja responsável pela geração da renda tributada. É o que se lê do artigo 7.º da Convenção Modelo da OCDE:

1. Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus **lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.** (grifo nosso)

Nas palavras de Alberto Xavier, "O princípio do estabelecimento permanente surge, pois, como uma derrogação à referida regra geral da competência exclusiva, da primeira frase do §1.º do art.7.º, consagrando uma competência cumulativa do Estado fonte; mas somente se no seu território se encontra instalado um estabelecimento permanente e unicamente na medida em que os lucros são imputáveis a esse estabelecimento."<sup>143</sup>

Em resumo, na perspectiva do direito convencional, quando se trata de tributação do lucro da empresa, o Estado onde a empresa tem sua residência é exclusivamente competente para tributar seus lucros, a não ser que a empresa desenvolva suas atividades em outro Estado por intermédio de um estabelecimento permanente, onde então os lucros produzidos por esse estabelecimento poderão ser tributados nesse outro Estado.

### **3. A Definição de Estabelecimento Permanente na Convenção Modelo da OCDE**

O primeiro questionamento que surge diz respeito à definição de estabelecimento permanente. De acordo com o art. 5.º da Convenção Modelo da OCDE, "a expressão 'estabelecimento permanente' significa uma instalação fixa, através da qual a empresa exerça toda ou parte da sua

---

<sup>143</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 8. ed., Forense, 2015, p. 629.

atividade". Em seus comentários ao art. 5.º, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE esclarece que uma instalação fixa é aquela onde, com um certo grau de permanência, a empresa desenvolve suas atividades, total ou parcialmente, e em regra por intermédio de pessoas que se utilizam para tanto daquela instalação<sup>144</sup>. Portanto, a presença de atividade humana é um dos elementos comumente presentes à configuração de um estabelecimento permanente. E esse é um dos pontos, saliente-se desde já, que vem sendo questionado para ser alterado ou trabalhado pelos Estados, diante da possibilidade do exercício de atividades virtuais na rede mundial de computadores, responsáveis pela geração de renda relevante.

A definição encontrada no primeiro parágrafo do art. 5.º da Convenção Modelo é seguida por uma relação exemplificativa de estabelecimentos permanentes, a saber: um local de direção, uma filial (sucursal), um escritório, uma fábrica, uma oficina ou ainda uma mina, um poço de petróleo ou gás, uma pedreira ou qualquer local de extração de recursos naturais. Ainda de acordo com a convenção, "um estaleiro de construção ou de montagem só constitui um 'estabelecimento permanente' se a sua duração exceder doze meses".

Esses exemplos de estabelecimentos fixos, relacionados no segundo e terceiro parágrafos do art. 5.º da Convenção Modelo, são designados por Alberto Xavier como estabelecimentos reais<sup>145</sup>, em contraposição aos estabelecimentos pessoais. Estes últimos vêm referidos no parágrafo 5.º do art. 5.º da Convenção Modelo e se constituem na medida em que uma pessoa, natural ou jurídica, **dependente** de uma empresa residente em outro Estado, conclua, **de forma habitual**, contratos em nome desta outra empresa. A dependência não resulta somente de uma condição de controle societário ou subordinação empregatícia, mas pode estabelecer-se a partir de condições factuais. Assim, se uma determinada empresa, mesmo sem relação societária, atua exclusivamente para uma empresa de um outro

---

<sup>144</sup> OCDE, Comentários à Convenção Modelo, Versão Consolidada de 2017, p. 116 e ss.

<sup>145</sup> Alberto Xavier, op. cit., pp. 630 e ss.

Estado, sob as ordens e controle efetivo desta, celebrando negócios em nome desta outra empresa, provavelmente a condição de dependência será reconhecida, e, por consequência, a configuração do estabelecimento permanente. E note-se que tais pessoas não necessariamente precisam atuar a partir de um estabelecimento fixo ou serem residentes do Estado em que atuam para que o estabelecimento permanente se configure.<sup>146</sup> **O determinante é que atuem de forma habitual, concluindo contratos em nome de empresa de outro Estado** (Estabelecimento Permanente pessoal).

Porém, se as atividades exercidas no estabelecimento fixo ou pelo agente consistirem em atividades de armazenamento de mercadorias, armazenamento de matéria-prima, compra de bens e mercadorias, publicidade e obtenção de informações para a empresa, sendo tais atividades preparatórias ou auxiliares à atividade principal da empresa exercida fora do Estado onde se encontram tais estabelecimentos, então estes não serão qualificados como estabelecimentos permanentes para os fins previstos na Convenção Modelo.

#### **4. O Risco da configuração das subsidiárias como Estabelecimento Permanente**

Ainda em âmbito do direito convencional, outra questão que comumente vem à tona diz respeito à possibilidade de a subsidiária de uma empresa estrangeira vir a ser caracterizada como estabelecimento permanente.

Conforme se lê do art. 5.º, parágrafo 7.º da Convenção Modelo da OCDE, “O fato de uma sociedade residente de um Estado contratante controlar ou ser controlada por uma sociedade residente do outro Estado contratante ou que exerça a sua atividade nesse outro Estado (quer seja através de um

---

<sup>146</sup> “Such persons may be either individuals or companies and need not be residents of, nor have a place of business in, the State in which they act for the enterprise.” (Ver Comentários à Convenção Modelo, 2017, p. 141).

estabelecimento permanente, quer de outro modo) não é, por si só, bastante para fazer de qualquer dessas sociedades estabelecimento permanente da outra". A regra geral, portanto, é que a subsidiária de uma empresa estrangeira por si só não caracterizaria estabelecimento permanente da sua controladora. Entretanto, a expressão "por si só" também deixa clara tal possibilidade, a qual se configuraria caso a subsidiária atuasse na condição de agente da controladora, concluindo contratos em nome desta. O caso da subsidiária francesa Zimmer SAS é um exemplo dessa possibilidade, comumente citado pela doutrina internacional<sup>147</sup>, apesar da decisão final da Suprema Corte Administrativa francesa ter afastado na espécie o reconhecimento da existência do estabelecimento permanente. É que no caso, a Suprema Corte francesa só deixou de reconhecer a presença de estabelecimento permanente porque o direito francês prevê a possibilidade de celebração de contratos de comissionamento, em que o comissário atua em seu próprio nome, porém sob as ordens e risco do comitente. Uma vez que o direito local possuía contrato típico que estabelecia uma atuação sob a dependência de terceiro e sendo tal atuação parte da atividade da subsidiária, não faria sentido caracterizá-la como sendo um estabelecimento local da empresa estrangeira, deixando de tratá-la como uma entidade independente que atua de forma tipificada no direito francês. Outros exemplos indicativos dessa possibilidade encontram-se nos casos da *Interworld Inc. et al. vs. Commissioner, T.C. (1997)*, *Rolls Royce Plc vs. Deputy Director of Income Tax (2007)* e *Philip Morris vs. Autoridade Tributária Italiana*.<sup>148</sup>

## 5. Algumas particularidades dos acordos firmados pelo Brasil

Os acordos para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil seguem na sua essência o Modelo da OCDE. Entretanto, algumas particularidades são

---

<sup>147</sup> Luís Eduardo Schoueri e Oliver Christoph Günther, "The Subsidiary as a Permanent Establishment", *Bulletin for International Taxation*, February 2011, pp. 69-70).

<sup>148</sup> *Idem*, pp. 70-72.

identificadas no que tange às listas positivas<sup>149</sup> e negativas<sup>150</sup>, constantes, respectivamente, dos parágrafos 2.º e 3.º da Convenção Modelo da OCDE.

Nesse sentido, por exemplo, o tratado firmado com o Japão elenca o depósito na lista positiva e não faz qualquer ressalva a sua utilização que o desqualifique como estabelecimento permanente. Porém, é bem verdade que o parágrafo 3.º do art. 5.º do acordo ressalva a manutenção de estoques de mercadorias para fins de transformação por outra empresa ou para exposição ou expedição de mercadorias. Assim, se o depósito é utilizado para esses fins não se configurará como estabelecimento permanente. Entretanto, se o depósito for utilizado para armazenamento de mercadorias de terceiros resultará sendo qualificado como estabelecimento permanente.

Ainda no que diz respeito a peculiaridades da lista positiva, vale atentar para os acordos com a Ucrânia e Trindade e Tobago, os quais mencionam expressamente *pontos de venda*.

No que tange à lista negativa, a maioria dos tratados firmados pelo Brasil não faz referência a atividades auxiliares e preparatórias como excludentes gerais da qualificação dos estabelecimentos fixos como estabelecimentos permanentes, o que reflete clara política de ampliação desse conceito.

Em relação aos estabelecimentos permanentes constituídos por agentes dependentes, o acordo com a China é expresso ao afirmar que a dependência de agentes que atuam em nome de empresa não residente, não carece de ser somente jurídica (societária ou empregatícia) para ser caracterizada, mas pode também ser econômica, configurando com isso a presença de um estabelecimento permanente se somada à celebração de

---

<sup>149</sup> Lista de estabelecimentos fixos que configuram estabelecimentos permanentes para os fins previstos na Convenção Modelo da OCDE.

<sup>150</sup> Lista de atividades que excetua a configuração de estabelecimentos fixos como estabelecimentos permanentes para os fins previstos na Convenção Modelo da OCDE.

contratos em nome da empresa estrangeira.<sup>151</sup> Além disso, esse acordo inova em relação à prática brasileira, quando prevê a possibilidade da existência de estabelecimentos permanentes voltados à prestação de serviços, conforme se verifica do art. 5.º, parágrafo 3.º, letra b. do acordo<sup>152</sup>:

A prestação de serviços, inclusive de consultoria, por empresas de um Estado Contratante, por intermédio de funcionários ou de pessoal contratado no outro Estado Contratante, desde que tais atividades tenham sequência, em um mesmo projeto, ou outro projeto a ele relacionado, por um período ou períodos perfazendo mais de seis meses dentro de qualquer período de 12 meses.

## 6. A regra da atribuição de lucros ao Estabelecimento Permanente

Uma vez caracterizada a presença de um estabelecimento permanente surge o desafio de se determinar qual o lucro que deve ser tributado pelo Estado fonte. Em se tratando de situações cobertas por acordos para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil, a resposta a tal questionamento encontra-se, mais uma vez, na Convenção Modelo da OCDE, refletida no acordos celebrados pelo Brasil, a qual determina, na versão vigente a partir de 2010, que o estabelecimento permanente deve ser tratado como uma entidade distinta e independente da empresa estrangeira a que está ligado (Art. 7.º, parágrafo 2.º).<sup>153</sup> Em que pese não tenha sido a redação da versão

---

<sup>151</sup> “Entretanto, se um agente dedicou suas atividades, no todo ou em sua quase totalidade, ao interesse de uma empresa, ele não será considerado agente independente para os fins deste parágrafo.”, art. 5.º, parágrafo 6.º do Acordo para evitar a dupla tributação celebrado entre Brasil e China.

<sup>152</sup> Decreto n.º 762, de 19 de fevereiro de 1993.

<sup>153</sup> “For the purposes of this Article and Articles [23A] [23B], **the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment** referred to in paragraph 1 **are the profits it might be expected to make**, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, **if it were a separate and independent enterprise** engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent

consolidada em 2010 a adotada pelos acordos firmados pelo Brasil, os quais seguem a redação da Convenção Modelo da OCDE que vigorava até aquela oportunidade, o fato é que tanto a redação atual como a anterior<sup>154</sup> salientam que o estabelecimento permanente deve ser tratado como uma entidade independente para fins de apuração dos lucros sujeitos à competência tributária do Estado fonte, tendo a redação de 2010 apenas reforçado que nas relações *intercompany* com o estabelecimento permanente deve ser aplicado o princípio *arm's length*, atribuindo-se às partes os lucros apurados a partir dos riscos e funções assumidas.

Portanto, tanto a Convenção Modelo da OCDE como os acordos firmados pelo Brasil tratam o estabelecimento permanente como um ente independente, equiparando-o para fins de apuração do lucro a uma empresa residente no Estado fonte.

Estabelecida a diretiva, caberá ao direito do Estado fonte determinar as regras de apuração do lucro, conforme esclarecem os comentários à Convenção Modelo da OCDE:

30. Also, paragraph 3 only determines which expenses should be attributed to the permanent establishment for purposes of determining the profits attributable to that permanent establishment. It does not deal with the issue of whether those expenses, once attributed, are deductible when computing the

---

establishment and through the other parts of the enterprise.” Convenção Modelo da OCDE, art. 7.º, parágrafo 2.º, versão consolidada de 2017, já com a nova redação que lhe foi dada em 2010.

<sup>154</sup> “Com ressalva do disposto no n.º 3, quando uma empresa de um Estado contratante exercer a sua atividade no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado, serão imputados, em cada Estado contratante, a esse estabelecimento permanente **os lucros que este obteria como se fosse uma empresa distinta e separada** que exercesse as mesmas atividades ou atividades similares, nas mesmas condições ou em condições similares, **e tratasse com absoluta independência com a empresa de que é estabelecimento permanente**”. Convenção Modelo da OCDE, art. 7.º, parágrafo 2.º, versão consolidada de 2008.

taxable income of the permanent establishment since the conditions for the deductibility of expenses are a matter to be determined by domestic law, subject to the rules of Article 24 on Non-discrimination (in particular paragraph 3 and 4 of that Article).

Na legislação interna brasileira, a mencionada equiparação encontra-se determinada no art. 159 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR)<sup>155</sup>, o qual prescreve que consideram-se pessoas jurídicas contribuintes do imposto sobre a renda (i) as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no país, sejam quais forem os seus fins, a sua nacionalidade ou os participantes em seu capital, (ii) as filiais, as sucursais, as agências ou as representações no país das pessoas jurídicas com sede no exterior e (iii) os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou seus comissários no país. Apesar de não os designar como estabelecimentos permanentes, o art. 159 do RIR, em regulamentação ao disposto no art. 76 da Lei 3.470/58, estabeleceu para os estabelecimentos e sujeitos elencados nos itens (ii) e (iii) os mesmos efeitos previstos pela Convenção Modelo da OCDE aos estabelecimentos permanentes reais e pessoais. A questão que fica, entretanto, é se tal equiparação leva à tributação desses sujeitos em bases universais.

Entende a Receita Federal do Brasil que sim. Conforme se extrai da Solução de Consulta Cosit n.º 17, de 24 de fevereiro de 2015, “Para fins tributários, considera-se residente no Brasil a filial, no país, de sociedade com sede no exterior. Por essa razão, aplica-se a ela o ‘Atestado de Residência Fiscal no Brasil’ e a tributação no país com base na renda mundial, nos termos da IN RFB n.º 1.226, de 2011.” Tal conclusão deve ser vista com olhar crítico, isso porque, mesmo que equiparadas a pessoas jurídicas, isso se restringe à ordem jurídica nacional, não deixando tais estabelecimentos de ser meros órgãos de outras entidades, e como regra, sem a possibilidade de assumir direitos e obrigações no exterior. E é justamente por isso que a Lei n.º 12.973, de 13 de maio de 2014, ao disciplinar a apuração em bases universais,

---

<sup>155</sup> Decreto n.º 9.580, de 22 de novembro de 2018.

sujeita a tanto somente o lucro de empresas controladas ou coligadas no exterior por pessoas jurídicas controladoras ou coligadas domiciliadas no Brasil ou por pessoas jurídicas equiparadas a controladoras, na forma prescrita pelo art. 83 da referida lei. Por conseguinte, a tributação dos lucros no exterior depende da capacidade de controlar ou se coligar a outra pessoa jurídica no exterior, o que em regra não é reconhecido como possível a filiais e sucursais de pessoas jurídicas.

Em se tratando de situações cobertas por acordos de bitributação, filiais e sucursais configuram estabelecimentos permanentes, que, em que pese a equiparação às pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, implicam no reconhecimento de uma competência tributária excepcional, que não afasta a competência do Estado de residência, mas se coloca cumulativamente a esta. Em assim sendo, as bases universais a que se refere a Solução de Consulta Cosit n.º 17 deveriam abranger única e exclusivamente os atos praticados e atribuídos ao Estado fonte<sup>156</sup>, onde se encontram as filiais, sucursais, agências ou representações de pessoa jurídica domiciliada no exterior. É o que se extrai da segunda parte do parágrafo 1.º do art. 7.º da Convenção Modelo: "Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse

---

<sup>156</sup> Esclareça-se, entretanto, que o Brasil se reservou ao direito de deduzir despesas originárias de outros Estados quando estas contribuírem para a geração do lucro do Estabelecimento Permanente tributado no Brasil, o que, por sua vez, deve levar à conclusão de que esse lucro pode também ser composto por receitas apuradas no exterior, desde que decorrentes de atividades e contratos concluídos pelo Estabelecimento Permanente brasileiro. É o que decorre direta e implicitamente da redação do art. 7.º, parágrafo 3.º da versão adotada, na sua essência, pelo Brasil em seus acordos: "3. Na determinação do lucro de um estabelecimento estável é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para realização dos fins perseguidos por esse estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e as despesas gerais de administração, efetuadas com o fim referido, quer no Estado em que esse estabelecimento permanente estiver situado quer fora dele."

estabelecimento permanente.” Nessa toada, é o comentário de Alberto Xavier<sup>157</sup>:

Significa isso que o Estado fonte é excepcionalmente autorizado a tributar os resultados das atividades que se exercem no seu território com certa intensidade, corporizada na instalação de um estabelecimento estável. Mas essa competência só é autorizada na condição da existência de um estabelecimento permanente, cessando onde ele não se configurar, de tal sorte que as atividades meramente acidentais, ocasionais ou que não pressuponham uma base fixa, escapam à competência tributária que remanesce no âmbito do Estado de residência.

Assim, por exemplo, o princípio do estabelecimento permanente impede a tributação dos lucros de uma empresa não residente pelo Estado da fonte, pelo simples fato de os contratos terem sido nele celebrados, ou de nele se ter realizado fornecimento de mercadorias ou serviços, ou de uma das partes na transação ter nele residência. E isto mesmo que a lei interna permita a tributação de lucros auferidos por não residentes decorrentes da prática de atos isolados, sem a presença de um estabelecimento permanente.

Da mesma forma que essa competência excepcional e cumulativa restringe o espectro de incidência tributária ao Estado fonte, restringe também o espectro de incidência dentro do próprio Estado fonte, afastando a aplicação do chamado princípio da força atrativa (*Force of Attraction rule*) do estabelecimento permanente, pelo qual toda e qualquer renda gerada pela empresa estrangeira no Estado fonte deve ser presumidamente imputada ao estabelecimento permanente nesse Estado. Conforme relata Paulo Caliendo<sup>158</sup>, aqueles que defendem a aplicação dessa regra alegam “que uma empresa pode organizar as suas atividades de modo a constituir

---

<sup>157</sup> Alberto Xavier, *op. cit.*, pp. 629-630.

<sup>158</sup> Paulo Caliendo, “Transfer Pricing e Atribuição de Renda a Estabelecimentos Permanentes”, *Manual de Preços de Transferência - BEPS Brasil & OCDE*, Org. Leonardo Freitas de Moraes e Castro, São Paulo, Quartier Latin, 2018, vol. I, p. 163.

um EP em um país no qual não produz ou não intenta produzir lucros, mas existe tão somente com o propósito de supervisionar seus negócios, através de agentes independentes.” Entretanto, o fato é que nem a Convenção Modelo da OCDE, nem os acordos firmados pelo Brasil seguem o princípio da força atrativa plena do estabelecimento permanente.

Assim, diante da presença de um estabelecimento permanente no Estado fonte, há que se distinguir o lucro atribuído a esse estabelecimento do lucro atribuído à empresa estrangeira, titular do estabelecimento permanente. O primeiro apurado conforme as regras de apuração do lucro prescritas pelo Estado fonte. O segundo apurado exclusivamente pelo Estado de residência da pessoa jurídica estrangeira, ressalvadas aquelas rendas específicas, previstas nos artigos 6.º, 10, 11, 12 e 13 da Convenção Modelo OCDE, passíveis de tributação na fonte, e apurados, em regra, de forma isolada e analiticamente.<sup>159</sup>

## **7. A legislação doméstica brasileira afeta a disciplina do Estabelecimento Permanente**

Apesar do termo *estabelecimento permanente* ser amplamente difundido internacionalmente, o Brasil só veio a utilizá-lo e defini-lo recentemente, com a Instrução Normativa n.º 1.681, de 28 de dezembro de 2016 (IN 1.681/16), a qual espelhou exatamente a definição contida no art. 5.º, parágrafo 1.º da Convenção Modelo da OCDE: “instalação fixa de negócios por intermédio da qual uma entidade exerça toda ou parte de sua atividade em outra jurisdição”. Ocorre que a IN 1.681/16 veio unicamente para atender as obrigações assumidas nos acordos bilaterais e multilaterais sobre troca de informações e assistência administrativa mútua em matéria tributária. Portanto, a definição adotada na IN 1.681/16 não se aplica, pelo

---

<sup>159</sup> Royalties, rendimentos imobiliários, juros, dividendos (atualmente isentos), ganhos de capital pela alienação de ativos não circulantes (como investimentos) e serviços técnicos submetidos pelos acordos às disposições aplicáveis aos royalties.

menos diretamente, à delimitação de competência tributária internacional, função primordial da definição de estabelecimento permanente.

De qualquer forma, mesmo o Brasil não tendo se utilizado no seu direito doméstico, até o advento da IN 1.681/16, da definição de estabelecimento permanente, isso não significa que não tenha disciplinado situações que se equiparam aos estabelecimentos permanentes, conforme definidos na Convenção Modelo da OCDE, afirmando a competência tributária brasileira como Estado fonte.

Conforme já referido, o art. 159 do RIR equipara às pessoas jurídicas brasileiras, para fins de sujeição ao imposto sobre a renda, (a) “as filiais, as sucursais, as agências ou as representações no país das pessoas jurídicas com sede no exterior” e (b) “os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou seus comissários no país”. Os primeiros, conforme veremos, correspondem aos estabelecimentos permanentes fixos (reais), previstos no art. 5.º, parágrafos 2.º e 3.º da Convenção Modelo da OCDE. Os últimos correspondem aos estabelecimentos permanentes pessoais, também referidos como dependentes, previstos no art. 5.º, parágrafo 5.º da Convenção Modelo. Na essência se correspondem, porém, sem deixar apresentar relevantes diferenças que devem ser consideradas, em especial quando concorrerem na regulação dos fatos. Nessas situações devem prevalecer as disposições convencionais, dos acordos celebrados, por força do que dispõe o art. 98 do CTN.

Vejamos então quais são essas semelhanças e diferenças.

No que tange às filiais, sucursais ou agências, não encontramos para elas uma definição manifesta na legislação local, embora sejam mencionadas em várias das nossas disposições legais, atribuindo-se a elas variados efeitos jurídicos. Assim, mesmo que não identifiquemos no ordenamento jurídico brasileiro uma definição clara e expressa para filiais, sucursais e

agências, é possível se extrair a partir de diversas regras de nosso ordenamento características básicas que lhes compõem e se repetem.

A principal dessas regras está contida no art. 1.142 do Código Civil Brasileiro (CCB), o qual prescreve que "Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária." Desse dispositivo, que define estabelecimento, pode-se extrair alguns elementos que serão aplicáveis na identificação de uma filial, sucursal ou agência, quais sejam, um complexo organizado de bens e o seu emprego no exercício de atividade empresarial. Tais bens, corpóreos ou incorpóreos, como prédios, terrenos, máquinas, marcas, nome empresarial e patentes devem servir aos propósitos da empresa.

O art. 1.142 do CCB, por sua vez, deve ser associado ao disposto no art. 969 do CCB, o qual estabelece a obrigação de registro de filiais, sucursais e agências no Registro Público de Empresas Mercantis da jurisdição onde forem instituídas, sendo que o parágrafo único deste dispositivo se refere a elas como estabelecimentos secundários. A conjugação dessas disposições leva à conclusão de que as filiais, sucursais e agências são estabelecimentos (complexo de bens organizados) da empresa, que apresentam localização, ou seja, algum ponto fixo sujeito a certa jurisdição, e objeto de registro.

Afora as disposições da legislação civil encontramos na própria legislação tributária diversos outros dispositivos que afirmam tais elementos. Assim, por exemplo, a legislação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ("CMS) prevê a entrada e saída de mercadorias do estabelecimento como fato gerador do imposto, o que denota, mais uma vez, a presença de ponto fixo a partir do qual ou para o qual se dá a circulação de mercadorias. E também a legislação do imposto sobre serviços (ISS), quando prevê que os serviços se consideram prestados no local do estabelecimento do prestador, pressupondo, por conseguinte, a existência de um ponto fixo onde se encontra um complexo de bens organizados.

Assim, a exemplo da definição de estabelecimento permanente contida no art. 5.º parágrafo 1.º da Convenção Modelo da OCDE, que derroga a competência exclusiva do Estado da residência, a legislação brasileira pressupõe que empresas estrangeiras possuam algum complexo de bens organizados em algum ponto fixo do território brasileiro para que estejam sujeitas à competência brasileira para tributar a renda auferida no Brasil - Estado fonte.

Entretanto, diferentemente das disposições da Convenção Modelo da OCDE, seguidas pelos acordos firmados pelo Brasil, a norma doméstica brasileira, que se aplica sem restrições na ausência de acordos internacionais, não condiciona a competência tributária brasileira à natureza da atividade exercida pelo estabelecimento fixo. De acordo com a Convenção Modelo da OCDE, caso a atividade do estabelecimento fixo seja meramente auxiliar ou preparatória, segue exclusiva a competência tributária do Estado da residência da empresa estrangeira, de tal forma que o Estado fonte onde se localiza o estabelecimento fixo não poderá exercer sobre ele sua competência tributária. Pela legislação doméstica brasileira, a natureza da atividade exercida pelo estabelecimento fixo é irrelevante. Havendo produção de renda no Brasil atribuível ao estabelecimento fixo da empresa estrangeira, essa renda deverá ser oferecida à tributação no Brasil.

No que diz respeito aos estabelecimentos permanentes pessoais as diferenças são ainda maiores.

O art. 76 da Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1958,<sup>160</sup> elenca duas situações que se equiparam a dos estabelecimentos fixos de empresas

---

<sup>160</sup> "Art 76. As disposições legais que regulam a tributação dos lucros apurados no território nacional pelas filiais, sucursais, agências ou representações das sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no país, alcançam, igualmente, os rendimentos auferidos por comitentes domiciliados no exterior, nas operações realizadas por seus mandatários ou comissários no Brasil.

estrangeiras no país, sujeitando-as à tributação da renda no Brasil: a) os rendimentos auferidos por comitentes domiciliados no exterior, nas operações realizadas por seus mandatários no Brasil, e b) os rendimentos auferidos por comitentes domiciliados no exterior, nas operações realizadas por seus comissários no Brasil.

Note-se a priori que a lei se refere à tributação das operações realizadas por comitentes. De acordo com o art. 693 do Código Civil Brasileiro, "O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente." Trata-se, pois, de contrato que tem por objeto operações com bens. Assim, em que pese parte da doutrina,<sup>161</sup> cogite da possibilidade de a regra aplicar-se à venda de serviços, porque o art. 76 da Lei 3.470/58 teria se referido a operações e não especificamente à venda de bens, não parece ter sido essa a percepção da autoridade regulamentadora brasileira, pois o parágrafo único do art. 468 do RIR<sup>162</sup> expressamente se refere aos rendimentos decorrentes da

---

§ 1.º Para os efeitos deste artigo, o agente ou representante do comitente com domicílio fora do país deverá escriturar os seus livros comerciais de modo que demonstre, além dos próprios rendimentos, os lucros reais apurados nas operações de conta alheia, em cada ano.

§ 2.º Quando não forem regularmente apurados os resultados das operações de que trata este artigo, será arbitrado o lucro, para os fins da tributação, na conformidade da legislação em vigor.

§ 3.º No caso de serem efetuadas vendas, no país, por intermédio de agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior, o rendimento tributável será arbitrado à razão de 20% (vinte por cento) do preço total da venda, faturado diretamente ao comprador."

<sup>161</sup> Sérgio André Rocha, op. cit., pp. 177-179.

<sup>162</sup> "Art. 468. As normas estabelecidas neste Regulamento sobre a determinação e a tributação dos lucros apurados no País pelas filiais, pelas sucursais, pelas agências ou pelas representações das sociedades estrangeiras autorizadas a funcionar no território nacional alcançam, igualmente, os rendimentos auferidos por comitentes domiciliados no exterior, nas operações realizadas por seus mandatários ou comissários no país ([Lei n.º 3.470, de 1958, art. 76, caput](#)).

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos rendimentos auferidos por comitentes residentes ou domiciliados no exterior em decorrência de remessa para o país de mercadorias consignadas a comissários, mandatários, agentes ou representantes, para que estes as

remessa de mercadorias para o Brasil. Dessa forma, tanto para as operações realizadas por comissários, como por mandatários, por conta e ordem de comitentes domiciliados no exterior, a equiparação a estabelecimentos fixos de empresas estrangeiras só deve ocorrer quando se tratar de operações relativas à venda de mercadorias e não à prestação de serviços.

Neste ponto a primeira distinção das normas convencionais. De acordo com o art. 5.º, parágrafo 5.º da Convenção Modelo da OCDE, tanto na sua versão consolidada vigente até novembro de 2017, quanto na atual, a caracterização da presença de um estabelecimento permanente pessoal, ou seja, sem a necessidade da existência de um ponto fixo onde se desenvolva a atividade empresarial, não se limita ao engajamento de terceiros para a venda de mercadorias, mas se estende também para a venda de serviços, uma vez que decorre da autoridade de celebrar contratos, sejam eles para a venda de mercadorias ou para a venda de serviços. A redação da versão consolidada em 2017 da Convenção Modelo da OCDE é expressa nesse sentido:

Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so,

---

vendam no país por ordem e conta dos comitentes, obedecidas as seguintes regras ([Lei n.º 3.470, de 1958, art. 76, § 1.º e § 2.º](#); e [Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 12](#)):

I - o intermediário no país que for o importador ou o consignatário da mercadoria deverá escriturar e apurar o lucro da sua atividade separadamente do lucro do comitente residente ou domiciliado no exterior;

II - o lucro operacional do intermediário será a diferença entre a remuneração recebida pelos seus serviços e os gastos e as despesas da operação que correrem por sua conta;

III - o lucro operacional do comitente será a diferença entre o preço de venda no país e o valor pelo qual a mercadoria tiver sido importada acrescido das despesas da operação que correrem por sua conta, inclusive a remuneração dos serviços referidos no inciso II;

IV - na falta de apuração, nos termos estabelecidos no inciso I ao inciso III, os lucros do intermediário e do comitente serão arbitrados, observado o disposto neste Regulamento; e

V - o intermediário no país cumprirá os deveres previstos para as filiais de empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no país e será responsável pelo imposto devido sobre o lucro auferido pelo seu comitente."

**habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts** that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and **these contracts are**

- a) in the name of the enterprise, or
- b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or
- c) **for the provision of services by that enterprise,**

**that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State** in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph. (grifo nosso)

A transcrição do art. 5.º, parágrafo 5.º da Convenção Modelo da OCDE não revela somente a distinção anteriormente mencionada. De acordo com a regra convencional, a caracterização de um estabelecimento permanente pessoal exige a conclusão habitual de contratos por conta e ordem da empresa não residente. Já no regramento doméstico brasileiro a habitualidade não é pressuposto. Basta que um contrato sob o regime do art. 693 do CCB seja concluído para que os rendimentos dessa operação sejam submetidos à tributação brasileira. A esse ponto, porém, há que se fazer a distinção entre operações realizadas por comissários e operações realizadas por mandatários.

Os comissários atuam em nome próprio, conforme prescreve o art. 693 do CCB, não gerando obrigação para o comitente perante os terceiros adquirentes da mercadoria vendida. Assim, em que pese atuem sob as

ordens do comitente, não o representam. Essa estrutura legal reflete-se na estrutura real da operação, pela qual a venda da mercadoria se dá indiretamente, por meio do comissário, o qual figura ou como importador da mercadoria ou como consignatário. Nessa condição, independentemente da habitualidade da operação, o comissário deverá escriturar e apurar o seu lucro e o lucro do comitente com a operação, pelo regime de contraposição de receitas e despesas – busca-se o lucro real, sendo que o lucro do comissário é o lucro decorrente da sua prestação de serviços ao comitente. É o que se depreende do art. 468, parágrafo único do RIR.<sup>163</sup>

Já os mandatários atuam não só por conta e ordem do comitente, mas também em representação deste. É a sua atuação como representantes da empresa estrangeira, com poderes para celebrar contratos, assumindo direitos e obrigações em nome do representado que lhes faz serem considerados um estabelecimento da empresa estrangeira no Brasil. Nessas situações não há em verdade intermediação, porque o mandatário é a própria representação da pessoa jurídica não residente celebrando negócios diretamente no país – a venda é direta do não residente, que está atuando no Brasil, para o adquirente do bem. Nessas situações, o lucro da empresa estrangeira, decorrente de operação concluída no Brasil pelo seu mandatário, não será apurado pela confrontação de receitas e despesas, mas pelo arbitramento, conforme se denota do art. 612 do RIR:

Art. 612. Na hipótese de serem efetuadas vendas no país por intermédio de agentes ou representantes de pessoas estabelecidas no exterior, para fins do disposto neste artigo, quando faturadas diretamente ao comprador, o rendimento tributável será arbitrado de acordo com o disposto no art. 605.

Parágrafo único. Considera-se efetuada a venda no país quando esta for concluída, em conformidade com as disposições da legislação

---

<sup>163</sup> Ver transcrição do dispositivo em nota infra.

comercial, entre o comprador e o agente ou o representante do vendedor, no país, observadas as seguintes normas:

I - somente caberá o arbitramento na hipótese de vendas efetuadas no país por intermédio de agente ou representante, residente ou domiciliado no território nacional, que tenha poderes para obrigar contratualmente o vendedor para com o adquirente, no país, ou por intermédio de filial, sucursal ou agência do vendedor no país;

II - não caberá o arbitramento na hipótese de vendas em que a intervenção do agente ou do representante tenha se limitado à intermediação de negócios, à obtenção ou ao encaminhamento de pedidos ou propostas, ou outros atos necessários à mediação comercial, ainda que esses serviços sejam retribuídos com comissões ou outras formas de remuneração, desde que o agente ou o representante não tenha poderes para obrigar contratualmente o vendedor;

III - o fato exclusivo de o vendedor participar no capital do agente ou do representante no país não implica atribuir a estes poderes para obrigar contratualmente o vendedor; e

IV - o fato de o representante legal ou o procurador do vendedor assinar eventualmente no país contrato em nome do vendedor não é suficiente para determinar a aplicação do disposto neste artigo.<sup>164</sup>

Em ambos os casos – comissários e mandatários – a caracterização do estabelecimento pessoal e sujeição à tributação brasileira não depende de terem esses terceiros uma relação de dependência com a pessoa jurídica estrangeira, diferentemente do que dispõe o regime jurídico convencional, conforme se depreende do art. 5.º, parágrafo 6.º da Convenção Modelo da OCDE:

Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State

---

<sup>164</sup> Nesse sentido a Solução de Consulta SRRF-Disit n.º 04, de 23 de janeiro de 2013.

carries on business in the first-mentioned State as an independent agent and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is closely related, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise.

Esclareça-se, doutra banda, que a relação de dependência, de acordo com o regime convencional, não é por si só elemento suficiente para caracterização do estabelecimento permanente. E no regime doméstico brasileiro sequer é condição.

Assim, se por exemplo, uma empresa estrangeira tem no Brasil algum empregado contratado para executar algum serviço, mesmo que a permanência desse empregado no país se dê por tempo suficiente a caracterizá-lo como domiciliado no Brasil para fins fiscais, isso não é suficiente para caracterização de um estabelecimento permanente da empresa estrangeira no Brasil. Primeiro, porque de acordo com a regra doméstica brasileira, caso seja só ela aplicável à espécie, a caracterização de estabelecimento pessoal é prevista exclusivamente para operações de compra e venda de mercadorias. Segundo, mesmo que aplicáveis as regras convencionais adotadas pelo Brasil, podendo tal estabelecimento se estender aos casos de venda de serviços, o elemento determinante da caracterização do estabelecimento pessoal é a outorga de poderes à pessoa para que ela celebre contratos em nome da outorgante estrangeira. Sem a existência desse mandato, não deverá haver reconhecimento de um estabelecimento pessoal, com as consequências tributárias daí advindas.

Note-se que no caso do estabelecimento pessoal o elemento determinante para sua configuração não é a execução do contrato propriamente, mas a sua conclusão e a conferência de poderes para tanto. Assim também o é no direito convencional. A execução de serviços no Estado fonte só justifica a competência tributária desse estado para tributar os lucros decorrentes

dessa prestação, ressalvadas as situações específicas previstas na própria convenção, caso haja no Estado fonte um estabelecimento fixo da empresa estrangeira. Conforme esclarecem os comentários à Convenção Modelo da OCDE, o reconhecimento de um estabelecimento permanente a partir da simples execução de serviços não atenderia a uma política tributária racional, uma vez que resultaria na imposição de obrigações acessórias típicas e aplicáveis à apuração de resultados obtidos por estabelecimentos fixos:

134. Also, the source taxation of profits from services performed in the territory of a Contracting State by an enterprise of the other Contracting State that does not have a fixed place of business in the first-mentioned State would create difficulties concerning the determination of the profits to be taxed and the collection of the relevant tax. In most cases, the enterprise would not have the accounting records and assets typically associated with a permanent establishment and there would be no dependent agent which could comply with information and collection requirements. Moreover, whilst it is a common feature of State's domestic law to tax profits from services performed in their territory, it does not necessarily represent optimal tax treaty policy.<sup>165</sup>

---

<sup>165</sup> Reconhecendo que muitos países entendem que seria suficiente para caracterização de um estabelecimento pessoal a execução de serviços no Estado fonte, a Convenção Modelo da OCDE propôs redação alternativa para essa situação, buscando delimitar com isso sua abrangência. A regra alternativa assim dispõe:

"Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2 and 3, where an enterprise of a Contracting State performs services in the other Contracting State

a) through an individual who is present in that other State for a period or periods exceeding in the aggregate 183 days in any twelve months period, and more than 50 per cent of the gross revenues attributable to active business activities of the enterprise during this period or periods are derived from the services performed in that other State through that individual, or

b) for a period or periods exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period, and these services are performed for the same project or for connected projects through one or more individuals who are present and performing such services in that other State

Há, porém, que se ressaltar que a presença de um empregado de empresa estrangeira atuando no Brasil na prestação de serviços, pode, em tese, levar as autoridades brasileiras a reconhecer a presença de um estabelecimento fixo no país, caso tenha esse empregado, de fato, algum estabelecimento à sua disposição, necessário ou até mesmo útil, à prestação dos serviços no Brasil. Isso porque o art. 126 do CTN prescreve que a capacidade tributária passiva independe de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

## **8. A jurisprudência brasileira sobre Estabelecimento Permanente**

Conforme dito anteriormente, é parca a jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema. Entretanto, as poucas decisões encontradas revelam a incompreensão dos efeitos de se reconhecer a presença de um estabelecimento permanente no Brasil. Isso porque em todas elas o reconhecimento de um estabelecimento permanente no Brasil levou à aplicação do imposto de renda na fonte, quando a sua presença era justamente o argumento para afastar tal incidência.

Nesse sentido foi a decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf, no processo n.º 16682.721312/2013-91<sup>166</sup>. No caso, a Petrobras havia feito pagamentos em favor de empresas estrangeiras, a título de afretamento de plataformas, navios e sondas para pesquisa/exploração de petróleo e gás, sem a retenção do imposto de

---

the activities carried on in that other State in performing these services shall be deemed to be carried on through a permanent establishment of the enterprise situated in that other State, unless these services are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if performed through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph. For the purpose of this paragraph, services performed by an individual on behalf of one enterprise shall not be considered to be performed by another enterprise through that individual unless that other enterprise supervises, directs or controls the manner in which these services are performed by the individual."

<sup>166</sup> Acórdão n.º 2202-003.063 - 2.a Câmara / 2.a Turma Ordinária.

renda na fonte, com fundamento na aplicação de alíquota zero prevista em lei para essas operações. Paralelamente ao afretamento a Petrobras contratou a prestação de serviços de exploração de petróleo por empresas brasileiras do mesmo grupo econômico dos fretadores. O Fisco entendeu que a bipartição dos contratos era artificial e que todos os pagamentos se davam em contrapartida à prestação de serviços executados no Brasil. Em assim sendo, de acordo com o Fisco, as remessas ao exterior deveriam sofrer a incidência de retenção na fonte.

O Carf seguiu o entendimento do Fisco, concluindo que os contratos de afretamento eram parte integrante de contratos de prestação de serviços. Portanto, as remessas para o exterior teriam sido feitas em pagamento a serviços prestados no Brasil pelas empresas estrangeiras, pelas empresas brasileiras pertencentes aos seus respectivos grupos econômicos. Estas figurariam como estabelecimentos permanentes no Brasil das empresas estrangeiras. A partir de tal premissa o Carf decidiu então que as remessas para países com os quais o Brasil não tinha acordo de bitributação deveriam sofrer a incidência normal do imposto de renda na fonte, conforme previsto em lei; as remessas para países com os quais o Brasil mantinha acordo de bitributação que equiparassem os serviços prestados a royalties deveriam sofrer a retenção na fonte, uma vez que os acordos previam retenção na fonte para pagamento de royalties; e, finalmente, as remessas para países com os quais o Brasil mantinha acordo de bitributação que não fizessem a referida equiparação, deveriam sofrer a retenção por força do disposto no artigo 7.º, parágrafo primeiro desses acordos:

Pela análise dos diversos contratos firmados pela contratante (Recorrente) com os prestadores de serviço, é de se concluir que na verdade a empresa PRIDE FORAMER SAS, sediada na França, possuía estabelecimento permanente no Brasil, na forma da empresa brasileira PRIDE DO BRASIL LTDA, o que lhe propiciava manter a prestação do serviço do modo como contratado.

Dessa forma, são aplicáveis a esses contratos com a empresa PRIDE FORAMER SAS as regras da tributação do IRRF nas remessas feitas pela contratante ao exterior, conforme ressalva do parágrafo 1.º do artigo 7.º do Tratado.

Também podemos concluir que devem ser adotadas essas mesmas conclusões para os demais contratos objeto do presente lançamento, uma vez que todos eles obedeceram ao mesmo padrão de formação. Portanto, ainda que se entenda que os serviços prestados não estão incluídos no conceito de royalties em obediência ao estipulado nos protocolos adicionais, a tributação na fonte seria exigida em função da existência de estabelecimentos permanentes no Brasil dessas empresas sediadas no estrangeiro.

A conclusão do acórdão em evidência, entretanto, diverge tanto das disposições dos acordos firmados pelo Brasil, como das disposições domésticas sobre apuração do lucro gerado por estabelecimentos fixos no Brasil pertencentes a empresas estrangeiras. De acordo com a legislação brasileira, conforme já referido, a apuração do lucro nessas situações deve se dar nos mesmos termos aplicáveis às demais pessoas jurídicas contribuintes do imposto sobre a renda, ou seja, pela contraposição de receitas e despesas relacionadas ao estabelecimento fixo. Não se podendo apurar tais receitas e despesas, então a alternativa é o arbitramento, mas jamais a tributação na fonte, a qual não tem previsão para estas situações.<sup>167</sup> Nesse mesmo sentido a determinação encontrada no art. 7.º dos acordos firmados pelo Brasil, conforme conclui Michel Przepiorka<sup>168</sup>:

Nos casos que chegaram ao CARF, mesmo reconhecendo-se a existência de um PE, optou-se pela retenção na fonte, ignorando completamente as regras de alocação de lucros e despesas previstas no art. 7.º dos DTC. **De**

---

<sup>167</sup> O fato de o pagamento ter sido feito para a empresa no exterior e não ao seu estabelecimento fixo no Brasil não deveria modificar a natureza e titularidade dessa receita, que conforme decidiu o próprio Carf, pertencia ao estabelecimento fixo.

<sup>168</sup> Michel Przepiorka, "Estabelecimento Permanente à Brasileira", *Revista Direito Tributário Atual*, n.2, 2017, p. 162.

**se concluir que as autoridades julgadoras administrativas, quando tiveram oportunidade de se manifestar sobre a matéria, viram no PE uma mera autorização para tributação na fonte, em clara afronta à redação dos DTC e à prática internacional.** (grifo nosso)

Tal conclusão, por sua vez, não se restringiu às manifestações da corte administrativa. No judiciário também já vinha ganhando eco, conforme se verifica de caso que tinha a base fática:

TRIBUTÁRIO. RECOLHIMENTO DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF SOBRE REMESSAS DE VALORES DECORRENTES DA EXECUÇÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (CESSÃO DE MÃO DE OBRA). ART. 7.º DA CONVENÇÃO CONTRA A DUPLA TRIBUTAÇÃO CELEBRADA ENTRE BRASIL E NORUEGA (DECRETO N.º 86.710, DE 09/12/1981). LEI N.º 9.779/99. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INTERNA.

1. Na origem, trata-se de ação ordinária proposta por SEADRILL SERVIÇOS DE PETROLEO LTDA e SEVAN MARINE SERVIÇOS DE PERFURAÇÃO LTDA cujo pedido é de declaração de inexigibilidade tributária e repetição de indébito em relação a IRRF (Imposto de Renda Retido na Fonte) recolhido sobre a remuneração paga em razão de contrato de cessão de mão de obra com sociedade empresária internacional. As autoras são empresas que têm por objeto as atividades de apoio à extração de petróleo e gás natural e, para a consecução de seus fins, têm celebrado habitualmente contratos de cessão de mão de obra qualificada com a empresa EASTERN DRILLING AS, domiciliada na Noruega.

2. A antinomia supostamente existente entre a norma da convenção e o direito tributário interno resolve-se pela regra da especialidade, ainda que a normatização interna seja posterior à internacional, como é o caso da Lei 9779/99 em relação à Convenção (Decreto 86.710/81). O art. 98 do CTN deve ser interpretado à luz do princípio *lex specialis derogat generalis*, não havendo, propriamente, revogação ou derrogação da norma interna pelo regramento internacional, mas apenas suspensão de eficácia que atinge, tão só, as situações

envolvendo os sujeitos e os elementos de estraneidade descritos na norma da convenção (REsp 1161467/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 01/06/2012).

3. Não há, no Tratado Brasil-Noruega, qualquer definição do que venha a ser “lucro”, caberá à lei brasileira conceituar o termo, de forma que os lucros se diferem substancialmente do conceito de rendimento. Os rendimentos pagos como contraprestação pela prestação de serviços não constituem lucro, mas sim mera receita, remuneração, ou seja, mero rendimento pelos serviços prestados, não guardando identidade com o art. 7.º, 1 da Convenção. Assim, não procedem os argumentos da parte autora “de que o lucro ao qual se refere o tratado não é o ‘lucro real’, mas sim os rendimentos que componham referido lucro”. Essa interpretação extensiva é vedada ao Judiciário, mormente na hipótese de haver norma que explicita os conceitos de lucro e rendimento (art. 31 do Decreto-Lei n.º 1.598/77 e o RIR/99 - Decreto n.º 3.000/99 -, em seu artigo 247, *caput*, e § 1.º).

4. Assim, verifica-se que a convenção contra bitributação (Brasil x Noruega) - Decreto 86.710, de 09/12/1981 - não traz normatização específica quanto à expressão “lucro” e isso atrai a aplicação da legislação pátria (Art. 7.º, da Lei n.º 9.779/99, no art. 685, II, “a”, do Decreto n.º 3.000/99) tanto em relação ao aspecto material quanto quantitativo da hipótese de incidência tributária.

5. Mesmo à luz da própria Convenção, a retenção do imposto de renda é devida pelas autoras, pois possuem estabelecimento permanente no Brasil, e isso representa a ressalva constante do próprio art. 7.º, 1 da Convenção, invocado pela parte autora (1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente).

6. Nos termos do artigo 5.º, itens 1 e 4 da Convenção, a condição de estabelecimento permanente se qualifica pela aptidão de celebrar contratos em nome da empresa estrangeira, como no caso das apelantes. Isso ficou demonstrado nos autos pela análise do objeto social das sociedades envolvidas (fls. 847/848). As autoras integram um grupo econômico, com sede no exterior, desempenhando meramente o papel de prospecção, permanente, de contratos de apoio à exploração de petróleo e gás junto às concessionárias locais, no território nacional. Em outros termos, funcionariam, em tese, como a própria extensão, no país, de suas respectivas empresas controladoras no exterior, o que por si só, assegura ao Estado brasileiro, conforme prevê o tratado invocado, a tributação incidente nas operações realizadas em solo pátrio (critério da territorialidade conjugado com o princípio do estabelecimento permanente).

7. Recurso de SEADRILL SERVIÇOS DE PETROLEO LTDA e SEVAN MARINE SERVIÇOS DE PERFURAÇÃO LTDA improvido.<sup>169</sup>

Tais decisões confirmam o que já se afirmara anteriormente, ou seja, a tendência de se buscar no Brasil a aplicação do regime pontual e analítico do imposto de renda na fonte para toda e qualquer situação em que a competência tributária brasileira é afirmada cumulativamente à competência do Estado de residência da pessoa jurídica.

## **9. O papel do Estabelecimento Permanente na distribuição da tributação sobre a renda na economia digital**

Por último, há que se reconhecer que as regras para caracterização do estabelecimento permanente, seja na ordem jurídica convencional, seja na ordem jurídica brasileira, vêm se mostrando insuficientes a atender à expectativa de tributação dos Estados de destino dos bens e serviços comercializados na economia digital<sup>170</sup>. Tais Estados se consideram o Estado

---

<sup>169</sup> Apelação Cível - Turma Espec. II - Tributário - 014905-42.2015.4.02.5101 (2015.51.01.145905-1).

<sup>170</sup> Sobre a crise dos elementos de conexão na economia digital, ver Rodolfo Tsunetaka Tamanaha, "Tributação e Economia Digital - Análise do Tratamento Tributário dos

fonte das rendas geradas nesta economia, uma vez que, diferentemente da economia tradicional, a produção de valor está muito mais relacionada a elementos intangíveis como software e o próprio mercado consumidor, do que a bens intangíveis como estabelecimentos fixos e mão de obra. Daí que a regra que atribui competência tributária cumulativa aos Estados fonte quando neles se identifica a presença de um estabelecimento permanente, caracterizado por um complexo organizado de bens em um ponto fixo do território, já não mais seria a conexão adequada para definir tal competência.

Além de inadequado como regra de conexão, o estabelecimento permanente, quando não impossível, é dificilmente identificado nessa economia. Isso porque os vários elementos que compõem um estabelecimento permanente podem se dividir em diferentes Estados, cada qual executando uma atividade que isoladamente pode ser considerada como auxiliar à produção da renda. Assim, por exemplo, o website pode estar disponível para acesso em um determinado Estado por intermédio de provedores de acesso e o servidor que armazena os dados em outro Estado. Essas deficiências foram reconhecidas pela própria OCDE nos comentários à Convenção Modelo:

123. Whilst a location where automated equipment is operated by an enterprise may constitute a permanent establishment in the country where it is situated (see below), a distinction needs to be made between computer equipment, which may be set up at a location so as to constitute a permanent establishment under certain circumstances, and the data and software which is used by, or stored on, that equipment. For instance, an internet web site, which is a combination of software and electronic data, does not in itself constitute tangible property. It therefore does not have a location that can constitute a "place of business" as there is no "facility such as premises or, in certain instances, machinery or equipment" (see

---

Rendimentos da Computação em Nuvem", IBDT, Série Doutrina Tributária vol. XXX, 2020, pp. 238-262.

paragraph 6 above) as far as the software and data constituting that web site is concerned. On the other hand, the server on which the web site is stored and through which it is accessible is a piece of equipment having a physical location and such location may thus constitute a “fixed place of business” of the enterprise that operates that server.

124. The distinction between a web site and the server on which the web site is stored and used is important since the enterprise that operates the server may be different from the enterprise that carries on business through the web site. For example, it is common for the web site through which an enterprise carries on its business to be hosted on the server of an Internet Service Provider (ISP). Although the fees paid to the ISP under such arrangements may be based on the amount of disk space used to store the software and data required by the web site, these contracts typically do not result in the server and its location being at the disposal of the enterprise (see paragraph 10 to 19 above), even if the enterprise has been able to determine that its web site should be hosted on a particular server at a particular location. In such a case, the enterprise does not even have a physical presence at that location since the web site is not tangible. In these cases, the enterprise cannot be considered to have acquired a place of business by virtue of that hosting arrangement. However, if the enterprise carrying on business through a web site has the server at its own disposal, for example it owns (or leases) and operates the server on which the web site is stored and used, the place where that server is located could constitute a permanent establishment of the enterprise if the other requirements of the Article are met.

125. Computer equipment at a given location may only constitute a permanent establishment if it meets the requirement of being fixed. In the case of a server, what is relevant is not the possibility of the server being moved, but whether it is in fact moved. In order to constitute a fixed place of business, a server will need to be located at a certain place for a sufficient period of time so as to become fixed within the meaning of paragraph 1.

Todas essas incertezas não são superadas nem pelo regime convencional vigente, nem pelo regime doméstico brasileiro relativo aos estabelecimentos permanentes, os quais estão calcados basicamente em complexos organizados de bens tangíveis em pontos fixos e pessoas outorgadas de poderes para celebração de contratos.

Em decorrência disso, muito se tem discutido sobre ajustes no conceito de estabelecimento permanente ou mesmo sobre a alteração da regra de conexão externada pelo art. 7.º da Convenção Modelo da OCDE quando aplicáveis a operações da economia digital<sup>171</sup>. Como até agora nenhuma solução consensual foi encontrada, o que vem acontecendo é que muitos Estados vêm criando tributação específica para operações digitais, o chamado *Digital Service Tax*, muitos deles criados para existir até que se chegue a um consenso quanto à harmonização das regras sobre tributação dos estabelecimentos permanentes na economia digital.

## 10. Conclusão

O estabelecimento permanente é um dos elementos de conexão para definição da competência tributária do Estado fonte, o qual disputa tal competência com o Estado de residência da empresa titular do estabelecimento. A competência tributária do Estado fonte, definida com base no estabelecimento permanente, é cumulativa e excepcional à competência do Estado de residência. A cumulatividade e excepcionalidade da competência do Estado fonte restringe sua incidência sobre os lucros atribuídos ao estabelecimento permanente e a aplicação do Princípio da Força Atrativa do estabelecimento permanente. De acordo com a Convenção Modelo da OCDE, o estabelecimento permanente é equiparado a uma empresa residente no Estado fonte para fins de aplicação das regras

---

<sup>171</sup> Sobre a extensão e efeitos de novas regras de conexão, conforme proposto pela OCDE (Action 1 BEPS). Ver Daniel W. Blum, *Permanent Establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative - The Nexus Criterion Redefined?*, IBFD, Bulletin for International Taxation, June-July 2015, pp. 314 e ss.

de apuração do lucro a ele atribuído. O Brasil segue esse modelo no que concerne aos estabelecimentos permanentes fixos. No que tange aos estabelecimentos permanentes pessoais, o Brasil possui regra distinta, fundada no arbitramento do lucro do comitente. Em que pese a apuração do lucro dos estabelecimentos permanentes deve se dar pela contraposição de receitas e despesas, da mesma forma que aplicável às empresas residentes no Brasil, as autoridades brasileiras insistem em submeter o lucro desses estabelecimentos ao imposto de renda na fonte quando sujeitos a remessas ao exterior. Essa posição vem sendo suportada por decisões administrativas e judiciais.

No que tange aos serviços, a simples execução de serviços no Estado fonte, sem a presença de um estabelecimento fixo, não é elemento suficiente à caracterização do estabelecimento permanente. Ressalvados os casos em que se aplicam as regras constantes de acordos para evitar a bitributação firmados pelo Brasil, a legislação interna brasileira sequer prevê a caracterização de estabelecimentos permanentes pessoais relacionados à prestação de serviços.

Por fim, resta claro que as atuais regras para caracterização de estabelecimentos permanentes, sejam elas convencionais ou emanadas do direito interno brasileiro, não servem para definir a distribuição da competência entre Estado fonte e Estado de residência da empresa quando se trata de renda derivada da economia digital. Tal constatação vem instigando a discussão sobre 1) quais seriam os elementos ideais a caracterizar o estabelecimento permanente para fins de empreendimentos nessa economia, 2) se a melhor alternativa não seria criar novo elemento de conexão para justificar a competência do Estado fonte, alterando-se com isso o art. 7.º da Convenção Modelo, ou 3) simplesmente criar um tributo específico para tributar a renda dessas operações.



PRINCIPAL PURPOSE TEST E A  
RELAÇÃO DE EQUILÍBRIO  
ENTRE FISCO E  
CONTRIBUINTE

# PRINCIPAL PURPOSE TEST E A RELAÇÃO DE EQUILÍBRIO ENTRE FISCO E CONTRIBUINTE

*Luciana Nobrega e Silva Loureiro*

## 1. Introdução

O Relatório sobre Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros (*Base Erosion and Profit Shifting* - BEPS), proposto pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), identificou quinze planos de ações necessários para a concretização de seus objetivos. Um dos planos de maior destaque é a Prevenção da Concessão de Benefícios Previstos por Tratados em Circunstâncias Inapropriadas (Plano de Ação 6).

O Plano de Ação 6 visa, na essência, o combate das estratégias de *treaty shopping*, ou seja, o plano prevê a criação de regras antiabusivas para evitar que contribuintes façam uso de estruturas artificiais que têm como propósito atingir uma redução de carga tributária, mediante a utilização de acordos bilaterais para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal (tratados).<sup>172</sup> A principal recomendação do Plano de Ação 6 é a incorporação de cláusulas aos tratados, que assegurem a aplicação deles somente no cenário de (i) beneficiários efetivos (LOB) e (ii) estruturas que tenham sido implementadas sem o principal propósito de reduzir carga tributária em virtude da aplicação desses instrumentos (*principal purpose test* ou PPT).

O presente estudo focará na cláusula PPT, já que a redação proposta pela OCDE foi, certamente, um dos temas do relatório BEPS que provocou maior comoção e criticismo entre os acadêmicos e praticantes do direito tributário internacional, *in verbis*.

---

<sup>172</sup> OCDE. *BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstance*, 2015, p. 11.

Não obstante as outras disposições desta Convenção, não será concedido benefício ao abrigo desta Convenção relativamente a um elemento de rendimento se for razoável concluir, considerando todos os fatos e circunstâncias relevantes, que a obtenção desse benefício foi um dos principais objetivos de qualquer arranjo comercial ou transação que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, a menos que fique demonstrado que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes desta Convenção.<sup>173</sup>

Com o processo de implementação do Plano de Ação 6, a OCDE alterou a Convenção Modelo para inclusão da redação acima em seu artigo 29, item 9. Além disso, o plano recomenda que os tratados em vigor sejam renegociados para incluir a cláusula PPT e os novos tratados que venham a ser publicados passem a adotar a redação suprarreferida.

Depreende-se facilmente da leitura da cláusula que o PPT foi estruturado na forma de dois testes, aplicáveis para determinar se os benefícios do tratado a que se refere devem ou não estar disponíveis ao cenário avaliado.

1. primeiro teste é subjetivo: é razoável concluir que o benefício testado foi um dos principais objetivos do negócio ou da transação que nele resultou?
2. segundo teste é objetivo e somente aplicável no cenário de uma resposta positiva ao primeiro teste: a concessão do benefício no cenário sob análise estaria de acordo com o objeto e o propósito do tratado?

Neste estudo, analisaremos a aplicabilidade prática dos testes e as considerações ante à sistemática jurídica brasileira.

---

<sup>173</sup> Idem, p. 57.

## 2. Primeiro teste – Razoabilidade e motivação

Há duas grandes críticas encontradas na doutrina e debatidas nos fóruns internacionais quanto ao primeiro teste. A primeira refere-se ao exercício irrestrito de razoabilidade conferido às autoridades fiscais. A segunda decorre da amplitude da motivação, já que a redação veda a concessão do benefício se sua obtenção for “um dos principais motivos” para a estrutura ou negócio adotado.

### 2.1. PPT como presunção relativa: o termo “razoável concluir” e o direito do contribuinte de apresentar prova em contrário

A cláusula PPT aloca o ônus da prova às autoridades fiscais, que devem construir sua conclusão e justificá-la. Contudo, ao limitar a exigência de tal prova à mera conclusão razoável, a redação confere ao Fisco uma flexibilidade que resulta em uma correspondente limitação do direito do contribuinte de evidenciar que a estrutura que eleger para o exercício de seus negócios não resulta em abuso de direito ou fraude ao erário. A aplicação *ipsis litteris* da norma pode levar à interpretação de que se a conclusão referente ao cenário de *treaty shopping* e a intenção de abuso do contribuinte tiver o mínimo de lastro nos fatos, os benefícios do tratado já poderiam ser negados pelas autoridades competentes. Esse efeito gera crítica frequente na doutrina de que a regra foi construída de uma forma desbalanceada, que favorece as autoridades competentes em detrimento dos interesses e direitos do contribuinte.<sup>174</sup>

Toda regra antiabusiva, contudo, deve ser entendida como uma presunção relativa. A presunção é construída por meio de um processo lógico-jurídico, que objetiva tratar como verdadeiro um fato desconhecido. Segundo

---

<sup>174</sup> Michael Lang, “BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties”, In: *Tax Notes International*, v. 74, Taxanalysts, 2014, p. 658. Disponível em < <https://www.taxnotes.com/tax-notes-international/tax-system-administration-issues/beps-action-6-introducing-antiabuse-rule-tax-treaties/2014/05/19/sk97>> Acesso em: 18 ago. 2020.

Gilberto Ulhôa Canto, o processo de construção de uma presunção depende, normalmente, de uma sequência histórica de fatos iguais, reincidentes e conhecidos:

Na presunção, toma-se como sendo a verdade de todos os casos aquilo que é a verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de frequência ou de resultados conhecidos, ou em decorrência da previsão lógica do desfecho. Porque na grande maioria das hipóteses análogas determinada situação se retrata ou define de um certo modo, passa-se a entender que desse mesmo modo serão retratadas e definidas todas as situações de igual natureza. Assim, o pressuposto lógico da formulação preventiva consiste na redução, a partir de um fato conhecido, da consequência já conhecida em situações verificadas no passado; dada a existência de elementos comuns, conclui-se que o resultado conhecido se repetirá. Ou, ainda, infere-se o acontecimento a partir do nexu causal lógico que o liga aos dados antecedentes.<sup>175</sup>

É sabido que operações internacionais podem efetivamente resultar em uma carga tributária reduzida em virtude da aplicação de tratados. É notório que, historicamente, planejamentos sem substância ou propósito comercial foram amplamente adotados para que essa redução via aplicação de tratados fosse obtida em face da forma da transação. Constata-se, outrossim, uma tendência global de repressão a esses tipos de planejamentos fiscais, essencialmente, porque eles não refletem a realidade econômica de uma operação, possuem um caráter meramente artificial e não justificam, portanto, a correspondente redução da carga tributária. Justa, portanto, a intenção da OCDE em sugerir ações que coíbam esses planejamentos artificiais.

Injustificável, no entanto, que as presunções previstas nas normas antiabusivas sejam aplicadas *jures et de jure*. De fato, é pacífico na doutrina

---

<sup>175</sup> Gilberto de Ulhôa Canto, "Presunções no direito tributário", In: Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Caderno de pesquisas tributárias*, v.9, São Paulo, Resenha Tributária, 1991, p. 3 e 4.

o entendimento de que presunções absolutas não podem ser utilizadas na esfera tributária, como corroboram os ensinamentos de Maria Rita Ferragut:

Diante destas considerações, entendemos que as “presunções absolutas” não podem ser validamente utilizadas para a instituição de obrigações tributárias, já que não permitem que o sujeito contra quem a presunção aproveita apresente provas cabais de que o evento descrito no fato indiciado não ocorreu, mas que, mesmo assim, o direito permaneça reconhecendo-o como ocorrido.<sup>176</sup>

Também não é admissível que a presunção seja aplicada de forma qualificada, ou seja, que a lei restrinja os meios de prova disponíveis ao contribuinte para demonstrar a diferença entre sua situação concreta e a presunção proposta pela norma.

Essa é, inclusive, a crítica que se faz à legislação de preços de transferência no Brasil. A aplicação das margens fixas trazidas pelos artigos 18 e seguintes da Lei 9.430, publicada em 27 de dezembro de 1996, estabelece uma presunção legal de margem de lucro mínima nos países de residência das partes envolvidas em operações de importação, exportação ou remessas de juros intragrupo ou com partes residentes em jurisdições com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado. A legislação de preços de transferência também é uma norma antielisiva que visa trazer à esfera tributária brasileira lucros que seriam transferidos ao exterior com base em potenciais manipulações entre partes relacionadas, ou ainda, lucros transferidos para países cuja tributação sobre estes lucros seria nula ou irrisória.

Todavia, o artigo 21, parágrafo 2.º da lei em referência, regulado pela Portaria 222, publicada pelo Ministério da Fazenda, em 2 de setembro de 2004, reconhece espontaneamente a possibilidade de o contribuinte demonstrar que margem diversa das margens fixas estabelecidas pela Lei

---

<sup>176</sup> Maria Rita Ferragut, *Presunções no Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 83.

9.430/96 reflete valores de mercado. Portanto, mediante essa comprovação, o normativo permite ao contribuinte fazer uso dessa margem em lugar das margens fixas. Destarte, a Lei 9.430/96 seria, a princípio, uma norma antielisiva em forma de presunção legal relativa.

Ainda que assim seja, a presunção trazida pelas regras de preços de transferência reflete o caráter de uma presunção legal qualificada, em vez de uma presunção relativa. Isso porque, embora a norma admita de forma expressa prova em contrário pelo contribuinte (e, portanto, não se configure como uma presunção legal absoluta), ela também limita as espécies de prova que podem ser utilizadas pelo contribuinte no âmbito desse processo. De fato, a Portaria 222 estabelece critérios para essa demonstração de valor de mercado que acabam por limitar, se não dizer, cercear, o direito do contribuinte de fazê-lo.

Nesse contexto, invocamos novamente o conhecimento de Maria Rita Ferragut:

Já as presunções legais devem ser aceitas para a instituição de obrigações tributárias, desde que corretamente aplicadas e assegurando-se sempre ao contribuinte o devido processo legal. Ocorre, no entanto, que o exercício da ampla defesa não foi totalmente garantido nos enunciados jurídicos disciplinadores dos preços de transferência, que equivocadamente pretendam contemplar apenas presunções legais qualificadas, eivando-os, pois, de inconstitucionalidade.<sup>177</sup>

Não nos cabe aqui fazer um juízo de valor sobre a qualidade das regras sobre preços de transferência no Brasil, mas sim, demonstrar que as presunções legais devem admitir prova em contrário, sob pena de serem consideradas inconstitucionais, e tais provas não podem ser limitadas ou

---

<sup>177</sup> Maria Rita Ferragut, *Presunções no Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, 2001, p. 123.

qualificadas pela legislação sob pena de, novamente, serem eivadas de inconstitucionalidade.

Da mesma forma, entendemos que deveria ser essa a lógica que embasa o PPT, como norma antiabusiva que é. Deve ser oferecido ao contribuinte, destarte, direito amplo à apresentação de provas capazes de sustentar sua pretensão, sendo vedada à lei a restrição a esse direito constitucional da ampla defesa.

Nesta égide, ressaltamos que é premissa de validade das normas publicadas no sistema jurídico brasileiro (incluindo-se neste rol as normas antielisivas e/ou presuntivas) que elas sejam aplicadas em consonância com os valores fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

Nesse sentido, entendemos que é mister que o PPT seja interpretado em face dos seguintes resguardos constitucionais:

- (i) princípio da ampla defesa<sup>178</sup>: pelo qual o contribuinte não deve sofrer restrição à produção de provas que comprovem a diferenciação entre sua situação fática e a hipótese de incidência a qual a norma presuntiva visa atingir.
- (ii) A vedação ao enriquecimento sem causa<sup>179</sup>: pelo qual não poderia o Fisco brasileiro beneficiar-se injustificadamente pela incidência de uma norma sobre um caso concreto que não se coaduna com a presunção por ela descrita.
- (iii) princípio do não confisco<sup>180</sup>: pelo qual não pode o Fisco cobrar tributo que absorva o patrimônio ou comprometa o bom

---

<sup>178</sup> BRASIL. Constituição (1988), art. 5.º, LV, Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

<sup>179</sup> Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, arts. 884-886.

<sup>180</sup> BRASIL. Constituição (1988), art.150, IV, Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

funcionamento da pessoa jurídica, gravando-as de forma desmedida ou incompatível com suas atividades.

Não se pode admitir que haja um desequilíbrio entre o nível de exigência comprobatória aplicável às autoridades fiscais e ao contribuinte. A “conclusão razoável” prevista pelo PPT, como já vimos, favorece imensamente o Fisco em detrimento do contribuinte, a quem não é nem mesmo oferecida a possibilidade de comprovar que a conclusão é incorreta. E, ainda que assim fosse, o exercício de razoabilidade irrestrito adiciona uma flexibilidade que torna inócua qualquer tentativa de rebate pelo contribuinte.

Assim, sendo o PPT uma norma tributária embasada por uma presunção, e sendo vedada na esfera do direito tributário brasileiro a existência de presunções absolutas ou qualificadas, a presunção deve ser interpretada e aplicada como uma presunção relativa, de modo que deve ser preservado o direito ao contribuinte de apresentar prova contrária à generalidade presumida pela norma.

## **2.2. Motivação: amplitude e jurisprudência nacional**

A segunda crítica ao primeiro teste refere-se à amplitude da motivação, ou seja, a redação veda a concessão do benefício se sua obtenção for “um dos principais motivos” para a estrutura ou negócio adotado. Ao contrário de sua denominação, o PPT, conforme proposto pela OCDE, não exige que o efeito fiscal tenha sido a única ou ao menos a principal razão que motivou o contribuinte a adotar determinado arranjo. Novamente, a cláusula favorece as autoridades fiscais ao requerer que seja demonstrado que um dos motivos do contribuinte, sem qualquer exercício de julgamento de prevalência, seja a economia fiscal.

As autoridades fiscais brasileiras vêm, com frequência, desconsiderando determinadas transações estruturadas pelas pessoas jurídicas com base em conceitos de substância sobre a forma, com fulcro em artigos como o 149 e

o 116 do Código Tributário Nacional. Em alguns casos, o Fisco tem desconsiderado operações sob o fundamento de que essas, apesar de serem perfeitas no aspecto formal, não possuem substância econômica e propósito negocial e tiveram como único objetivo reduzir ou evitar a carga tributária. Esse posicionamento teve corroboração na esfera administrativa, sendo tais decisões pautadas em uma análise de interpretações fáticas e apreciações particulares dos casos concretos.

É possível constatar um aumento de autuações pelo Fisco com base em conceitos de fraude ou simulação, que em grande parte tem sido acatada pelos julgadores administrativos nas hipóteses em que o contribuinte não consegue demonstrar o propósito negocial da operação realizada.

Um das decisões mais emblemáticas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) sobre o tema foi proferida contra a empresa Marcopolo S.A. (Caso Marcopolo)<sup>181</sup>. Nos autos de infração lavrados contra a Marcopolo S.A., as autoridades fiscais alegaram que empresas de *trading* localizadas no exterior, que atuavam na revenda internacional dos produtos Marcopolo, seriam meramente “centrais de refaturamento”, simuladas para evitar a tributação no Brasil sobre as receitas advindas das vendas no exterior. Assim, a acusação fiscal foi de omissão de receitas da empresa brasileira.

Na tentativa de desconsiderar as empresas de *trading*, as autoridades fiscais alegaram que (i) essas empresas não atuavam efetivamente na revenda de produtos no exterior (ausência de contratos e outros documentos comprovando a interação com clientes); (ii) a documentação relativa às operações dessas empresas era emitida pela Marcopolo S.A. no Brasil; (iii) as empresas não comprovaram a sua existência física (contas de

---

<sup>181</sup> Primeiro Conselho de Contribuintes. Acórdão n.º 105-17.083, 5.a Câmara, 1.a Turma, Rel. Cons. Wilson Fernandes Guimarães, DJ 25/6/2008; e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n.º 1402-00.754, 4.a Câmara, 2.a Turma, Rel. Cons. Antonio José Praga de Souza, DJ 30/9/11.

energia e telefone em nome de terceiros); (iv) as empresas não possuíam equipe de vendas para a realização de suas atividades, sendo que os únicos salários pagos eram para sócios-diretores da própria Marcopolo S.A.; (v) documentos aduaneiros indicavam como endereço das empresas de *trading* o endereço da Marcopolo S.A.; e (vi) a Marcopolo S.A. agia como garantidora dos contratos de financiamento das empresas, dentre outras alegações.

Entre os casos da empresa Marcopolo já julgados no Carf referentes ao tema, os dois primeiros foram resolvidos na Câmara Ordinária, de forma desfavorável ao contribuinte. Nessas decisões, a corte administrativa entendeu que os documentos acostados aos autos pela empresa não comprovariam a efetiva atuação das empresas de *trading* nas vendas de produtos no exterior, de forma que seria possível desconsiderá-los e assumir que as vendas foram realizadas diretamente pela empresa brasileira.

Contudo, no caso julgado mais recentemente, foi proferida decisão favorável à Marcopolo S.A. O Carf não analisou detidamente as provas relativas à efetiva substância das empresas de *trading* estrangeiras e focou a análise no cumprimento da legislação tributária relativa a operações com empresas sediadas em paraísos fiscais. Com efeito, o relator do caso chegou a assumir que as empresas de *trading* teriam estrutura operacional reduzida e que isso não seria o suficiente para desconsiderar os negócios por ela realizados, sendo a forma apropriada para analisar as operações aquela prevista na legislação de preços de transferência.

Assim, a acusação de omissão de receitas foi julgada improcedente, uma vez que as operações entre a Marcopolo S.A. e as empresas de *trading* observaram as normas de preços de transferência.

De qualquer forma, para o presente estudo, vale a consideração dos argumentos utilizados pelas autoridades fiscais na tentativa de suportar que as empresas de *trading* não existiam de fato e não atuavam

efetivamente nas operações de revenda de mercadorias. Vê-se, portanto, que o objetivo das autoridades fiscais era demonstrar que a única razão para a existência das empresas de *trading* era implementar planejamento tributário para reduzir a tributação no Brasil sobre as receitas de exportação de mercadorias.

Contudo, o PPT, como se apresenta, não exige que o Fisco se esforce a tal ponto. Mais do que isso, ele age no sentido contrário, exigindo que o contribuinte demonstre que a estruturação não teve como “um de seus principais motivos” (e não “o principal motivo”, como induz o título da cláusula em questão) a obtenção de eficiência tributária.

Ora, também sobre esse tema, o Carf já se manifestou, reconhecendo que ao contribuinte é permitido se estruturar da forma que lhe seja mais eficiente sob a perspectiva econômica, que é composta, evidentemente, pelo custo fiscal.<sup>182</sup>

Em sessão no dia 15 de agosto de 2018<sup>183</sup>, o Carf decidiu que não há impedimento para que o contribuinte utilize a alternativa fiscalmente mais vantajosa dentre as admitidas pela legislação. Reconhece ainda que a busca da estrutura mais eficiente, inclusive do ponto de vista tributário, é uma necessidade da sociedade empresária – que visa o maior lucro possível – e uma obrigação de seus gestores prevista pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

Destacam-se, nesse mesmo sentido, as palavras da Excelentíssima Ministra Cármen Lúcia, em voto proferido no dia 12 de junho de 2020, como parte do julgamento à ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela

---

<sup>182</sup> Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n.º 1402-001.472, 4.a Câmara, 2.a Turma, Rel. Cons. Carlos Pela, DJ 9/10/2013; e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n.º 1101-000.840, 1.a Câmara, 1.a Turma, Rel. Cons. Nara Cristina Takeda Taga, DJ 4/12/2012.

<sup>183</sup> Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n.º 1401-002.835, 4.a Câmara, 1.a Turma, Cons. Rel. Daniel Ribeiro Silva, DJ 15/8/2018.

Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, questionando a validade constitucional do art. 116 do Código Tributário Nacional.

A norma não proíbe o contribuinte de buscar, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido licitamente evitada.<sup>184</sup>

Não é a intenção do presente estudo afastar o mérito do PPT, nem tampouco o aprofundamento no debate sobre quais os limites impostos pelo ordenamento jurídico e as posições encontradas na esfera administrativa ou judicial sobre a estruturação de operações com vistas à redução de economia tributária. O que principalmente se questiona no presente exame da cláusula proposta pela OCDE é que a redação nega a importância do efeito fiscal de uma determinada operação nos negócios do contribuinte, a ponto de considerar, como abusivo, que o contribuinte considere o custo fiscal como um dos fatores determinantes para a sua operação.

Como vimos, a jurisprudência administrativa reconheceu, em diversas oportunidades, que estruturas envolvendo simulações e ausência de propósito comercial podem ser consideradas abusivas e, portanto, desconsideradas para fins fiscais. Ao mesmo tempo, ela também admite que o contribuinte não é obrigado a organizar suas reestruturações de forma ineficiente, sendo o custo fiscal um elemento-chave para a determinação da viabilidade de um determinado negócio. Percebe-se um equilíbrio na jurisprudência administrativa entre o conceito de abuso (geralmente decorrente de transações simuladas) e a estruturação no formato menos custoso ao contribuinte.

---

<sup>184</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 2446, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário Virtual, Sessão de 12/6/2020.

Na opinião da autora, esse mesmo equilíbrio deveria ser refletido na cláusula PPT. Contudo, a amplitude trazida pela redação “um dos principais motivos” afronta esse balanço e confere às autoridades fiscais a prerrogativa de afastar a aplicação de um tratado com a mera arguição de que – é razoável concluir! – que a economia fiscal foi um dos motivos que levou o contribuinte a adotar determinada estrutura.

### **3. Segundo teste – Objeto e propósito da convenção**

Em uma primeira leitura, a redação do PPT parece oferecer uma exceção objetiva para os testes de razoabilidade e motivação. Ainda que as autoridades fiscais consigam demonstrar que, em um caso concreto, seria razoável admitir que um dos principais motivos da transação estruturada pelo contribuinte foi o de obter a redução de carga tributária, o contribuinte poderá, ainda assim, invocar a aplicação do tratado, se conseguir demonstrar que a concessão desse benefício nessas circunstâncias seria de acordo com o objeto e propósito das disposições relevantes dessa convenção.

A OCDE deixa claro, em diversas passagens do Plano de Ação 6, que tratados não devem ser utilizados para resultar em dupla não tributação<sup>185</sup> e que o propósito, em sentido amplo, é conceder benefícios em respeito às operações comerciais de bens e serviços, exercidas em boa-fé, ao movimento de pessoas e capital, em detrimento de arranjos pelos quais o principal objeto é obter um tratamento fiscal mais favorável. Nesse sentido, a organização também sugeriu a alteração ao preâmbulo da Convenção Modelo, para incluir como parte de seu propósito a prevenção de evasão fiscal e, especialmente, alterar o título do documento para

---

<sup>185</sup> OCDE, *BEPS Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstance*, 2015, p. 12.

Convenção Modelo para Eliminar a Dupla Tributação sobre a Renda e o Capital e Prevenir o Abuso e a Evasão Fiscal.<sup>186</sup>

Ou seja, em termos práticos, o PPT oferta ao contribuinte a possibilidade de evidenciar que a operação (i) não resultou em uma dupla não tributação e (ii) que a aplicação do tratado no caso concreto evita, outrossim, a dupla não tributação. Esses dois critérios podem, de fato, ser considerados objetivos, dado que a demonstração exige somente um exercício numérico. Contudo, a redação novamente conduz a análise à subjetividade na medida em que o propósito enfatizado pela OCDE, no Plano de Ação 6, somente pode ser compreendido mediante a interpretação do termo “evasão fiscal” – o que, como é sabido, tem sido historicamente foco de debates na academia e na jurisprudência.

Na realidade, se a OCDE visou incluir um critério objetivo no PPT, ela acabou por criar um exercício circular. Evidenciar a ausência da dupla não tributação ou da tributação única do mesmo rendimento é, certamente, um cálculo objetivo. Contudo, demonstrar que uma determinada operação não causa evasão fiscal nas jurisdições envolvidas exige, por essência, uma análise relativa à substância, motivação e propósito da operação.

Um exemplo claríssimo é a aplicação do artigo 7.º da Convenção Modelo, reproduzido pela grande maioria dos tratados em vigor, que estabelece:

Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

---

<sup>186</sup> Idem, pp. 58 e 93.

Assumindo que um determinado grupo econômico exerça suas atividades em um Estado Contratante (Estado A) por meio de uma subsidiária, como regra os lucros desta subsidiária somente poderiam ser tributados no Estado A. Caso as quotas da empresa residente no Estado A sejam detidas por uma empresa residente no outro Estado Contratante (Estado B), o artigo 7.º do tratado em vigor entre Estado A e Estado B veda a tributação dos lucros da subsidiária (residente no Estado A), pelo Estado B. A única exceção a essa regra é se a subsidiária exercer atividades no Estado B por meio de um estabelecimento permanente – o que vamos assumir que não ocorre em nosso caso hipotético. A oportunidade de tributação desses lucros pelo Estado B ocorrerá quando, e se, houver transferência desses lucros via dividendos para a sócia – e mesmo assim, a depender das disposições do tratado entre Estado A e Estado B sobre tributação de dividendos.

Contudo, imaginemos que a alíquota do imposto sobre a renda auferida por pessoas jurídicas no Estado A corresponda a 15%, enquanto a alíquota vigente no Estado B é de 25%. Os lucros auferidos pela subsidiária residente no Estado A estão, portanto, sujeitos a um custo fiscal 10% inferior aos lucros que são auferidos no Estado B – podendo haver, ou não, tributação adicional no momento da distribuição dos mesmos lucros.

O contribuinte residente no Estado B, que detém o controle societário da subsidiária residente no país A, consegue evidenciar que sobre os lucros auferidos por sua controlada no país A (i) há tributação e (ii) não há dupla tributação, ou seja, os critérios objetivos do PPT estão preenchidos.

Todavia, imaginemos que o lucro auferido pela controlada no Estado A resulte de atividades de importação e exportação de produtos (*trading*). Os contratos de compra e venda são assinados pela controlada residente no Estado A, porém toda a força e a inteligência comercial encontra-se no Estado B, como funcionários da sócia controladora. Os próximos passos da aplicação do PPT, em seu suposto critério objetivo, é avaliar se a operação resulta em evasão fiscal.

Ora, essa conclusão claramente dependerá de uma avaliação referente ao motivo pela qual os contratos de compra e venda foram assinados por uma subsidiária residente no Estado A, e não pela própria controladora no Estado B. Isso nos leva, portanto, de volta ao exercício de se seria razoável concluir que a obtenção de um benefício (tributação dos lucros limitada ao Estado A) foi um dos principais objetivos da transação (estabelecimento de uma *trading* no Estado A) que resultou direta ou indiretamente nesse benefício, isto é, estamos de volta ao primeiro teste.

#### **4. Conclusão**

O PPT está inquestionavelmente em linha com o objetivo de prevenção de abuso e evasão fiscal. A iniciativa da OCDE claramente corrobora a construção jurisprudencial brasileira acerca da necessidade de substância das operações, propósito negocial e tributação em consonância com a geração/origem de valor intangível. A inclusão dessa menção expressa nos tratados harmoniza o combate à dupla tributação da renda com a tributação justa da renda.

Contudo, a redação como está proposta resulta, inevitavelmente, em um desequilíbrio entre Fisco e contribuinte, atribuindo a este último um esforço hercúleo, ou até mesmo vão, de superar os elementos subjetivos aos quais foi conferido o efeito de vedar a aplicação do tratado. Assim, nossa opinião é de que a inclusão do PPT nos tratados produzirá um dos dois efeitos: (i) vedará a aplicação do tratado em praticamente todas as circunstâncias vislumbráveis, ou (ii) tornar-se-á inócua por força da interpretação das cortes, se estas saírem efetivamente em defesa dos princípios constitucionais da ampla defesa, enriquecimento sem causa e não confisco.



O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO  
DAS PARTNERSHIPS  
(ESTRUTURAS FLOW  
THROUGH) NO BRASIL

# O TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DAS PARTNERSHIPS (ESTRUTURAS FLOW THROUGH) NO BRASIL

*Marcos Vinícius Neder de Lima e Flávia Allegro Gerola*

## 1. Introdução

Nas últimas décadas, em função principalmente dos processos de globalização e das inúmeras oportunidades de investimentos no exterior, cresceram a mobilidade internacional de pessoas e os negócios transnacionais. Surgem, então, desafios de diversas naturezas no direito internacional, sobretudo após a possibilidade de regularização pelos brasileiros de seus ativos não declarados no exterior, em que investidores buscaram organizar de forma mais eficiente seus ativos, considerando as peculiaridades das legislações de cada país. Nos Estados Unidos, por exemplo, é comum os brasileiros se defrontarem, nos seus investimentos, com a recomendação de utilização das chamadas empresas transparentes (*partnerships*) como forma de reduzir a tributação sobre seus ganhos e ativos no território norte-americano.

Ocorre que não há definição precisa no nosso ordenamento pátrio para o conceito de *partnership*. O presente artigo tem por objetivo analisar qual seria o tratamento tributário dos rendimentos e ganhos de capital atribuídos às pessoas físicas residentes no Brasil por essas empresas estrangeiras.

Como o tema é abrangente, para facilitar seu entendimento, restringiremos este artigo à análise de uma situação hipotética em que um residente fiscal "brasileiro" detém participação numa *partnership* sediada nos Estados Unidos com investimentos em ativos financeiros e imóveis também localizados nos Estados Unidos, que é uma jurisdição sem acordo de dupla tributação com o Brasil.

Nesse contexto, analisaremos duas questões específicas:

- (i) como o investimento deve ser reconhecido na declaração às autoridades fiscais brasileiras?
- (ii) qual seria o tratamento tributário dos rendimentos auferidos pela partnership no ano fiscal?

## 2. Considerações iniciais e delimitação do escopo

As *partnerships* têm como principal característica a transparência fiscal, que significa, em linhas gerais, a atribuição dos rendimentos tributáveis da entidade diretamente aos seus sócios. A entidade em si não está sujeita ao recolhimento de tributos na jurisdição em que está sediada, mas apenas os sócios ou integrantes da entidade. A estrutura funciona como um canal de rendimentos direcionados diretamente aos seus sócios, por isso o nome de estruturas “*flow through*”, em inglês.<sup>187</sup>

Nas palavras de Xavier, “A figura da transparência fiscal surgiu, no plano interno, para designar os casos em que a lei atribuiu diretamente aos sócios a quota-parte proporcional da totalidade dos lucros de uma sociedade, apurados ao nível dessa mesma sociedade, independente de uma distribuição efetiva”. O autor esclarece que “a sociedade ‘transparente’

---

<sup>187</sup> Philip Baker aponta a existência de vários graus de transparência, sendo estes: (i) transparência total: quando a sociedade não existe (como uma joint venture contratual, que pode não existir como entidade), ou quando a sociedade for completamente desconsiderada para fins fiscais; (ii) transparência com obrigações acessórias: quando a sociedade mantém um relacionamento com as autoridades fiscais, sob a qual informa seus rendimentos ou ganhos, mas a responsabilidade pelo pagamento dos tributos é exclusivamente dos sócios; (iii) transparência opcional: quando a sociedade ou seus sócios podem optar por transparência; (iv) transparência parcial: quando parte da receita da sociedade é tributada nas mãos da sociedade e parte nas mãos de seus sócios. (Philip Baker, *The Application of the Convention to Partnerships, Trusts and Other, Non-Corporate Entities*, [s.l.]:GITC. Review, v.II,n.1., p.23. nov./2002. Disponível em: [http://taxbar.com/wp-content/uploads/2016/01/application\\_convention\\_pb\\_000.pdf](http://taxbar.com/wp-content/uploads/2016/01/application_convention_pb_000.pdf).

(*pass-through entity*) figura como centro de apuração do resultado, decorrente da contabilização de suas receitas e custos, mas não é o sujeito passivo do imposto, o contribuinte, que é o seu sócio”.<sup>188</sup>

Nesse mesmo sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) entende por “transparência fiscal” as situações em que, “com base na legislação interna de um país, o lucro (ou parte do lucro) auferido por determinada sociedade não é tributado no nível desta sociedade, mas sim no nível de seus sócios”.<sup>189</sup> (tradução nossa)

A celeuma jurídica nasce a partir da constatação de que nem todas as jurisdições reconhecem a transparência fiscal para essas entidades. Os critérios para caracterização de uma entidade como *partnership* decorrem da legislação interna de cada uma dessas jurisdições.

Assim, em operações envolvendo diferentes jurisdições, podem haver incongruências no tratamento jurídico tributário aplicável às *partnerships*, sobretudo na situação em que os sócios da entidade são residentes numa jurisdição com tributação pelo regime das pessoas jurídicas em geral (também conhecido como “tratamento opaco”), mas a *partnership* está sediada em jurisdição que adota a transparência fiscal para esse tipo de empresa. Nessa hipótese, estaremos diante de estruturas híbridas, com tratamentos distintos em cada uma das jurisdições envolvidas para tributação dos mesmos rendimentos.

Com isso, poderá resultar em bitributação ou em dupla isenção dos rendimentos auferidos por brasileiros por intermédio dessas entidades, a depender das jurisdições envolvidas e das normas societárias e tributárias aplicáveis.

---

<sup>188</sup> Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 348.

<sup>189</sup> Comentários da OECD ao artigo 1.º da Convenção Modelo sobre o Rendimento e o Capital.

As discussões sobre o assunto são amplas e podem ser divididas em dois grandes grupos:

- (i) Estruturas em jurisdições com tratados para evitar a dupla tributação, em que o acordo entre os países disciplina previamente a solução de eventual conflito e
- (ii) Estruturas em jurisdições sem tratado e que apresentem divergências de tratamento quanto à transparência fiscal. Neste caso, o conflito deverá ser solucionado pela aplicação de normas domésticas em conjunto com regras de direito internacional privado.

Ensina Maitto que: “fora do âmbito dos tratados, nas situações internacionais envolvendo *partnerships*, tem-se que a identidade de sujeitos dar-se-á a partir da qualificação atribuída à entidade pela lei fiscal interna dos países, podendo haver conflitos nesse sentido, ensejando tanto a bitributação econômica como bitributação jurídica”.<sup>190</sup>

Considerando que a situação hipotética do presente artigo envolve a utilização de *partnership* americana e que o Brasil não possui tratado para evitar a dupla tributação com os Estados Unidos, a presente análise terá como foco as situações indicadas na segunda hipótese descrita acima, qual seja, o caso de jurisdições sem tratado para evitar a dupla tributação entre os países.

Por esse motivo, a metodologia proposta neste artigo compreende primeiro a delimitação do termo “*partnership* americana” para que possamos identificar o regime jurídico aplicável dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>190</sup> Rodrigo Maitto da Silveira, *Aplicação de Tratados Internacionais contra a Bitributação. Qualificação de Partnership Joint Venture*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 224.

## 2.1. A transparência fiscal das *partnerships* americanas

Sob a perspectiva tributária, as pessoas jurídicas nos Estados Unidos podem ser divididas em três grupos: *corporations*, *partnerships* e *disregarded entities* (entidades desconsideradas).

- *corporations* são tributadas como pessoas jurídicas em geral, estando sujeitas à tributação pelo imposto sobre a renda da pessoa jurídica nos Estados Unidos.
- *partnerships* são tratadas como entidades de fluxo contínuo, não estão sujeitas ao imposto de renda das pessoas jurídicas nos Estados Unidos. Os sócios da *partnership* estão sujeitos ao imposto de renda federal americano sobre parcela que lhe é atribuída da receita da *partnership*, a depender do status fiscal dos sócios e da fonte de renda. As *partnerships*, mesmo não sujeitas à tributação do imposto sobre a renda, devem atender obrigações de reporte nos Estados Unidos.
- *disregarded entities* (entidades desconsideradas) possuem um único proprietário e, como o próprio nome diz, são separadas da figura do único proprietário para fins de tributação do imposto americano sobre a renda. Logo, o imposto de renda federal americano atribuído à entidade desconsiderada dependerá da identidade e da residência fiscal de seu único proprietário.

De acordo com Postlewaite<sup>191</sup>, "o termo *partnerships* inclui um sindicato, grupo, ou outra organização não constituída em sociedade, através de ou

---

<sup>191</sup> Philip Frederick Postlewaite, *International Taxation, Corporate and Individual*, 9. ed., Carolina do Norte, Carolina Academic Press, vol.1, caps. 1-11, 2014, p. 405. Texto original: "The term *partnerships* includes a syndicate, group, pool, joint venture, or other unincorporated organization, through or by means of which any business, financial operation, or venture is carried on, and which is not, within the meaning of this title, a trust or estate or a corporation,

por meio da qual qualquer negócio, operação financeira, ou empreendimento é realizado, e que não é, na acepção deste título, um *trust*, espólio ou uma *corporation*, e o termo 'partner' inclui um membro de um sindicato, grupo ou organização. Assim, as qualificações como *partnerships* e *corporations* são mutuamente excludentes." (tradução nossa)

Para fins fiscais americanos, uma empresa doméstica naquele país será considerada uma *partnership* se ela tiver (i) dois ou mais membros e (ii) não for uma *per se corporation* de acordo com a lei americana; e (iii) não tiver optado por ser tributada como uma *corporation*.<sup>192</sup> Isso significa dizer que *partnership* é a classificação fiscal automática de uma empresa americana, desde que atendidos os três requisitos mencionados.

A legislação americana permite que o contribuinte escolha o tratamento tributário que deseja atribuir à determinada entidade, mediante escolha em formulário próprio comumente chamado de *check the box*. Mas a possibilidade de alteração do regime fiscal não está disponível para todos os casos, comportando análise individualizada das situações.

Com relação à responsabilidade dos sócios perante as *partnerships*, as leis estaduais americanas geralmente estabelecem a separação da figura da *partnership* de seus sócios, apesar de que a extensão da responsabilidade do sócio dependerá da classificação das empresas como de responsabilidade geral ou limitada.

Muito embora a principal característica das *partnerships* seja o fluxo automático dos rendimentos aos seus sócios, é a própria entidade que deve determinar a sua receita líquida ou prejuízo do período com base em todas as suas atividades, apurando ganhos, perdas, deduções e créditos

---

and the term 'partner' includes a member in such a syndicate, group, pool, joint venture, or organization. Thus, partnerships status and corporate status are mutually exclusive."

<sup>192</sup> De acordo com o código tributário americano - itens: Treas. Reg. §301.7701-2(a) e Treas. Reg. §301.7701-3.

gerados por suas atividades. Depois, deve alocar o seu lucro ou prejuízo líquido aos sócios de acordo com o estatuto da *partnership*, emitindo o chamado "*Schedule K-1*" para cada sócio.

Os sócios, por sua vez, devem reportar as respectivas alocações em sua própria declaração de imposto de renda americana, caso sejam residentes fiscais nos Estados Unidos, ou em declaração específica (o chamado "*Form 1040NR*") para os sócios não residentes nos Estados Unidos.

Assim, as *partnerships* apuram as receitas e despesas de suas atividades, mas não estão sujeitas ao imposto sobre a renda das pessoas jurídicas. Sobre esse caráter dúplice, Postlewaite<sup>193</sup> esclarece:

Para alguns fins, é tratada como uma única empresa (a teoria da entidade de uma *partnership*), da qual as consequências fiscais são transportadas. Este tratamento é mais claramente demonstrado no contexto operacional, no qual o rendimento tributável de uma *partnership* é calculado como um todo pela empresa, a despeito das atividades pessoais de seus sócios. No entanto, após a determinação dos rendimentos da sociedade no nível da entidade, o código prevê a repartição desses rendimentos entre os seus sócios, como se a parte atribuída a cada sócio tivesse sido auferida individualmente por esse sócio – a teoria agregada da *partnership*. (tradução nossa)

---

<sup>193</sup> Philip Frederick Postlewaite, *International Taxation, Corporate and Individual*, 9. ed., Carolina do Norte, Carolina Academic Press, vol.1, caps.1-11, 2014, p. 405.

Texto original: "Dual treatment of a partnership by Subchapter K. For some purposes, it is treated as single enterprise (the entity theory of a partnership) from which tax consequences flow. This treatment is most clearly reflected in the operational context through which the taxable income of a partnership is computed for the enterprise as a whole, regardless of the personal activities of its individual partners. However, after the determination of the partnership's income at the entity level, the Code provides for the allocation of that income among its members as if each member's share had been earned independently by that member – the aggregate theory of a partnerships."

Ressalta-se que a lei tributária americana impõe a retenção na fonte sobre a parcela do lucro tributável das *partnerships* atribuível ao sócio estrangeiro, independentemente da atividade realizada pela *partnership* americana, com alíquotas aplicáveis de 21% (para sócios pessoas jurídicas) e de 30% a 37% para pessoas físicas, a depender da atividade realizada pela *partnership*, sendo a menor para os casos de renda passiva, enquanto a alíquota mais elevada é aplicável para os casos de comércio ou negócio efetivamente conectado aos Estados Unidos.

Verifica-se, portanto, que via de regra, a *partnership* é tratada como uma entidade distinta de seus sócios. Ademais, apesar da transparência fiscal concedida à essa espécie de pessoa jurídica, a lei americana impõe imposto de renda retido na fonte para os sócios estrangeiros, com alíquotas aplicáveis de 21% a 37%.

Esses conceitos são importantes para a análise da estrutura sob a perspectiva brasileira, na medida que nos permitem chegar a uma conclusão parcial, as *partnerships* americanas são distintas de seus sócios e seus rendimentos não devem ser confundidos com os rendimentos da pessoa física.

### **3. Tratamento tributário das *partnerships* detidas por pessoas físicas residentes no Brasil**

Como o Brasil não reconhece a transparência fiscal atribuída pela lei tributária americana às *partnerships*, podem surgir discussões em decorrência do caráter híbrido dessas entidades e sobre os efeitos da tributação de rendimentos auferidos nos Estados Unidos, mas recebidos por sócio residente no Brasil.

## 3.1. Transparência fiscal no Brasil

### 3.1.1 Evolução histórica

Importante lembrar que já tivemos um modelo de tributação no Brasil similar ao norte-americano. A transparência fiscal foi admitida no país quando estavam vigentes os artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei 2.397 de 1987.<sup>194</sup> Tal norma previa a não incidência de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica sobre o lucro apurado no encerramento de cada período-base na hipótese de rendimentos auferidos “pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no país.”

Na ocasião, a forma de apuração dos rendimentos da pessoa jurídica e consequente tributação pela pessoa física era semelhante ao atual regime

---

<sup>194</sup> Artigos atualmente revogados:

“Art. 1.º A partir do exercício financeiro de 1989, não incidirá o Imposto de Renda das pessoas jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada período-base, pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no país. [...]”

Art. 2.º O lucro apurado (art. 1.º) será considerado automaticamente distribuído aos sócios, na data de encerramento do período-base, de acordo com a participação de cada um dos resultados da sociedade.

1.º O lucro de que trata este artigo ficará sujeito à incidência do Imposto de Renda na fonte, como antecipação do devido na declaração da pessoa física, aplicando-se a tabela de desconto do Imposto de Renda na fonte sobre rendimentos do trabalho assalariado, exceto quando já tiver sofrido a incidência durante o período-base, na forma dos §§ 2.º e 3.º.

2.º Os lucros, rendimentos ou quaisquer valores pagos, creditados ou entregues aos sócios, mesmo a título de empréstimo, antes do encerramento do período-base, equiparam-se a rendimentos distribuídos e ficam sujeitos à incidência do Imposto de Renda na fonte, na data do pagamento ou crédito, como antecipação do devido na declaração da pessoa física, calculado de conformidade com o disposto no parágrafo anterior.

3.º O Imposto de Renda retido na fonte sobre receitas da sociedade de que trata o art. 1.º poderá ser compensado com o que a sociedade tiver retido, de seus sócios, no pagamento de rendimentos ou lucros.”

das *partnerships* americanas, exceto pelo fato de a norma brasileira prever a retenção do imposto na fonte para sócios como regra.

Mais precisamente, o artigo 2.º do referido Decreto-Lei estabelecia que o lucro apurado pela sociedade era considerado automaticamente distribuído aos sócios de acordo com a participação de cada um dos resultados da sociedade na data de encerramento do período-base. A referida norma determinava também que o lucro apurado pela empresa estava sujeito à incidência do Imposto de Renda na fonte, como antecipação do devido na declaração da pessoa física, com as correspondentes deduções de desconto sobre os rendimentos do trabalho assalariado.

Interessante ressaltar que, nessa sistemática, não apenas os dividendos, mas quaisquer rendimentos se equiparavam a rendimentos distribuídos para fins de incidência do Imposto de Renda na fonte, na data do pagamento ou crédito, como antecipação do devido na declaração da pessoa física.

Posteriormente, a Lei 9.430, de 1996, encerrou a possibilidade de as sociedades civis de prestação de serviços profissionais adotarem a transparência fiscal, ao revogar o Decreto-Lei 2.397, de 1987, estabelecendo que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada passavam a ser tributadas pelo imposto de renda da mesma forma que as demais pessoas jurídicas.

Portanto, podemos afirmar atualmente que o Brasil não aplica o regime da transparência fiscal às pessoas jurídicas, atribuindo imposto de renda próprio para a pessoa física e para a pessoa jurídica.

### **3.1.2 Sistema atual**

Como não há regulamentação tributária para rendimentos auferidos por entidades transparentes no Brasil, o operador jurídico que lida com essas empresas estrangeiras precisa construir a partir da interpretação das regras

existentes em nosso sistema jurídico uma norma tributária aplicável a essa situação. Nesse caminho, podem ser consideradas tanto as normas tributárias domésticas quanto os eventuais tratados internacionais internalizados ao ordenamento jurídico pátrio.

O Regulamento do Imposto de Renda, por exemplo, estabelece em seu artigo 159 que são consideradas pessoas jurídicas, para fins de tributação pelo imposto sobre a renda das pessoas jurídicas no Brasil: (i) as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no país, sejam quais forem os seus fins, a sua nacionalidade ou os participantes em seu capital, (ii) as filiais, as sucursais, as agências ou as representações no país das pessoas jurídicas com sede no exterior e (iii) os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou seus comissários no país.

São pessoas jurídicas, portanto, as entidades ou associações que possuem registro competente para tanto, ou que se equiparem à figura de uma sociedade. Em nosso ordenamento, geralmente, há distinção entre a pessoa que detém o investimento na sociedade e a pessoa que efetivamente pratica as atividades que geram renda.

Uma situação, que pode ser considerada para fins de analogia, diz respeito ao debate sobre a forma de tributação das sociedades unipessoais de advocacia. A Receita Federal, ao proferir a Solução de Consulta n.º 88, de 29 de junho de 2020, entendeu que, em relação aos tributos federais, a sociedade unipessoal de advocacia devidamente constituída e registrada na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), deveria ter o mesmo tratamento tributário conferido às demais pessoas jurídicas.

No caso, a Receita Federal esclareceu que, pela existência de restrições para a classificação e tributação como pessoa jurídica para algumas atividades profissionais, o Estatuto da Advocacia prevê novo conceito às empresas individuais constituídas sob a forma de sociedade unipessoal de advocacia, as quais adquirem personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus

atos constitutivos no Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do § 1.º do art. 15 da Lei n.º 8.906, de 1994.

Ou seja, mesmo no caso de uma sociedade unipessoal, deve-se segregar a apuração da renda auferida pela pessoa jurídica daquela apurada pelos seus sócios para fins tributários, na medida em que a entidade não se confunde com a figura dos sócios para fins de caracterização do agente que está praticando a atividade que gera renda.

Pois bem, além da legislação doméstica, algumas normas internacionais podem auxiliar no esclarecimento da posição do Brasil quanto ao tratamento que deve ser dado às *partnerships*. Como delimitado no início deste estudo, o Brasil não possui tratado para evitar a dupla tributação com os Estados Unidos (país em foco na presente análise), contudo, o Brasil já se manifestou sobre o assunto em outras oportunidades, não voltada especificamente às *partnerships* americanas.

Apesar de o Brasil não ser membro da OCDE, o país pronunciou-se sobre o reconhecimento das *partnerships* da seguinte forma ao comentar a Convenção Modelo da OCDE, em 2014:

*2. Brazil reserves the right to extend coverage of the Convention to partnerships since partnerships are considered to be legal entities under its legislation.*<sup>195</sup>

Tal pronunciamento é abordado por Rocha em sua obra sobre tributação internacional: "vale observar que o Brasil, como país não membro da OCDE, tem uma reserva em relação ao artigo 1.º de sua Convenção Modelo, segundo a qual o país "reserva-se o direito de estender o alcance da

---

<sup>195</sup> OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital, 2014*. Disponível em: <[https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version\\_9789264239081-en](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en)>. Acesso em: 18 jul. 2020.

convenção a *partnerships*, uma vez que as mesmas são consideradas pessoas jurídicas de acordo com sua legislação.”<sup>196</sup>

Sobre esse posicionamento, Maitto indica que “o Brasil reconhece a *partnership* como pessoa residente para fins dos acordos contra a bitributação. São passíveis de questionamento, entretanto, o valor jurídico e o caráter vinculante dessa manifestação, não se afastando, por isso mesmo, a possibilidade de, em um caso concreto, as autoridades fiscais se posicionarem em sentido contrário.”<sup>197</sup>

A partir desse pronunciamento público, ressalvados os casos em que se comprova que a empresa não tem substância ou que configura uma empresa de “fachada” para o investimento, as autoridades fiscais brasileiras reconhecem a *partnership* como uma pessoa jurídica para fins de tratados internacionais.

Estabelecida a caracterização das *partnerships* como “pessoa jurídica” sediada no exterior para fins fiscais no Brasil, passamos a seguir à aplicação das normas domésticas vigentes de reporte e tributação para essas figuras.

### **3.2. Regras gerais de tributação e reporte de ativos detidos no exterior**

As pessoas físicas residentes no Brasil estão sujeitas à tributação pelo imposto sobre a renda em bases universais. Isso significa que quaisquer rendimentos auferidos por residentes fiscais, tanto de fontes brasileiras como de fontes estrangeiras, repatriados ou não, estão sujeitos à tributação pelo Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) no Brasil. As

---

<sup>196</sup> Sérgio André Rocha, *Política Fiscal Internacional Brasileira*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017, p. 34.

<sup>197</sup> Rodrigo Maitto da Silveira, *Aplicação de Tratados Internacionais contra a Bitributação. Qualificação de Partnership Joint Venture*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 235.

alíquotas são progressivas de 0% a 27,5%, exceto ganhos de capital, que estão sujeitos à tributação no Brasil à alíquota de 15% a 22,5%.

O recolhimento do IRPF sobre rendimentos auferidos de fonte estrangeira é responsabilidade exclusiva da pessoa física residente no Brasil. No caso dos rendimentos sujeitos às alíquotas progressivas, tanto a declaração como o recolhimento do tributo devem ser realizados sob a forma de recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão), enquanto, no caso de ganho de capital, a Receita Federal do Brasil disponibiliza programa eletrônico específico e recolhimento de Darf em código diferenciado. Em ambas as hipóteses, o IRPF deve ser calculado no mês do recebimento e o imposto é devido até o último dia útil do mês subsequente.<sup>198</sup>

Com relação à distribuição de lucros ou dividendos oriundos de empresas no exterior, as pessoas físicas estão sujeitas ao recolhimento do Imposto de Renda da Pessoa Física, conforme artigo 8.º da Lei n.º 7.713, de 1988, a saber:

Art. 8.º Fica sujeito ao pagamento do imposto de renda, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei, a pessoa física que receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos e ganhos de capital que não tenham sido tributados na fonte, no país.

---

<sup>198</sup> Nesse sentido dispõe a Instrução Normativa n.º 1.500 de 2014:

"Art. 53. Está sujeita ao pagamento mensal do imposto a pessoa física residente no país que recebe: [...]

II - rendimentos ou quaisquer outros valores de fontes do exterior, tais como trabalho assalariado ou não assalariado, uso, exploração ou ocupação de bens móveis ou imóveis, transferidos ou não para o Brasil, lucros e dividendos; [...]

§ 1.º Os rendimentos em moeda estrangeira devem ser convertidos em dólar dos Estados Unidos da América, pelo valor fixado pela autoridade monetária do país de origem dos rendimentos na data do recebimento e, em seguida, em reais, mediante utilização do valor do dólar fixado para compra pelo Banco Central do Brasil para o último dia útil da 1.a (primeira) quinzena do mês anterior ao do recebimento do rendimento."

[...]

§ 2.º O imposto de que trata este artigo deverá ser pago até o último dia útil da primeira quinzena do mês subsequente ao da percepção dos rendimentos.

A legislação fiscal pátria autoriza as pessoas físicas a compensarem os valores recolhidos a título de imposto sobre a renda sobre os mesmos rendimentos do exterior tributáveis no Brasil, conforme dispõe a Lei 4.862, de 1995.<sup>199</sup>

A matéria é igualmente recepcionada pela Lei n.º 9.250/1995, em seus artigos 11 e 12, VI, *caput*<sup>200</sup> e pelo Regulamento do Imposto de Renda de 2018 (Decreto 9.580/2018), que dispõe a respeito da possibilidade da dedução dos valores pagos a título de imposto no exterior sobre os impostos devidos no Brasil, em seu artigo 115 (antigo art. 103 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 - RIR/99):

Art. 115. As pessoas físicas que declararem rendimentos provenientes de fontes situadas no exterior poderão deduzir, do imposto apurado na forma estabelecida no art. 79, o cobrado pela nação de origem daqueles rendimentos, desde que (Lei n.º 4.862, de 1965, art. 5.º; Lei n.º 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, art. 98; e Lei n.º 9.250, de 1995, art. 12, *caput*, inciso VI):

I - em conformidade com o previsto em acordo ou convenção internacional firmado com o país de origem dos rendimentos, quando não houver sido restituído ou compensado naquele país; ou

---

<sup>199</sup> "Art 5.º da Lei 4.862/65: As pessoas físicas, residentes ou domiciliadas no território nacional, que declarem rendimentos provenientes de fontes situadas no estrangeiro, poderão deduzir do imposto progressivo, calculado de acordo com o art. 1.º importância em cruzeiros equivalente ao imposto de renda cobrado pela nação de origem daqueles rendimentos, desde que haja reciprocidade de tratamento em relação aos rendimentos produzidos no Brasil".

<sup>200</sup> "Art. 12. Do imposto apurado na forma do artigo anterior, poderão ser deduzidos: [...] VI - o imposto pago no exterior de acordo com o previsto no art. 5.º da Lei n.º 4.862, de 29 de novembro de 1965."

II - haja reciprocidade de tratamento em relação aos rendimentos produzidos no país.

§ 1.º A dedução não poderá exceder a diferença entre o imposto sobre a renda calculado com a inclusão daqueles rendimentos e o imposto sobre a renda devido sem a inclusão dos mesmos rendimentos.

§ 2.º O imposto pago no exterior será convertido em reais por meio da utilização do valor do dólar dos Estados Unidos da América estabelecido para compra pelo Banco Central do Brasil para o último dia útil da primeira quinzena do mês anterior ao do recebimento do rendimento (Lei n.º 9.250, de 1995, art. 6.º).

Importante notar que as pessoas físicas residentes no país não tributam automaticamente os lucros apurados no balanço das sociedades controladas domiciliadas no exterior. Diferentemente das pessoas jurídicas, os indivíduos não estão sujeitos à regra antielisiva que evita a postergação na tributação dos lucros no exterior – comumente denominadas regras *Controlled Foreign Company*, ou “regras CFC”. Em termos práticos, isso significa o diferimento da tributação dos lucros apurados da sociedade controlada no exterior até que eles sejam efetivamente distribuídos à pessoa física residente fiscal no Brasil, nos termos do art. 8.º da Lei 7.713/88.

A Lei 9.250, de 1995, estabelece que os bens existentes no exterior devem ser declarados pelos valores de aquisição constantes dos respectivos instrumentos de transferência de propriedade, segundo a moeda do país em que estiverem situados, convertidos em reais pela cotação cambial de venda do dia de transmissão da propriedade. Tal previsão consta também no §4.º do art. 74 da Instrução Normativa RFB n.º 1500/2014.<sup>201</sup>

---

<sup>201</sup> “Art. 74. Como parte integrante da DAA, a pessoa física deve apresentar relação pormenorizada dos bens móveis e imóveis e direitos que, no país ou no exterior, constituam o

Além da declaração de imposto de renda, as pessoas físicas residentes fiscais no Brasil, detentoras de valores de quaisquer naturezas, de ativos em moeda, bens e direitos no exterior, estão obrigadas a preencher e transmitir a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE), caso o valor dos ativos seja igual ou superior a USD 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América), na data-base de 31 de dezembro de cada ano-base, o declarante deverá preencher a declaração CBE anual, ou caso o valor seja igual ou superior a USD 100.000.000,00 (cem milhões de dólares dos Estados Unidos da América), nas data-base de 31 de março, 30 de junho e 30 de setembro de cada ano-base, o declarante deverá preencher a declaração CBE trimestral.

Por todo exposto, podemos resumir importantes conclusões parciais.

- (i) residente fiscal brasileiro deve reportar a sua participação detida na entidade estrangeira, de acordo com a porcentagem de sua participação ante o investimento realizado. Os investimentos em tais entidades serão reportados da mesma forma que os detidos em outras entidades no exterior e reportadas na Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física.

---

seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados nesse período.

[...]

§ 4.º Os bens e direitos existentes no exterior devem ser declarados pelos valores de aquisição constantes dos respectivos instrumentos de transferência de propriedade, convertidos em reais da seguinte forma:

I - se adquiridos até 31 de dezembro de 1999, pela cotação cambial de venda, fixada pelo Banco Central do Brasil, para o dia da transmissão da propriedade;

II - se adquiridos a partir de 1.º de janeiro de 2000, convertidos em dólares dos Estados Unidos da América pelo valor fixado pela autoridade monetária do país emissor da moeda para a data da aquisição e, em seguida, em reais pela cotação do dólar fixada, para venda, pelo Banco Central do Brasil, para o dia da transmissão da propriedade.”

- (ii) Caso o investimento na *partnership* supere cem mil dólares americanos, a participação na *partnership* também deverá ser reportada perante o Banco Central do Brasil.
- (iii) Resultados da *partnership* não são reconhecidos automaticamente no Brasil na apuração de imposto sobre a renda. Serão diferidos da tributação no Brasil até o momento de efetiva distribuição ao brasileiro, ou ainda, para as eventuais situações de liquidação no exterior.

Isso porque a sistemática de considerar determinadas empresas transparentes para fins fiscais não é adotada pela legislação brasileira, tampouco a tributação automática dos lucros de empresas controladas no exterior pelas pessoas físicas. Contudo, em razão do imposto retido na fonte nos Estados Unidos, o contribuinte brasileiro estará sujeito ao recolhimento de imposto naquele país sem poder utilizá-lo imediatamente como crédito no Brasil.

Afinal, as pessoas físicas brasileiras estão submetidas à norma que permite o diferimento da tributação dos lucros auferidos por empresas sediadas no exterior para o momento de efetiva distribuição no Brasil; o residente fiscal brasileiro só estará sujeito ao recolhimento do IRPF no momento da distribuição dos referidos lucros à pessoa física. Por sua vez, a *partnership* americana irá reter ao final de cada ano o imposto de renda relativo sobre os rendimentos auferidos pela entidade, independente da efetiva distribuição desses rendimentos ao sócio, na medida que para fins da legislação americana esses rendimentos fluem automaticamente ao sócio. É nesse ponto que nasce o "descasamento" dos tratamentos tributários brasileiro e americano.

Na situação de ausência de distribuição de lucros ao sócio, o momento da incidência do imposto retido na fonte nos Estados Unidos, por conta da regra americana de atribuição automática do rendimento ao sócio, pode estar defasado da tributação da mesma renda no Brasil. Nesse caso, o

critério temporal de incidência de imposto de renda da pessoa física no Brasil e nos Estados Unidos são defasados por força das legislações domésticas.

Em outras palavras, a transparência fiscal americana aplicável aos rendimentos da *partnership* não se caracteriza como fato gerador pela norma de incidência no Brasil (*i.e.*, "receber de outra pessoa física, ou de fontes situadas no exterior, rendimentos e ganhos de capital"), de modo que o imposto americano retido na fonte não poderá ser utilizado como crédito no Brasil até que ocorra um evento de disponibilização nos termos da legislação brasileira.

Não há, geralmente, uma situação de dupla tributação ou dupla isenção no caso em questão, contudo haverá a apuração dos lucros pelas empresas nos Estados Unidos, a tributação na fonte do sócio estrangeiro da *partnership* e posterior compensação desse imposto no Brasil no momento da efetiva distribuição dos lucros ao sócio brasileiro.

Ressalta-se que pode ocorrer defasagem superior a cinco anos entre o recolhimento do imposto de renda na fonte nos Estados Unidos e a tributação dos mesmos rendimentos no Brasil. Como são créditos contra a Fazenda Pública, pode haver resistência das autoridades fazendárias em autorizar tal compensação do tributo pago no exterior. Essa resistência é a nosso ver indevida por ofender o princípio da capacidade contributiva e da razoabilidade, além de não haver regra legal específica de prescrição dos créditos para essa hipótese. A impossibilidade de compensação de uma tributação elevada na fonte (30% e 37%), causaria sem dúvida uma indesejável bitributação desses rendimentos pelos dois países e inviabilizaria o uso dessas entidades transparentes nos investimentos realizados por brasileiros nos Estados Unidos.

#### 4. Conclusão

Diante do exposto, podemos concluir que uma *partnership* sediada nos Estados Unidos, que detém investimentos em ativos financeiros e imóveis, também localizados nos Estados Unidos, gera no Brasil consequências fiscais relevantes.

O residente fiscal brasileiro deve reportar a sua participação detida na entidade estrangeira, de acordo com a porcentagem de sua participação em relação ao investimento realizado, tanto na ficha de bens e direitos da Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física, como na Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior, caso o investimento supere cem mil dólares americanos.

Além disso, estará sujeito ao recolhimento do imposto de renda da pessoa física apenas no momento da distribuição dos lucros ao sócio ou evento semelhante. Contudo, durante esse período de diferimento, o imposto de renda retido na fonte americana, o tributo na fonte pago nos Estados Unidos não poderá ser compensado no Brasil. É necessário que ocorra a efetiva distribuição dos lucros ao brasileiro para que possa ser utilizado o crédito relativo ao imposto retido no ano nos Estados Unidos.

Entendemos que a situação aqui apresentada não caracteriza situação de dupla tributação ou dupla isenção, salvo se as autoridades fiscais brasileiras não aceitarem a compensação do tributo pago na fonte e a pessoa física tenha que arcar com as duas incidências tributárias.



TRIBUTAÇÃO DE LUCROS E  
DIVIDENDOS NO CONTEXTO  
DA REFORMA TRIBUTÁRIA  
NO BRASIL

# TRIBUTAÇÃO DE LUCROS E DIVIDENDOS NO CONTEXTO DA REFORMA TRIBUTÁRIA NO BRASIL

*Simone Dias Musa*

A equipe econômica do Governo Federal anunciou, em julho de 2020, que será implementada uma importante Reforma Tributária no Brasil, em quatro fases, começando por uma reforma do PIS e da COFINS, seguida pela reforma do IPI, do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e das Pessoas Físicas (IRPF), incluindo tributação dos dividendos pagos aos sócios e, por fim, desoneração da folha de pagamentos, esta última provavelmente acompanhada da instituição de outro tributo que compense a perda de arrecadação.

Faremos aqui uma breve análise sobre a tributação dos dividendos, prevista no contexto da reforma relacionada ao IRPJ e ao IRPF.

Importante começarmos enfatizando uma premissa da análise: não há como tratarmos de tributação de dividendos pagos ou creditados por pessoas jurídicas brasileiras a seus sócios sem uma análise integrada da tributação sobre a renda aplicável à própria pessoa jurídica que auferir os lucros – o IRPJ e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. A análise deve ser feita sempre em relação à dicotomia (i) tributação sobre o lucro auferido pela pessoa jurídica (IRPJ e CSLL), e (ii) tributação aplicável aos sócios no recebimento dos dividendos (Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF e Imposto de Renda da Pessoa Física - IRPF).

O Brasil tributa atualmente a renda das pessoas jurídicas a uma alíquota de aproximadamente 34% e, desde 1996, isenta os dividendos distribuídos de IRRF (incluindo beneficiários não residentes) e de IRPF. A alíquota combinada de 34% não representa uma carga tributária total elevada em comparação aos maiores parceiros comerciais e concorrentes do Brasil. Ademais, com uma base de cálculo permitindo deduções como ágio pago

em aquisições, juros sobre o capital próprio, juros sobre empréstimos, incluindo com partes relacionadas no exterior (a uma taxa de capitalização mínima competitiva, na proporção de um para três), o Brasil atraiu, nos últimos 30 anos, investimento direto estrangeiro de multinacionais e a tributação relacionada ao imposto sobre a renda não foi um problema.<sup>202</sup>

Dessa forma, ao falarmos sobre qualquer proposta de reforma do sistema tributário atual que inclua tributação de dividendos, assumimos que ela venha calibrada com uma correspondente redução da carga tributária relacionada ao IRPJ/CSLL. Caso contrário, haveria um incremento exacerbado da carga tributária aplicável sobre o lucro das empresas e dividendos distribuídos, quando vistos de forma integrada. Essa discussão seria primordialmente econômica e na contramão da necessidade do Brasil de atrair investimento estrangeiro, de estimular o mercado de capitais e de manter o capital brasileiro aplicado localmente. Uma proposta de reforma tributária que imponha tributação sobre os dividendos pagos por empresa brasileira precisa ser neutra no que diz respeito à carga tributária total que existe atualmente, representando, assim, uma alteração e eventualmente melhora do modelo de tributação existente e uma forma de evitar a dupla tributação econômica. No caso específico, discute-se uma possível alteração no modelo atual de tributação concentrado na pessoa jurídica para um modelo de tributação clássico, em que a carga tributária recai em parte na pessoa jurídica e em parte na pessoa física (ou no beneficiário não residente), no momento da distribuição dos lucros.

---

<sup>202</sup> As questões relacionadas à tributação sobre a renda sempre foram voltadas à complexidade de apuração da base de cálculo do IRPJ/CSLL, volume de contencioso, inexistência de formas alternativas de resolução de conflitos com o Fisco, dificuldade em obter maior transparência e comunicação em processos de consulta, corrupção e, por algum tempo, dificuldades em evitar a dupla tributação no cumprimento das regras de preços de transferência aplicáveis às importações. De fato, o Brasil evoluiu em muitos desses aspectos, principalmente em relação às legislações antiabusivas específicas, com a atualização das regras de preços de transferência, capitalização mínima, legislações antiparaísos fiscais, entre outras. E essas atualizações continuam em estudo para futura evolução.

O modelo de tributação escolhido pelo Brasil em 1996, quando foi estabelecida a isenção dos dividendos distribuídos, nos serviu muito bem. Não há que se falar em benefício fiscal de isenção de tributação dos dividendos, mas sim, em modelo de tributação concentrado na pessoa jurídica. Trata-se de um modelo mais simples para evitar a dupla tributação econômica e permitir ao Fisco concentrar nas pessoas jurídicas a fiscalização relacionada ao lucro auferido pelas empresas. Em princípio, não teríamos razão para apoiar uma mudança nesse modelo.

Além disso, os principais problemas causados pela tributação concentrada nas pessoas jurídicas podem e devem ser resolvidos em legislações próprias, e não desproporcionalmente, por meio de uma alteração no modelo inteiro de tributação sobre a renda. Os principais são: (i) o chamado “fenômeno da pejetização” – que seria melhor resolvido por uma calibragem nos percentuais de presunção de lucro na sistemática do lucro presumido, ou pela criação de incentivos para a contratação formal, como a desoneração da folha e reformas trabalhistas –, e (ii) a tributação de controladas e coligadas no exterior – que seria melhor resolvida com o Brasil adotando um regime territorial híbrido e regras fortes para conter abusos.

Entretanto, nota-se que, nos últimos dez anos, e de forma mais clara nos últimos cinco anos, iniciou-se uma tendência dos países de reduzirem a carga tributária aplicável às pessoas jurídicas, com o alargamento da sua base de cálculo. Isso está bem claro nos relatórios mais recentes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre reformas tributárias – de 2018<sup>203</sup> e 2019<sup>204</sup>. Em contrapartida às reformas que resultaram na redução do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas,

---

<sup>203</sup> OECD (2018), *Tax Policy Reforms 2018: OECD and Selected Partner Economies*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264304468-en>. Acesso em: 18 julho. 2020

<sup>204</sup> OECD (2019), *Tax Policy Reforms 2019: OECD and Selected Partner Economies*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/da56c295-en>. Acesso em: 18 julho. 2020

muitos países adotaram a tributação na fonte na distribuição dos dividendos, embora isso não seja uma regra aplicável a todos. Na Europa, encontramos vários países que recentemente reduziram a alíquota aplicável à pessoa jurídica, com alargamento da base de cálculo, sem a imposição de imposto de renda na fonte. A Inglaterra é um caso emblemático, pois passou a adotar uma alíquota de imposto de renda da pessoa jurídica de 19%, (anunciada intenção de redução para 17%), e não impôs IRRF na distribuição do dividendo. Outros países europeus também adotaram medidas semelhantes, de redução do imposto de renda da pessoa jurídica a patamares de 20% a 25%, isentando o IRRF na distribuição, principalmente no caso de distribuições a pessoas jurídicas localizadas em países com os quais tenham celebrado tratados para evitar a dupla tributação (tratados).

Nas Américas, onde estão grandes parceiros comerciais do Brasil e concorrentes para estabelecimento de atividades produtivas por multinacionais estrangeiras, a tendência de redução da alíquota do imposto de renda da pessoa jurídica e alargamento da base vem sendo adotada rapidamente. A principal reforma dos últimos anos ocorreu nos Estados Unidos que, a partir de 2018, passou a adotar uma alíquota de 21% de imposto de renda da pessoa jurídica, com regime territorial para tributação de lucros auferidos no exterior. Essa reforma passou a ser vista com bastante cuidado pelos países da América Latina, que possuem importante volume de negócios gerados por subsidiárias locais de empresas norte-americanas. A Argentina recentemente anunciou a redução da alíquota do imposto de renda da pessoa jurídica de 35% gradualmente para 30% (em 2018) e 25% (a partir de 2021), com alargamento da base de cálculo e tributação na fonte dos dividendos pagos, de 7% em 2018, chegando a 13% em 2021. O Chile, de forma parecida, estabeleceu uma alíquota para o imposto de renda da pessoa jurídica de 27%, com imposto na fonte de 35% (ou 44,5% permitindo o crédito do imposto aplicável à pessoa jurídica para evitar a dupla tributação econômica). A Colômbia acaba de ser aceita na

OCDE, o que nos faz crer que em breve veremos movimento semelhante naquele país.

Em resumo, não se defende aqui que o modelo de tributação concentrado nas pessoas jurídicas não seja bom, ou que o modelo clássico de tributação que recai em parte na pessoa jurídica e em parte na pessoa física seja melhor. Não é esse o ponto. Sem dúvida preferiríamos manter o modelo concentrado na pessoa jurídica, desde que fosse possível adotá-lo utilizando-se alíquota e base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica alinhadas aos parâmetros internacionais (em torno de 25%). Mas, infelizmente, isso não é possível, então a tributação adicional para o beneficiário torna-se necessária, nos trazendo de volta ao modelo clássico.

O fato é que, com as reformas já implementadas não apenas nos países europeus e alguns asiáticos, como China, mas também nos Estados Unidos, Argentina, Chile, e em breve veremos o mesmo movimento na Colômbia, o reinvestimento dos lucros que serão gerados nas operações nesses países terá um custo muito inferior ao reinvestimento dos lucros gerados por empresas brasileiras.

Considerando-se o sistema tributário como única variável, por que uma multinacional americana decidiria fabricar no Brasil para exportar para a América Latina em vez de fabricar no país vizinho ao Brasil e dali exportar para o Brasil? Lembremos também que os Estados Unidos passaram a adotar uma espécie de regime territorial de tributação dos lucros auferidos no exterior, o que mais uma vez reduz a atratividade de investimento no Brasil, a não ser que nenhum reinvestimento do lucro gerado seja necessário. A solução seria trabalharmos para gerar mais oportunidades com planejamentos que reduzam a base tributável da subsidiária brasileira. Mas essa estratégia sempre será recomendada com o alerta de alto risco de autuação fiscal, com multa provável de 75% e possível de 150%, e com risco de responsabilização dos administradores. Além disso, precisaríamos encarecer importações advindas do Mercosul, em detrimento das nossas relações comerciais estabelecidas.

O risco é de o Brasil, mais uma vez, ser visto como um país alienado ao movimento internacional, e criarmos, além de tantos outros obstáculos que temos, mais esse para a atração de investimentos em um cenário extremamente competitivo que advirá com a saída da pandemia global.

Sem dúvida, existem dificuldades para a migração do modelo de tributação concentrado nas pessoas jurídicas para o modelo clássico. Existe grande dificuldade em se calibrar as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas e físicas, de se determinar um modelo que traduza equidade entre os contribuintes e, principalmente, para se chegar em um modelo que não represente aumento da atual carga tributária total. Deverá ser revista também a tributação aplicável às pessoas físicas. A base de cálculo maior (com menos deduções) das pessoas jurídicas poderá mitigar parte do efeito temporal de diferimento do pagamento dos tributos, enquanto não houver a distribuição do lucro. Mas, sem dúvida, a possível perda de arrecadação em virtude da questão temporal deve ser ponderada no estabelecimento das alíquotas.

Outro aspecto que deverá ser levado em conta para o estabelecimento das alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas e ao beneficiário do lucro é, em princípio, o IRRF sobre os dividendos pagos por empresa brasileira a sócios que sejam residentes em países com os quais o Brasil tenha celebrado tratado, que é normalmente limitado a 15%. Alguns tratados celebrados pelo Brasil preveem alíquotas ainda menores, de 12,5% (no caso do Japão) e de 10%, condicionado ao sócio possuir determinado percentual de participação societária na empresa brasileira (vários tratados, entre os quais com: Argentina, Bélgica, Chile, Finlândia, Israel, Coreia, México, Peru, Rússia, África do Sul, Espanha, Trindade e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela). Apenas o tratado com a Dinamarca permite tributação na fonte de dividendos à 25%.

O limite aplicável à tributação na fonte de não residentes deve sem dúvida ser levado em conta, não apenas para o estabelecimento da divisão de alíquotas entre pessoa jurídica e beneficiário do dividendo, como no

estabelecimento de legislação antiabusiva. Dificilmente nossas cortes nos planos administrativo ou judiciário aceitarão investimentos advindos de países com tratado, quando se tratarem de claro abuso (Treaty shopping) e a própria OCDE tem combatido esse tipo de abuso, por meio do Instrumento Multilateral (MLI) e outros instrumentos.

O fato de o investidor estrangeiro eventualmente se beneficiar de tributação menor do que o residente no Brasil sobre dividendos recebidos de pessoas jurídicas brasileiras não é, por si só, um problema. Na verdade, isso já acontece em relação a ganhos de capital auferidos por investidores estrangeiros na alienação de ações em bolsa no Brasil. Enquanto investidores estrangeiros podem ser isentos, o mesmo benefício não se aplica aos brasileiros. O fomento do capital estrangeiro no Brasil não é um problema, desde que não provoque planejamento abusivo por residentes brasileiros (o que deve ser coibido pelo Fisco e pelo Legislativo).

Há ainda necessidade de aprimoramento das normas antiabusivas no caso de transição para o modelo de tributação clássico, o que seria necessário não apenas para evitar um mal uso de tratados, como exposto acima, mas principalmente para evitar que lucros distribuídos por empresas operacionais sejam usados pelos sócios para fins pessoais em fundos familiares ou em holdings intermediárias, diferindo-se a tributação na fonte para além do reinvestimento pela fonte produtora. A legislação sobre distribuição disfarçada de lucros deverá ser aprimorada, prevendo situações de empréstimo aos sócios quando a empresa possui lucros acumulados. Da mesma forma, será necessário implementar regras relacionadas à capitalização de lucros e posterior (ou anterior) redução do capital em curto prazo de tempo, como já existiu no Brasil, quando adotávamos o modelo clássico.

## Autores



**Adriana Stamato**  
Sócia  
adriana.stamato  
@trenchrossi.com



**Alessandra Machado  
Villas Boas**  
Consultora  
alessandra.machado  
@trenchrossi.com



**Clarissa Giannetti  
Machado**  
Sócia  
clarissa.machado  
@trenchrossi.com



**Claudio Mangoni Moretti**  
Sócio  
claudio.moretti  
@trenchrossi.com



**Flavia Allegro Gerola**  
Associada  
flavia.gerola  
@trenchrossi.com



**Gian Carlo Alarcon Evaso**  
Associado  
giancarlo.evaso  
@trenchrossi.com



**Inácio Waquil**  
Associado  
inacio.waquil  
@trenchrossi.com



**Juliana Porchat de Assis**  
Sócia  
juliana.assis  
@trenchrossi.com



**Larissa Carneiro  
Pontelli**  
Associada  
larissa.pontelli  
@trenchrossi.com



**Luciana Nobrega**  
Sócia  
luciana.nobrega  
@trenchrossi.com



**Luiz Felipe Camargo**

Associado  
luizfelipe.camargo  
@trenchrossi.com



**Marcello Cimino Faria**

Associado  
marcello.cimino  
@trenchrossi.com



**Marcos Vinicius Neder**

Sócio  
marcos.neder  
@trenchrossi.com



**Maria Fernanda Furtado**

Sócia  
maria.furtado  
@trenchrossi.com



**Mariana Neves de Vito**

Sócia  
mariana.vito  
@trenchrossi.com



**Paulo Roberto Gomes de Carvalho**

Associado  
paulo.carvalho  
@trenchrossi.com



**Rafael Gregorin**

Sócio  
rafael.gregorin  
@trenchrossi.com



**Reinaldo Ravelli**

Sócio  
reinaldo.ravelli  
@trenchrossi.com



**Ricardo Zequi Sitrângulo**

Associado  
ricardo.sitrangulo  
@trenchrossi.com



**Roberta de Lima Romano Cabral**

Sócia  
roberta.romano  
@trenchrossi.com



**Simone Dias Musa**

Sócia  
simone.musa  
@trenchrossi.com



**Telório Pinto Saraiva**

Associado  
telirio.saraiva  
@trenchrossi.com



**Thales M. Stucky**

Sócio  
thales.stucky  
@trenchrossi.com

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, Anna Emília Cordelli. A base de cálculo do ISS. In: TORRES, Heleno Taveira (Org). *ISS na Lei Complementar n. 116/2003 e na Constituição*. Barueri, SP: Manole, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAKER, Philip. The application of the convention to partnerships, trusts and other non-corporate entities. [London]: *GTC Review*, v. II, n. 1, p. 23, nov./2002. Disponível em: [http://taxbar.com/wp-content/uploads/2016/01/application\\_convention\\_pb\\_000.pdf](http://taxbar.com/wp-content/uploads/2016/01/application_convention_pb_000.pdf).

BATL. *Issues related to the European Directive 2018/822 (DAC6) and its transposition into national law*, 2019. Disponível em: <https://www.batl-taxlaw.be/wp-content/uploads/2019/12/20191122-BATL-DAC-6-position.pdf>.

BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.

BIRK, Dieter; DESENS, Marc; TAPPE, Henning. *Steuerrecht*. C.F Müller, 20. auflage, 2017/2018.

BLUM, Daniel W. Permanent establishment and action 1 on the digital economy of the OECD base erosion and profit shifting initiative – the nexus criterion redefined? *IBFD Bulletin for International Taxation*, [s. l.], jun./jul. 2015.

BOTALLO, Eduardo Domingos. Base opoável do ISS e das contribuições para o PIS e a COFINS. *Revista de Estudos Tributários*, São Paulo, n. 10, nov./dez. 1999.

BROWN, Patricia A.; et. al. Combating aggressive tax planning through disclosure: a comparison of U.S. and EU rules applicable to tax advisors". *ABA Tax Times*, v. 38, n. 3, Spring, 2019. Disponível em: [https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataximes\\_home/19jun/19jun-pp-brown-et-al-combating-aggressive-tax-planning-through-disclosure/](https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataximes_home/19jun/19jun-pp-brown-et-al-combating-aggressive-tax-planning-through-disclosure/).

CALIENDO, Paulo. Transfer pricing e atribuição de renda a estabelecimentos permanentes. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; MOREIRA, Francisco Lisboa. (coord.). *Manual de preços de transferência - BEPS Brasil & OCDE*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, v. I.

CANTO, Gilberto Ulhôa. Presunções no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). *Caderno de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Resenha Tributária, 1991. v. IX.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning*, 2012. Disponível em: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/taxfraud\\_evasion/c\\_2012\\_8806\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/taxfraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf).

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Disponibilidade: CTN Art. 43. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 91, n. 26, 2004.

GALHARDO, Luciana Rosanova. *Rateio de despesas no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of digital economy. [Amsterdam]: *IBFD White Papers*, jan. 2015. Disponível em: [https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining\\_the\\_PE\\_concept-whitepaper.pdf](https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining_the_PE_concept-whitepaper.pdf).

KEGEL, Gerhard. *Juristische kurz-lehrbücher internationales privatrecht*. München: Beck, 1985.

LANG, Michael. BEPS action 6: introducing an antiabuse rule in tax treaties, *Tax Notes International*, [s.l.], v. 74, n. 7, may 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENKE, Cassiano. 'Propósito negocial' e o planejamento tributário. *Portal Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/proposito-negocial-e-o-planejamento-tributario-11072020>.

OECD. *Commentary on the model tax convention on income and on capital*, 2008, 2010, 2014, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>

\_\_\_\_\_. *Base erosion profit shifting*, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/about/#mission-impact>.

\_\_\_\_\_. *BEPS, 2013*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.

\_\_\_\_\_. *BEPS action 1: addressing the tax challenges of the digital economy*, 2015.

\_\_\_\_\_. *BEPS action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstance*, 2015.

\_\_\_\_\_. *BEPS action 12*, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action12/>.

\_\_\_\_\_. *Mandatory disclosure rules, action 12-2015 final report*. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/978926421442-en.pdf?expires=1593466061&id=id&accname=guest&checksum=97329F0A598C40EAABC4DF275A085808>.

\_\_\_\_\_. *Model tax convention on income and on capital*, 2014. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version\\_9789264239081-en](https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version_9789264239081-en).

\_\_\_\_\_. *Statement by the OECD/G20 Inclusive framework on BEPS on the two-pillar approach to address the tax challenges arising from the digitalization of the economy, as approved by the OECD/G20 inclusive framework*, jan. 2020.

\_\_\_\_\_. *Study into the role of tax intermediaries*, 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Tax Policy Reforms 2018: OECD and Selected Partner Economies*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264304468-en>.

\_\_\_\_\_. *Tax Policy Reforms 2019: OECD and Selected Partner Economies*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/da56c295-en>.

\_\_\_\_\_. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

OECD / RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECDsStandard*, 2019. Disponível em: [www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm](http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.htm).

PINTO, Teresa Arruda Alvim; ALVIM Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1991.

POSTLEWAITE, Philip Frederick. *International taxation, corporate and individual*. 9. ed. Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2014, v. I, cap. 1-11.

PRZEPIORKA, Michel. Estabelecimento permanente à brasileira. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 2, 2017.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. *Plano anual de fiscalização*, 2019. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-de-fiscalizacao-resultados-de-2019-e-plano-para-2020.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Sped*, 2020. Disponível em: <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/967>.

RIBEIRO, Victor. *Brasil já recebeu 1,1 milhão de imigrantes e 7 mil refugiados*. Agência Brasil, Brasília, 19 jan. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-01/brasil-ja-recebeu-11-milhao-de-imigrantes-e-7-mil-refugiados>.

ROCHA, Sérgio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

\_\_\_\_\_. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_. *Tributação internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GÜNTHER, Oliver-Christoph. The subsidiary as a permanent establishment. *Bulletin for International Taxation*, feb. 2011.

SILVA FILHO, Paulo Antonio Machado. Normas de divulgação obrigatória de planejamentos tributários agressivos: uma análise da proposta do G20 e da OCDE através do plano de ação 12 do BEPS. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 96-119, jan./jun. 2017.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de tratados internacionais contra a bitributação: qualificação de partnership joint ventures*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TAMANAH, Rodolfo Tsunetaka. *Tributação e economia digital: análise do tratamento tributário dos rendimentos da computação em nuvem*. São Paulo: IBDT, 2020. (Série Doutrinária, v. XXX).

TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

TÔRRES, Heleno Taveira; et. al. Manifesto à declaração conjunta sobre o projeto de preços de transferência OCDE-Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-jul-25/opiniao-seguranca-juridica-isonomia-relacao-brasil-ocde](http://www.conjur.com.br/2019-jul-25/opiniao-seguranca-juridica-isonomia-relacao-brasil-ocde).

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

# Sobre Trench Rossi Watanabe

Considerado um dos maiores escritórios de advocacia do Brasil, Trench Rossi Watanabe possui uma atuação abrangente e conceituada, com excelência em todas as áreas do direito. Fundado em 1959, o escritório oferece serviços legais para clientes nacionais e internacionais, dos mais diversos mercados, colaborando no gerenciamento de seus negócios de maneira ética e eficiente. Por meio de uma cooperação estratégica com Baker McKenzie, Trench Rossi Watanabe oferece aos seus clientes acesso a uma perspectiva global, com uma das maiores e mais sólidas redes de escritórios de advocacia do mundo.

## Nossos escritórios

### SÃO PAULO

Rua Arq. Olavo Redig de Campos, 105  
31º andar - Edifício EZ Towers  
Torre A - 04711-904  
São Paulo - SP - Brasil  
+55 11 3048.6800  
+55 11 5506.3455

### RIO DE JANEIRO

Rua Lauro Muller, 116 - Conj. 2802  
Ed. Rio Sul Center - 22290-906  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
+55 21 2206.4900  
+55 21 2206.4949

### BRASÍLIA

Saf/s Quadra 02 - Lote 04 - Sala 203  
Ed. Comercial Via Esplanada - 70070-600  
Brasília - Distrito Federal - Brasil  
+55 61 2102.5000  
+55 61 3323.3312

### PORTO ALEGRE

Av. Soledade, 550  
Cj. 401 - 90470-340  
Porto Alegre - RS - Brasil  
+55 51 3220.0900  
+55 51 3220.0901

**Trench  
Rossi  
Watanabe.**