

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

AMANDA ALMEIDA MUNIZ

**Os tratados internacionais para evitar a bitributação e as regras CFC no Brasil e nos
EUA: um estudo comparado**

Rio de Janeiro, Junho/2016

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

AMANDA ALMEIDA MUNIZ

**Os tratados internacionais para evitar a bitributação e as regras CFC no Brasil e nos
EUA: um estudo comparado**

Trabalho de Conclusão de Curso,
sob orientação do professores
Leonardo de Andrade Costa e
Melina Rocha Lukic apresentado
à FGV DIREITO RIO como
requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, Junho/2016

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Os tratados internacionais para evitar a bitributação e as regras CFC no Brasil e nos EUA: um estudo comparado

Elaborado por AMANDA ALMEIDA MUNIZ

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à FGV DIREITO
RIO como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: Leonardo de Andrade Costa

Nome do Examinador 1: Gustavo Schmidt

Nome do Examinador 2: Linneu de Albuquerque Mello

Assinaturas:

Leonardo de Andrade Costa

Gustavo Schmidt

Linneu de Albuquerque Mello

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, 06 de junho de 2016.

Ao meu pai e herói, Cesar Augusto Correa Muniz, por todo o amor, inspiração, oportunidades e ensinamentos que me proporcionou.

À minha mãe, Katya Barbosa de Souza e Almeida Muniz, pelo carinho constante e por ser meu exemplo de mãe e mulher.

Ao meu padrinho, Átila Rodrigues Noronha, por ser meu melhor amigo e confidente.

AGRADECIMENTOS

À minha maravilhosa família, por todo amor e carinho que sempre me ofereceram e por serem meus maiores e mais árdios torcedores.

Aos meus orientadores e fontes de inspiração, Leonardo de Andrade Costa e Melina Rocha Lukic, por todos os ensinamentos em Direito Tributário, por criarem e desenvolverem meu interesse pela matéria e pelos debates e indicações de bibliografia, sem os quais não teria sido possível a construção deste trabalho.

À Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas e todos os seus mestres, por todos os ensinamentos e cobranças sem os quais não me tornaria a profissional que hoje sou, mas principalmente por todas as oportunidades que me foram oferecidas.

Aos meus amigos do Constructor Sui, do Teresiano, do Colégio Americano e de vida, mas em especial, à Irma Duncan, Giulia Bins Peixe Lima, Guilherme Vasconcellos, Bianca Boltje, Carolina Oliveira, Beatriz Haas, Amanda Barral, Raquel Klatt e Maria Eduarda Bouzón, pelas infinitas histórias, risadas e por todo o apoio ao longo de todos esses longos anos de amizade.

Aos meus amigos da graduação em Direito, Herminia Maia, Suzana Novais, Maitê Bittencourt, Luis André Moreira, Christine Bradford, Eduardo Magalhães, Giulia Contente, Breno Botelho, Eduardo Campello, Julia Rahal, Larissa Costa e Helena Dobler, por compartilharem esta faculdade e essa experiência inigualável comigo e pela amizade que construímos que, tenho certeza, será eterna.

À minha coach, Gisela Mation, e aos amigos do Vis Moot 2015/2016, Antonia Azambuja, Debora Fiszman, Gabriel Mariano, Gustavo Zaremba, João Felipe Meggiolaro e Luna Barroso, por todo o apoio que me ofereceram neste último ano de graduação, pelas oportunidades, e por sempre acreditarem em mim, até quando eu mesma não acreditava.

Agradeço, finalmente, à minha equipe querida do Grupo Globo, por serem meus mestres e amigos, mas principalmente por todos os ensinamentos que sem dúvida serão imprescindíveis na minha carreira profissional.

“De tudo ficaram três coisas... A certeza de que estamos só começando... A certeza de que é preciso continuar... A certeza de que podemos ser interrompidos antes de terminar... Façamos da interrupção um caminho novo... Da queda, um passo de dança... Do medo, uma escada... Do sonho, uma ponte... Da procura, um encontro!”

(Fernando Sabino)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar um breve estudo sobre a compatibilidade das regras aplicáveis a *controlled foreign corporations* (CFC) no âmbito interno, através da análise das leis brasileira e americana, e no âmbito internacional, com a análise dos tratados para evitar a bitributação. Após análise da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal sobre o tema (ADI 2.588/DF) e das críticas a esta decisão, será apresentado o conteúdo da nova lei 12.973/14 e da Supbarte F do *Internal Revenue Code* americano para que se possa avaliar se tais leis podem ser consideradas CFCs de acordo com os parâmetros internacionais. Por fim, o estudo apresentará a análise comparativa entre os dispositivos domésticos do Brasil e dos EUA e os tratados internacionais para evitar a bitributação com a Bélgica e a Espanha.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário Internacional; Imposto sobre a Renda; Regras CFC; Tratados Para Evitar a Bitributação; Compatibilidade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to present a brief study on the compatibility between the rules applicable to controlled foreign corporations (CFC) internally, through the analysis of the Brazilian and American laws on the subject, and internationally, through the analysis of certain double tax conventions. First, this paper will address the need and applicability of CFC rules. Furthermore, the Brazilian legislative transition will be addressed through the analysis of the Brazilian Supreme Court's decision on the subject and the criticism this decision received. Then, a brief analysis of Brazilian Law 12.973/14 and Subpart F of the American Internal Revenue Code will be addressed in order to determine whether or not these legislations can in fact be characterized as CFC rules. Finally, this paper will present a comparative analysis between the Brazilian and American CFC rules and the double tax conventions signed with Belgium and Spain.

KEY WORDS: International Tax Law; Income Taxation; CFC rules; Double Tax Conventions; Compatibility.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Voto médio na ADI 2.588/DF.....	39
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. O SURGIMENTO E A NECESSIDADE DAS REGRAS RELATIVAS A CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS	18
2. A GLOBALIZAÇÃO E O REGIME DE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS	24
2.1 O que são as regras de tributação de CFCs?	26
2.2. O desafio brasileiro – o antigo regime da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.	28
2.3. Críticas à decisão do STF	39
3. A COMPATIBILIDADE ENTRE AS CFC INTERNAS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO	44
3.1. O Modelo da OCDE	46
3.2 Breves anotações sobre o Projeto <i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (BEPS) da OCDE	51
3.3 A Lei nº 12.973/2014 e a <i>Subpart F rules</i> americana podem ser consideradas legislações CFC?	54
3.4 A compatibilidade da lei 12.973/14 e da Subparte F com os acordos internacionais para evitar a bitributação	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	69

INTRODUÇÃO

No atual cenário econômico em que vivemos, com a constante evolução da tecnologia e da globalização, os mercados cresceram e se internacionalizaram de modo que as grandes empresas não mais atuam dentro dos limites de seus territórios nacionais. Ao contrário, para que as empresas pudessem manter ou ampliar seus níveis de competitividade e até mesmo subsistissem, fez-se necessário que se globalizassem para atuarem nos diversos mercados mundiais, razão pela qual foram criados grandes grupos econômicos. Assim, os conglomerados de sociedades coligadas e controladas tiveram um crescimento considerável no cenário internacional.

Em 3 de abril de 2016¹ começou a ser divulgado ao mundo o maior vazamento de dados financeiros já visto, conhecido como *Panama Papers*. Neste grande escândalo, foram reveladas informações a respeito de diversas companhias, denominadas *offshores*², que não foram declaradas por seus acionistas em seus países de residência, assim existindo em segredo e evadindo tributação por anos.

A operação *Panama Papers* foi idealizada e concretizada pelo Consórcio Internacional de Jornalismo Investigativo (“ICIJ”, na sigla em inglês), onde vazaram 11.5 milhões de arquivos da base de dados de um dos maiores escritórios de advocacia especializados em constituição de *offshores*, o Mossack Fonseca no Uruguai³. As operações reveladas pelos dados dos *Panama Papers* envolvem tanto contas bancárias em países de tributação favorecida como a estruturação de empresas anônimas localizadas nestes paraísos fiscais. Essas empresas eram criadas e registradas com o intuito de deter propriedades de seus acionistas, para que não fossem contabilizados como bens tributáveis em seu país de

¹ RODRIGUES, Fernando et al. **Panama Papers Revelam Offshores em Esquema do Futebol Sul-Americano**. Estado de São Paulo. Publicado em 9 de abril de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/panama-papers,panama-papers-revelam-novas-offshores-em-esquema-do-futebol-sul-americo,10000025648>. Acesso em 04.04.2016

² “O nome *offshore* é dado à empresa criada e sediada em países que não são os da nacionalidade de seus sócios, contudo, podendo ser operada em qualquer lugar do mundo, com a única exceção: normalmente é uma exigência legal que a empresa registrada não deva realizar qualquer negócio ou possuir quaisquer ativos na jurisdição de incorporação.” (OLIVEIRA, Rafael Bittencourt Licurci de. **Empresas Offshore**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Dissertação – Pós-graduação *lato sensu*, Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. p. 4).

³ HARDING, Luke. **What are the Panama Papers? A guide to history’s biggest data leak**. The Guardian. Publicado em 5 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.theguardian.com/news/2016/apr/03/what-you-need-to-know-about-the-panama-papers>. Acesso em 04.04.2016

residência, ou com o intuito de serem titulares diretas de contas bancárias que contém as fortunas de grandes líderes do mundo, como, por exemplo, Vladimir Putin⁴.

Importante ressaltar que não é vedada a criação de empresas *offshore*, podendo as sociedades e os indivíduos instituírem essas entidades por diversos motivos legítimos, dentre eles o planejamento tributário, o qual não é vedado pelo nosso ordenamento pátrio (consistindo em elisão fiscal⁵). Com efeito, o que é vedado, não só pelo nosso ordenamento, mas por outros ordenamentos ao redor do mundo, é a não declaração de empresas *offshore* criadas com motivos ardilosos, tendo por objetivo ocultar a sua existência no país de residência de seus titulares e beneficiários indiretos de seus ativos.

Nessa linha, o grande problema enfrentado pelo ICIJ, na sua busca contínua entre os diversos arquivos que ainda restam ser analisados e divulgados à imprensa, reside na dificuldade de se identificar os verdadeiros beneficiários das empresas *offshore*, uma vez que os reais titulares e acionistas destas empresas escondem-se por detrás de representantes e mandatários, i.e., indivíduos que, de fato, não detém qualquer controle sobre estas empresas, mas que tão somente disponibilizam suas assinaturas nos documentos societários para que seja possível ocultar os verdadeiros beneficiários⁶.

Nesta toada, a imprensa divulgou o esquema de corrupção (através do pagamento de propinas) do futebol sul-americano, do qual participaram empresas de televisão e a própria *Confederación Sudamericana de Fútbol* (Conmebol). A empresa no núcleo do esquema era a T&T Sports Marketing Ltd, com sede no paraíso fiscal das Ilhas Cayman. Por meio da estrutura negocial organizada, a T&T pagaria milhões anualmente para deter os direitos de transmissão da Copa Libertadores. Não somente isso, os *Panama Papers* revelaram a enorme cadeia de empresas criadas com o intuito de transferir os ativos e realizar a operação sem que este dinheiro fosse detectado, conforme notícia veiculada pelo jornal Estado de São Paulo⁷.

⁴ HARDING, Luke. **What are the Panama Papers? A guide to history's biggest data leak**. The Guardian. Publicado em 5 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.theguardian.com/news/2016/apr/03/what-you-need-to-know-about-the-panama-papers>. Acesso em 04.04.2016

⁵ “Conceitua-se a evasão ilícita como a ação consciente e voluntária do indivíduo tendente a, por meios ilícitos, eliminar, reduzir ou retardar o pagamento de tributo efetivamente devido. (...) Na evasão legítima, ou *stricto sensu*, que melhor soaria como elisão ou economia fiscal, o agente visa a certo resultado econômico mas, para elidir ou minorar a obrigação fiscal que lhe está legalmente correlata, busca, por instrumentos sempre lícitos, outra forma de exteriorização daquele resultado dentro do feixe de alternativas que a lei lhe ofereça (...)” DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 37-39.

⁶ HARDING, Luke. **What are the Panama Papers? A guide to history's biggest data leak**. The Guardian. Publicado em 5 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.theguardian.com/news/2016/apr/03/what-you-need-to-know-about-the-panama-papers>. Acesso em 04.04.2016

⁷ RODRIGUES, Fernando et al. **Panama Papers Revelam Offshores em Esquema do Futebol Sul-Americano**. Estado de São Paulo. Publicado em 9 de abril de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/panama-papers,panama-papers-revelam-novas-offshores-em-esquema-do-futebol-sul-americano,10000025648>. Acesso em 04.04.2016

Assim, é possível perceber que, com a aceleração do processo de globalização, as pessoas encontram novas maneiras não somente para se esquivar da tributação, mas também para praticar atos de corrupção. Foi justamente a preocupação com a utilização de operações societárias que visam ocultar os verdadeiros titulares dos ativos localizados em jurisdições de baixa ou nenhuma carga tributária que diversos países foram levados a instituir regras específicas para a tributação das chamadas *Controlled Foreign Corporations* (CFCs), que serão conceituadas e discutidas no decorrer deste trabalho.

É possível perceber a importância da instituição de tais regras através do artigo publicado pelo *The Irish Times*, em que o periódico irlandês narrou um episódio ocorrido entre o escritório de advocacia Mossack Fonseca e um de seus clientes irlandeses. De acordo com a matéria jornalística, o cliente descreveu a operação que possuía em mente para os advogados do escritório, objetivando entender como poderia ser realizada. O indivíduo irlandês informou ao Mossack Fonseca o que segue:

Sou considerado residente fiscal na Irlanda e estou abrindo um negócio *online*. Toda a minha renda derivará de empresas estrangeiras. Idealmente, eu gostaria de atuar como consultor de uma empresa *offshore* e ser pago um salário por este propósito, enquanto o restante dos lucros da empresa se manteriam na conta bancária da empresa, sediada no estrangeiro. (tradução livre).⁸

É possível perceber, assim, que um indivíduo ou uma empresa poderia facilmente organizar uma empresa ou um conjunto de sociedades no exterior e auferir lucros por meio das mesmas, de forma que jamais poderiam ser tributados pelo países relevantes, uma vez que a renda não seria declarada ou detectada. Dessa forma, sem a existência de regras CFC, essas rendas jamais poderiam ser tributadas.

Assim, o presente trabalho visa analisar as novas regras CFC de tributação internacional introduzidas pela Lei 12.973/2014, em especial com relação às mudanças trazidas pela nova lei, à luz da decisão do STF na ADI 2.588, nomeadamente no que diz respeito à nova metodologia para tributação dos lucros das empresas do grupo no exterior e sua compatibilidade com os tratados internacionais contra a bitributação. Além disto, de forma subsidiária, também objetiva traçar meios de analisar o conteúdo do novo regime fiscal com base no regime jurídico adotado pela legislação norte-americana e a compatibilidade desta legislação com os tratados internacionais

⁸ KEENA, Colm, D'Arcy, Ciarán. **Panama Papers: Mossack Fonseca's Irish clients came from all walks of life.** The Irish Times. Publicado em 7 de Abril de 2016. Disponível em: <http://www.irishtimes.com/business/retail-and-services/panama-papers-mossack-fonseca-s-irish-clients-came-from-all-walks-of-life-1.2601043>. Acesso em 04.04.2016.

Considerando seu escopo, este trabalho irá abranger diversas áreas jurídicas, tais como as do direito tributário e direito empresarial. Neste sentido, inicialmente será feita uma descrição do que consiste um regime de tributação de CFCs e uma análise da Lei 12.973/2014, de modo que melhor se entenda o funcionamento e aplicabilidade da referida legislação no ordenamento jurídico brasileiro à luz das normas internacionais de tributação, sobretudo sobre questões polêmicas, como a compatibilidade das normas internacionais com a norma interna brasileira.

Além disto, o estudo também explicitará dispositivos das leis norte-americanas, assim como julgados, que serviram de inspiração para a elaboração da nova legislação fiscal brasileira, traçando, assim, na medida do possível, uma análise comparada, sob o aspecto delimitado por este projeto, isto é, objetiva-se examinar a compatibilidade da metodologia para tributação dos lucros das empresas do grupo de coligadas no exterior (CFCs) dada pela legislação pátria e a legislação norte-americana em face do disposto nos tratados internacionais contra a bitributação.

O tema apresenta elevada relevância jurídica e econômica. Por se tratar de uma legislação considerada nova, uma vez entrou em vigor em 2014, conta com escassa análise doutrinária; além do fato de as leis brasileiras para a tributação de controladas e coligadas no exterior, até a edição da referida lei, terem sofrido diversas modificações, sendo questionada sua compatibilidade com os preceitos internacionais, razão pela qual mostra-se importante indagar se a nova legislação mais uma vez manteve-se fora dos padrões internacionais ou se, finalmente, o sistema brasileiro é compatível com o sistema tributário internacional. Por sua vez, a relevância econômica do tema é inequívoca, uma vez que a nova metodologia adotada pela lei impacta no planejamento tributário no que se refere aos lucros dos diversos grupos econômicos que possuem coligadas e controladas no exterior.

Como veremos, o julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 2.588 consta como uma das poucas decisões que existiam no Brasil sobre esta matéria específica e, na falta de legislação especial e atual, o problema tornava-se cada vez mais polêmico, principalmente tendo em vista as diferenças que a solução brasileira trazia com relação à prática internacional.

Além disto, a mudança na metodologia de apuração para a tributação dos lucros de coligadas e controladas no exterior apresenta relevância fática, uma vez que o cálculo do crédito auferido no exterior foi modificado com a introdução da reforma fiscal.

Deste modo, o presente trabalho tem por principal objetivo suprir as lacunas existentes no que tange ao estudo da interpretação da lei nacional em comparação com as normas e

práticas internacionais, respondendo a duas problemáticas. Primeiro, buscar-se-á satisfazer a seguinte pergunta: a lei 12.973/2014 é compatível com as normas estabelecidas nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário? Em seguida, procuraremos determinar a compatibilidade dos diplomas legais estabelecidos na nova lei fiscal com as diversas normas internacionais sobre tributação de lucros de coligadas e controladas no exterior. Os sistemas são compatíveis? Quais as diferenças? Estas diferenças são relevantes no plano fático? Adicionalmente, o presente estudo também busca responder a seguinte indagação: de que forma a nova lei difere ou assemelha-se ao sistema norte-americano, em especial no que tange à compatibilidade da lei interna com os modelos internacionais? Entende-se que o antigo sistema brasileiro de tributação de lucros de CFCs era copiosamente distinto do sistema norte-americano. Porém, a metodologia introduzida pela nova lei se assemelha àquela conferida pela legislação norte-americana. Desta forma, busca-se responder: de que forma os sistemas se assemelham após a introdução da nova lei? As leis norte-americanas são compatíveis com os tratados internacionais? Há divergência neste tratamento entre os EUA e o Brasil?

A partir da problemática exposta acima, faz-se necessário partir para uma análise das hipóteses, por meio das quais procura-se testar as assertivas, problematizar ou criticar as constatações que serão obtidas para as questões acima propostas.

Desta forma, como nossa primeira hipótese, acreditamos que o parlamento brasileiro, ao procurar atualizar a legislação, buscou compatibilizá-la com o sistema internacional. Assim, nossa hipótese é de que a nova lei fiscal é, sim, compatível com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Além disto, acreditamos que, por ser uma lei cujo sistema buscou se assemelhar ao modelo utilizado nos EUA, acreditamos que nos EUA as leis também são compatíveis com os modelos internacionais e que o tratamento dado pelo Brasil e pelos EUA é semelhante.

De maneira a testar as hipóteses apresentadas acima, a pesquisa será realizada a partir de uma análise comparada da legislação nacional e dos diplomas internacionais sobre o tema. A leitura do material bibliográfico, que consistirá na leitura de pareceres norte-americanos, além de leitura da doutrina e jurisprudência brasileira, além da doutrina estrangeira sobre o tema, será imprescindível para a elaboração da pesquisa e teste das hipóteses postuladas.

Diante do exposto, cabe elucidar que o primeiro capítulo do presente estudo irá abordar a forma como surgiram as regras CFC e a causa de sua necessidade, dada a situação econômica americana, primeiro país a instituir regras CFC. Em seguida, abordaremos o regime brasileiro que vigorou até 1995, quando o Brasil adotava a tributação sob bases

territoriais. Veremos então, que este regime dificultava a tributação dos lucros auferidos no exterior, levando à necessidade da criação de normas CFC.

No segundo capítulo, abordaremos questões conceituais relacionadas às regras de tributação de CFC, assim como a evolução da legislação tributária pátria no que tange à tributação destas operações societárias, culminando, finalmente, na análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588, através da qual o Supremo Tribunal Federal revelou seu posicionamento quanto à tributação de coligadas e controladas no exterior, regime jurídico-tributário criado pela Medida Provisória 2.158-35/2001, modelo amplamente criticado pela doutrina nacional.

No terceiro capítulo, almeja-se apresentar o novo tratamento dado pela lei 12.973/2014 e a apresentação do dispositivo norte-americano que disciplina estas relações. Além disso, também será introduzida a exposição da Convenção Modelo criada pela OCDE para auxiliar na interpretação e criação de convenções bilaterais contra a bitributação e bem assim a sua interpretação no que tange às *CFC rules*, a fim de comparar estes dispositivos com aqueles oferecidos pelo Modelo da OCDE e os tratados internacionais dos quais o Brasil e os EUA são signatários. Para tanto, além da análise com base no Modelo da OCDE, este estudo também fará uma comparação entre as leis domésticas e os dispositivos dos tratados entre o Brasil e a Bélgica, entre o Brasil e a Espanha, entre os EUA e a Bélgica e entre os EUA e a Espanha, os quais foram escolhidos de maneira aleatória.

Por fim, serão apresentadas as conclusões extraídas após a análise supracitada e os resultados obtidos ao longo deste estudo.

1. O SURGIMENTO E A NECESSIDADE DAS REGRAS RELATIVAS A *CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS*

Antes de adentrarmos o tema do surgimento das regras CFC, julgamos importante ressaltar que estas regras não são o único instrumento anti-elisivo existente, mas sim uma espécie dentro de uma gama de dispositivos que buscam evitar a elisão fiscal. Apresentamos aqui, apenas a título exemplificativo, alguns destes institutos antielivisivos, quais sejam: o *transfer pricing*, as regras de subcapitalização e as regras que combatem o *treaty shopping*.

As regras de *transfer pricing*, ou preço de transferência, visam coibir operações em que empresas de um mesmo grupo econômico estabelecem preços de venda para bens/serviços, em uma operação intragrupo, distintos dos valores de mercado⁹. Com isto, as sociedades buscam transferir os lucros que seriam atrelados a uma sociedade residente em um país de alta fiscalidade para outra sociedade-membro do grupo, porém localizada em um país em que existe menor carga tributária, de forma a reduzir a carga tributária do grupo. Assim, as regras relativas ao *transfer pricing* buscam evitar estas situações ao procurar tratar as entidades de um mesmo grupo como pessoas jurídicas distintas independentes entre si (i.e., respeitando a personalidade jurídica de cada uma), ao invés de tratá-las como uma unidade inseparável. Este é o chamado *arms length principle*.¹⁰

Por outro lado, a entende-se que a escolha do sócio relativa ao método que utilizará para capitalizar sua empresa é livre, i.e., podendo fazê-lo através de investimento próprio ou por meio de empréstimo. Entretanto, as regras de subcapitalização, ou *thin capitalization*, buscam evitar que os sócios possam escolher, de maneira abusiva, uma ou outra forma de capitalização de maneira a obter vantagens fiscais. Isto porque os dividendos são tributados na sociedade, enquanto os juros aplicáveis aos financiamentos (empréstimos) são despesas dedutíveis. Assim, estas regras fixam parâmetros para a capitalização de subsidiárias de uma empresa estrangeira de modo que “os efeitos desta legislação são os de tornar indedutíveis os juros relacionados à remuneração dos empréstimos tomados fora dos parâmetros obrigatórios.”¹¹

⁹ UCKMAR, Victor et al. **Manual de Direito Tributário Internacional**. Tradução por Marco Aurélio Greco e Milene Cavalcante Greco. São Paulo: Dialética, 2012. p. 110.

¹⁰ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 123.

¹¹ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 142.

Finalmente, o *treaty shopping* é, em sua essência, a possibilidade de escolha do tratado mais favorável de forma a submeter a operação a uma carga tributária mais baixa. Em outras palavras, em razão do mundo globalizado em que hoje vivemos e da existência de sociedades membros de um mesmo conglomerados localizadas em diversas jurisdições, o contribuinte teria a possibilidade de estruturar suas operações de forma que estas ocorram em países que possuam os tratados bilaterais mais benéficos para sua operação.¹² Desta forma, os tratados vêm buscando incluir cláusulas que coíbam este tipo de comportamento.

Neste sentido, o problema da não-tributação da renda de empresas situadas no exterior foi primeiramente percebido pelos EUA, sendo este o primeiro país a promulgar a legislação CFC. Antes, porém, de adentrarmos o problema americano que deu ensejo a criação das regras CFC, cabe apresentar uma breve nota sobre o sistema de tributação da renda empresarial adotado pelos Estados Unidos. Assim, a regra geral adotada pela legislação norte-americana é a de **tributação universal** da renda de pessoas jurídicas. Porém, a tributação da renda da subsidiária estrangeira de uma empresa americana fica diferida até o momento da efetiva distribuição desta renda.¹³

Deste modo, em 1962, a Administração Kennedy propôs a eliminação do diferimento (ou postergação) do pagamento do imposto de renda para todas as companhias controladas localizadas no exterior¹⁴. Em outras palavras, a legislação proposta pela Administração buscava antecipar o momento do pagamento do imposto sobre os lucros auferidos no exterior.

A edição de tal legislação se fez necessária em razão do cenário econômico americano à época de sua promulgação, em virtude do crescimento exponencial do uso de companhias situadas em paraísos fiscais pelos americanos. Coincidentemente, o investimento industrial americano na Europa Ocidental também aumentou, muitas vezes por meio da utilização de paraísos fiscais. Assim, o governo americano passou a ter dificuldades em relação ao balanço de pagamentos e “se viu obrigado a analisar o efeito de suas regras para tributar os lucros internacionais sobre o balanço de pagamentos.”¹⁵. Deste modo, o presidente John F. Kennedy propôs a eliminação do diferimento para as companhias localizadas em países estrangeiros que eram controladas por norte-americanos.

¹² ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 144.

¹³ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 134.

¹⁴ SANDLER, Daniel. **Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation: Pushing the Boundaries**. 2ª ed. Londres: Kluwer Law International, 1998. p. 24.

¹⁵ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 389.

Entretanto, Kennedy optou pela criação de duas regras para a eliminação do diferimento, quais sejam: (i) a eliminação para sociedades controladas estrangeiras funcionando em países desenvolvidos, e (ii) no caso de atividades que ocorressem por meio de paraísos fiscais, a eliminação do diferimento deveria ocorrer independentemente da localização de suas atividades¹⁶. Isto é, segundo argumento oferecido pela Administração, procurava-se instituir uma regra genérica de eliminação do diferimento do tributo, através da qual poder-se-ia tributar de maneira imediata a renda das empresas subsidiárias no exterior.

A finalidade desta regra, segundo o governo americano, era o cumprimento ao princípio da “neutralidade fiscal”¹⁷. Tal princípio possui como um de seus fundamentos básicos o princípio da isonomia, i.e., a ideia de que a empresa estrangeira, controlada por americano, que obtivesse renda no valor “x” deveria ser tributado da mesma forma que um contribuinte americano que obtivesse a mesma renda, porém fosse localizado nos EUA.

Assim, o governo americano propôs eliminar o tratamento diferenciado que se oferecia a empresas estrangeiras controladas por americanos, porém ainda mantendo seu poder de tributar sobre tais rendimentos. Isto é, os EUA conferiria a jurisdição preferencial para tributar para o país de residência da empresa estrangeira, porém manteria a soberania americana para tributar tais lucros de maneira subsidiária. Deste modo, o Fisco americano ainda poderia tributar tais rendas; entretanto, deveria oferecer um crédito para o imposto já pago no estrangeiro.

Adicionalmente, a Administração Kennedy argumentou que o diferimento do imposto americano como um incentivo para o investimento somente fazia sentido no pós-guerra, pois a Europa Ocidental ainda estava se recuperando e o investimento americano poderia contribuir para que os países afetados se reerguessem. Porém, tal incentivo não se mostrava necessário em um momento em que os EUA apresentava dificuldades com relação ao seu balanço de pagamentos, ao mesmo tempo em que a Europa Ocidental já não dependia do investimento estrangeiro. Por esta razão, o Poder Executivo propunha a eliminação do

¹⁶ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 389.

¹⁷ Este princípio pode ser definido como o fato de que, do ponto de vista da empresa investidora, o fator tributário não pesaria na balança da decisão em favor de uma ou outra jurisdição. Ou seja, a neutralidade fiscal existe quando dois contribuintes que exercem uma mesma atividade, ou estão sob a mesma situação, têm a certeza de que estarão sujeitos ao mesmo regime tributário (ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 184).

diferimento e a criação da legislação que permitisse a tributação imediata da totalidade da renda auferida no exterior¹⁸.

Contudo, os contribuintes se opuseram a legislação proposta, argumentando, principalmente, que a interpretação de “tratamento igualitário” conferido pelo governo não era condizente com a realidade, uma vez que para que os contribuintes localizados em países estrangeiros de fato obtivessem tratamento igualitário, estes deveriam ser submetidos à mesma tributação que seus concorrentes no exterior, para que pudessem competir de forma eficiente.

A legislação proposta pelo Poder Executivo passou pelo crivo da Câmara dos Deputados, que realizou alterações na proposta original de modo a tentar refletir tanto os argumentos dos contribuintes quanto da Administração. Isto é, o projeto de lei da Câmara dos Deputados, que foi enviado ao Senado, propunha a eliminação do diferimento exceto em relação às operações em países considerados desenvolvidos e que “reinvestissem os lucros no mesmo negócio.”¹⁹

Por sua vez, o Senado propôs algumas mudanças ao projeto de lei apresentado pela Câmara, i.e., o diferimento deveria ser eliminado somente para operações com paraísos fiscais e, concomitantemente, incluiu duas regras de redução tributária. A primeira regra foi um dispositivo que dispunha sobre a distribuição mínima de dividendos, de forma a preservar (a) as companhias americanas que possuíam subsidiárias estrangeiras que pagavam altos impostos ou (b) as companhias domésticas que faziam distribuições de dividendos substanciais e, assim, não possuíam incentivos para lucrar do diferimento do imposto americano²⁰. A segunda regra recaía sobre as companhias comerciais exportadoras americana, com o intuito de preservar os benefícios fiscais dos quais estas companhias já gozavam,

através do diferimento do imposto sobre lucros de exportação, em certas circunstâncias que a exportação dos Estados Unidos estavam sendo ativamente promovidas e incrementadas pelas companhias estrangeiras controladas.²¹

No final, a Câmara dos Deputados concordou com as mudanças alvitadas pelo Senado e o projeto de lei proposto pelo Senado transformou-se na lei americana como a conhecemos hoje e estudaremos mais a frente neste trabalho. Isto é, a proposta original da

¹⁸ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 389.

¹⁹ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 396

²⁰ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 396

²¹ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 396

Administração Kennedy não foi acatada e a regra instituída no país foi uma regra específica para a eliminação do diferimento somente quando este ameaçasse conduzir a operações elisivas.

Em contraste, no Brasil, por muito tempo, o modelo para a tributação de sociedades controladas e coligadas estrangeiras respeitava o princípio da **territorialidade**, ao invés do critério da universalidade, como ocorria nos Estados Unidos. Em termos práticos, o princípio da territorialidade é precisamente explicado pelos altamente conhecidos professor de Direito Tributário Internacional, Michael Lang e Pistone Pasquale²², a saber:

(...) o escopo do poder de tributar de um Estado é meramente determinado pela **renda auferida ou capital situado dentro deste Estado**. Em contraste ao princípio da universalidade, sob o qual prevalece o nível de tributação do Estado de nacionalidade ou residência do contribuinte, o nível de tributação do **Estado de fonte ou origem e a localização econômica da renda é o elemento decisivo** sob a ótica do princípio da territorialidade. (tradução e grifo nossos)

Em outras palavras, a tributação sob o princípio da territorialidade leva em consideração a fonte da renda, i.e., se a renda foi auferida dentro do território do país, então o Estado tem o poder de tributar este rendimento. Por outro lado, o princípio da universalidade, como veremos, está atrelado à residência ou nacionalidade do contribuinte, e não à fonte da renda, sendo referido, assim, como *world wide income*.

Entretanto, a lógica aplicada pelo Brasil era ineficiente. Isto porque, o que ocorria era que os contribuintes poderiam facilmente estruturar sociedades fora do território brasileiro localizadas em paraísos fiscais e jamais trazer estes rendimentos para dentro do país. Desta forma, já que o Brasil não operava sob o regime de tributação sob bases universais para a tributação de pessoas jurídicas, estes rendimentos estrangeiros jamais poderiam ser tributados. Assim, evitar-se-ia o pagamento do imposto tanto no Brasil quanto no país de residência da sociedade estrangeira localizada em paraíso fiscal, pois o rendimento não era auferido dentro do território brasileiro, conforme exigia a regra da territorialidade vigente até 1995.

De tal modo, é possível perceber que o Brasil encontrava-se em um impasse: não bastasse o sistema vigente ser o da territorialidade, mas também o Brasil, até aquele momento, não possuía regras de *transfer pricing*²³ de forma a evitar as supracitadas condutas elisivas. Consequentemente, a sociedade brasileira, ao estabelecer uma controlada ou coligada estrangeira em paraíso fiscal, poderia facilmente constituir operações intragrupo de maneira a

²² LANG, Michael; PISTONE Pasquale. **Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics**. IBFD. 2010. p. 311/312.

²³ A legislação específica referente aos preços de transferência só veio a ser instituída no Brasil em 1996, com o advento da Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996.

localizar seus lucros no país de baixa carga tributária em detrimento à tributação brasileira. O regime da territorialidade apenas agravava esta situação, pois no momento em que os lucros fossem considerados auferidos no exterior, não poderiam ser tributados no Brasil.

Assim, em vista do dilema acima exposto, o Brasil passou a adotar a tributação sob bases universais e, ainda, a instituir instrumentos para evitar condutas elisivas, como se verá a seguir.

2. A GLOBALIZAÇÃO E O REGIME DE TRIBUTAÇÃO DE *CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS*

Primeiramente, antes de adentrarmos o estudo do tema proposto, importante apresentar as conceituações de empresas coligadas e empresas controladas, conforme a legislação pátria vigente. Isto pois, para que se possa compreender as mudanças no sistema de tributação destes dois tipos de sociedade, faz-se importante compreender como cada um destes modelos funciona. Desta forma, o Art. 243 da Lei 6.404/76 (Lei das S.A.) dispõe:

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

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

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

Nesta mesma toada, os Artigos 1.097 e 1.098 do Código Civil também fixaram conceito específico de tais modalidades de sociedade:

Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes.

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua **a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores**;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, **esteja em poder de outra**, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas. (grifo nosso)

Através da interpretação dos dispositivos expostos acima, compreende-se que as sociedades coligadas são aquelas sobre as quais as sociedades investidoras possuem influência significativa, assim compreendido como o poder de participar das decisões financeiras e operacionais da sociedade coligada, porém sem que esta possua o controle individual ou conjunto dessas decisões²⁴. Por outro lado, as sociedades controladas são aquelas cuja controladora possui preponderância, isto é, poder decisório sobre as deliberações societárias e o poder de eleger a maioria dos administradores da empresa, assim compreendidos como o Conselho de Diretores, Conselho de Administração, entre outros.

²⁴ BRASIL, Comissão de Valores Mobiliários, Pronunciamento técnico CPC-18, p. 2

Porém, a redação original da Lei das S.A. previa que as sociedades seriam consideradas coligadas quando uma sociedade participava com 10% (ou mais) do capital da outra sociedade, mas sem controlá-la. Isto é, era um critério objetivo. Entretanto, com a nova redação oferecida ao art. 243 da Lei das S.A., conforme dito, o conceito de coligada recai sobre o fato de que uma sociedade, para ser considerada como tal, deve possuir “investimento significativo” na outra sociedade, tratando-se assim de um critério subjetivo, a ser analisado caso a caso²⁵. Segundo Nelson Eizirik²⁶, a definição de investimento significativo nos leva a interpretação de que este existe quando a sociedade investidora exerce (e não meramente detém) o poder de participar nas decisões de cunho financeiro ou operacional da empresa. Ademais, aponta o autor que o § 5º do referido dispositivo legal apresenta uma presunção de investimento significativo quando a sociedade detém 20% ou mais do capital votante da empresa (sem controlá-la). Assim, conclui Eizirik pela existência de duas hipóteses de coligação, quais sejam: (i) influência significativa através da participação nas decisões da empresa no que tange às políticas financeiras e operacionais e (ii) quando a sociedade investidora detém 20% do capital votante de empresa coligada, embora não a controle.

Por outro lado, Eizirik define sociedade controladora como aquela que é titular de direitos de sócio que lhe garantem “a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”²⁷. Assim, segundo o autor, a existência de controle dependeria do fato do acionista poder de fato comandar as decisões referentes à companhia e definir os rumos do negócio.

Nesta toada, julgamos relevante salientar que o Brasil, na hipótese de tributação da renda auferida no exterior, adota o sistema de compensação tributária, i.e., o valor do tributo pago no exterior será compensado, ou deduzido, na declaração de Imposto de Renda no Brasil.²⁸ Desta maneira, a tributação da renda auferida pela empresa controlada no exterior será compensada pelo valor pago a título de Imposto de Renda no Brasil.

Porém, com a aceleração do processo de globalização, os Estados passaram a entender que existiam situações que estariam fora de seus limites territoriais - relativamente à renda auferida pelas sociedades empresárias vinculadas (coligadas e controladas) às pessoas

²⁵ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada. Volume IV – 2ª Edição Revista e Ampliada – Artigos 206 a 300**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 229.

²⁶ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada. Volume IV – 2ª Edição Revista e Ampliada – Artigos 206 a 300**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 231.

²⁷ EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada. Volume IV – 2ª Edição Revista e Ampliada – Artigos 206 a 300**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 232.

²⁸ Segundo redação do art. 26 da Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995.

jurídicas residentes no país²⁹ e, assim, se não fossem criados mecanismos de conexão entre o que ocorria fora e o que ocorria dentro do território nacional, não seria possível alcançar manifestações de capacidade contributiva que ocorressem fora do âmbito espacial do país, não podendo assim exercer o seu poder de tributar.

Em relação ao Brasil, a normatização do princípio da universalidade da renda ocorreu em 1997, após a edição da Lei 9.532 e, posteriormente, com a edição da Medida Provisória 2.158-35/2001, cujo art. 74, que nos é relevante, foi objeto de grande controvérsia e será analisado posteriormente.

Segundo Michael Lang³⁰, o princípio da universalidade diz respeito a

todos os lucros, independentemente de onde vieram ou foram produzidos, e todo capital, independentemente de sua localidade, de um indivíduo podem ser tributados pelo Estado em questão. Este princípio está principalmente conectado ao princípio da nacionalidade e da residência. (tradução nossa)

Assim, o propósito da tributação em bases universais é promover tratamento igualitário entre contribuintes (princípio da igualdade) e combater práticas elisivas.

2.1. O que são as regras de tributação de CFCs?

Da mesma maneira que o Estado brasileiro buscou criar normas para evitar que lucros auferidos fora do território nacional escapassem da incidência da tributação nacional, o contribuinte, através de planejamento tributário, também se preparou para tentar elidir ou diferir a incidência de tributação de seus lucros auferidos no exterior. Isto é, como o Imposto de Renda pago no exterior era compensado no Brasil, as empresas passaram a tentar criar mecanismos, através de rearranjos societários, para evitar a incidência do Imposto de Renda. Como sustentado pelos professores Marco Aurélio Greco e Sergio André Rocha³¹,

um dos objetivos de que se valem as empresas para atingir tais objetivos é a constituição de grupos empresariais internacionais, com a interposição de empresas situadas em países com tributação favorecida, buscando, dessa forma, elidir ou tão somente diferir a imposição fiscal que, de outra forma, incidiria diretamente sobre os resultados auferidos no exterior.

²⁹ Importante ressaltar aqui que, para as pessoas físicas, o sistema brasileiro sempre foi o de tributação universal da renda, primeiramente instituída pelo Decreto-Lei nº 1.168 de 22 de março de 1939 e atualmente prevista no Regulamento do Imposto de Renda em seus artigos 38 e 55 (Decreto nº 3.000/99).

³⁰ LANG, Michael; PISTONE Pasquale. **Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics**. IBFD. 2010. p. 311/312.

³¹ GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 388.

Os autores ainda sustentam que o princípio da universalidade permitia esta situação, uma vez que ainda exigia que, para se constituir o fato gerador do Imposto sobre a Renda, também deveria existir a disponibilidade econômica ou jurídica, conforme redação do artigo 43, *caput* do CTN, desta renda para a empresa no Brasil³².

Desta forma, o problema estava estabelecido: como a lei exigia a disponibilidade da renda para a incidência do imposto no país, a empresa situada no Brasil poderia escolher o momento em que tal lucro se tornaria disponível e, assim, controlar e escolher o momento da ocorrência do fato gerador do Imposto de Renda. Ainda, a coligada ou controlada no exterior poderia jamais remeter estes lucros auferidos à empresa brasileira investidora, de forma que o fato gerador jamais se configuraria e, desta forma, jamais pagaria tributos no Brasil. Estava estabelecida então uma via livre para que os contribuintes cometessem evasão fiscal, uma vez que a lei, àquela época, determinava que os lucros só seriam tributados se fossem efetivamente remetidos para a investidora localizada no Brasil. Este modelo, porém, não se coaduna com um mundo globalizado como o que hoje vivemos, razão pela qual se impõe a adoção das chamadas regras de tributação de CFCs, as quais são criadas justamente para combater este tipo de comportamento e evitar a elisão (ou planejamento tributário) e a evasão (ou sonegação) fiscal, que podem ocorrer com base nos estímulos oferecidos pelos países denominados “paraísos fiscais”.

Neste mesmo sentido, aponta Heleno Torres³³, no sentido de que a tributação dos lucros de coligadas e controladas no exterior se dá, primariamente, pelos motivos expostos abaixo:

sobre a tributação dos lucros de controladas e coligadas, inicialmente a União pretendeu instituir uma regra antielisiva sobre “sociedades controladas estrangeiras”, para **alcançar os dividendos e tributá-los antes mesmo da disponibilização, evitando assim o seu diferimento** (tax deferral). Trata-se do *Controlled Foreign Corporations (CFC – legislation)*, que significa **imputar aos sócios ou acionistas residentes, por transparência, os lucros produzidos pela sociedade constituída e localizada em países com tributação favorecida, fazendo incidir o imposto aplicável aos lucros produzidos no exterior**, pelas sociedades ali localizadas, e das quais aqueles sujeitos são acionistas, **automaticamente, como se fossem produzidos internamente, mesmo se não distribuídos sob a forma de dividendos**. Como se vê, isso se dá por recurso a uma *fiction iuris*, segundo a qual, para efeitos tributários, considera-se que o sujeito interposto efetua uma automática e direta distribuição de lucros ao sujeito residente na data do balanço no qual os lucros são apurados. (grifo nosso).

³² GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 388

³³ TORRES, Heleno. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 307/308

Assim, o doutrinador entende que as regras CFC consubstanciam, na realidade, uma ficção jurídica criada com o intuito de coibir condutas antielisivas, para que não fosse possível o diferimento da incidência do tributo para momento posterior, de maior conveniência do contribuinte, ou para jamais incidir. Isto porque a tributação ocorreria de forma automática, como se os lucros produzidos pela controlada ou coligada estrangeira houvessem sido produzidos diretamente pela empresa investidora brasileira, uma vez que imputa-se a renda ao sócio ou acionista residente no Brasil.

2.2. O desafio brasileiro – o antigo regime da Medida Provisória nº 2.158-35/2001

Assim, para evitar este quadro e a consequente não-tributação destes lucros, a primeira lei a tratar da tributação da renda auferida por empresas controladas ou coligadas no exterior, como dito anteriormente, foi a Lei 9.249/95, que introduziu o sistema de tributação por bases universais. Porém, a referida lei não determinava quando tais lucros seriam considerados disponibilizados, razão pela qual, posteriormente, a Instrução Normativa 38/96 da Secretaria da Receita Federal foi introduzida, para determinar o momento de disponibilização da renda. A IN 38/96 prevê o que segue:

Art. 2º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, **controladas ou coligadas** serão adicionados ao lucro líquido do período-base, para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados.

§ 1º **Consideram-se disponibilizados** os lucros **pagos ou creditados** à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior. (...)

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, considera-se:

I - **creditado** o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior;

II - **pago** o lucro, quando ocorrer:

- a) o crédito do valor em conta bancária em favor da matriz, controladora ou coligada, domiciliada no Brasil;
- b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;
- c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;
- d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da filial, sucursal, controlada ou coligada, domiciliada no exterior.³⁴

³⁴ BRASIL, Secretaria da Receita Federal do Brasil, Instrução Normativa nº 38, de 27 de junho de 1996.

Assim, a IN determinou que a renda será considerada disponibilizada para o contribuinte quando ocorresse o pagamento ou o creditamento do valor para a empresa coligada ou controlada Brasileira. Portanto, segundo interpretação do Ministro Nelson Jobim, exposta em seu voto na ADI nº 2.588, que passaremos a analisar adiante, a IN levou em consideração a disponibilidade financeira dos lucros auferidos no exterior. Porém, segundo o Ministro, esta regra não impediu a elisão fiscal, e os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior continuaram a não ser tributados no lucro real ou líquido da controladora brasileira, uma vez que o contribuinte passou a criar novas normas contratuais e reajustes societários de forma a evitar a incidência do Imposto de Renda.³⁵

Assim, para tentar impedir as práticas elisivas que continuavam, o parlamento brasileiro editou a Lei Complementar nº 104/01 para adicionar o § 2º ao artigo 43 do CTN, que determinou:

Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.³⁶

Assim, foi criada uma norma de eficácia limitada, que requeria a consequente regulamentação de outra norma para que sua eficácia fosse plena. Com isto em mente, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 2.158-35/2001³⁷, a qual, em seu artigo 74, regulamentou a aplicação do supramencionado § 2º e determinou o momento de disponibilidade da renda auferida no exterior, nos termos a seguir

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão **considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados**, na forma do regulamento. Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.³⁸ (grifo nosso).

³⁵ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

³⁶ BRASIL, Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001.

³⁷ Cabe salientar que a aludida Medida Provisória não se submete à regra geral encontrada no art. 62 da Constituição Federal. Isto porque a Emenda Constitucional nº 32 de setembro de 2001, em seu art. 2º, estabeleceu uma disposição transitória que determinou que as medidas provisórias que houvessem sido editadas até a data de publicação da supracitada Emenda Constitucional continuariam em vigor até que outra medida provisória a revogasse ou até a aprovação definitiva proferida pelo Congresso Nacional. Desta forma, como a Medida Provisória 2.588/2001 foi editada antes da Emenda Constitucional, esta continua em vigor até que outra a revogue ou até que sofra deliberação do Congresso Nacional.

³⁸ BRASIL, Medida Provisória nº 2.158, de 24 de agosto de 2001.

Esta regra, porém, foi altamente criticada por diversos doutrinadores, por entenderem que desconsideraria não somente o próprio conceito de renda, mas também ignoraria a personalidade jurídica das empresas estrangeiras e sua controladora ou coligada brasileira³⁹.

Nesse sentido, a regra estabelecida pela Medida Provisória foi objeto de ação de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, a ADI nº 2.588. Os autores da referida ação apontaram diversos problemas no modelo adotado no país. Porém, para o que pretendemos neste trabalho, faz-se necessária a apresentação de três de seus argumentos. Primeiramente, o requerente argumentou que a normatização da disponibilidade da renda auferida no exterior se deu por meio de Medida Provisória, apontando assim direta violação ao art. 62 da Constituição Federal, o qual exige os elementos de necessidade e urgência para que seja editada uma Medida Provisória. No caso em questão, porém, o art. 74 regulamentou acontecimentos que só ocorreriam em 31 de dezembro de 2002, não podendo, assim, preencher o requisito de urgência constitucionalmente exigido, sendo, desta forma, inconstitucional.

Em que pese o exposto, o principal argumento apontado pelos requerentes para sustentar a inconstitucionalidade do referido dispositivo seria a violação ao artigo 153, inciso III da Constituição Federal. Isto por que o citado art. 74, ao determinar o momento de disponibilização dos lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior como sendo a data do balanço no qual tiverem sido apurados, ignoraria a redação do dispositivo constitucional aludido acima, uma vez que ainda não haveria acréscimo patrimonial para estas empresas, conforme requer a Constituição, porém apenas sua apuração.⁴⁰

Ainda, conforme apontou o requerente, o § 2º do art. 43 do CTN seria também inconstitucional, pois, no caso de empresas coligadas, onde não há manifestação de controle entre as empresas, mas mera participação societária, não se poderia falar em disponibilização em momento anterior ao da distribuição dos dividendos. Estaria assim o referido § 2º permitindo que o legislador ordinário determinassem o momento de ocorrência do fato gerador, antes mesmo da sua real configuração, ferindo assim o dispositivo constitucional e o conceito de renda.⁴¹

Quanto à violação ao art. 62 da Constituição Federal, a Ministra Ellen Gracie, relatora do caso, argumentou que não cabe ao Judiciário analisar o mérito dos elementos de urgência e

³⁹ GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 389.

⁴⁰ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

⁴¹ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

necessidade, somente em casos excepcionais, em que “a improcedência da alegação de presença desses pressupostos seja evidente”,⁴² o que, segundo ela, não seria o caso, pois o objetivo da medida provisória seria combater a evasão fiscal, que ocorreria por meio da remessa dos lucros, realizada pela empresa localizada no Brasil, para coligadas ou controladas no exterior, situadas em paraísos fiscais, procurando evitar assim a incidência do Imposto de Renda. Importante ressaltar a análise de mérito realizada pela Suprema Corte sobre a preliminar de constitucionalidade da Medida Provisória, pois, conforme indicou a ministra, o propósito alvitrado pela MP foi justamente o de combater a evasão fiscal, para que o contribuinte não pudesse determinar quando ocorreria o fato gerador, podendo, inclusive, fazer com que nunca ocorresse e, assim, nunca pagasse o Imposto de Renda devido.

Adicionalmente, a Ministra Relatora também passou a análise de mérito quanto à inconstitucionalidade do § 2º do Art. 43 do CTN, determinando que não havia se configurado tal inconstitucionalidade, uma vez que o dispositivo não deu liberdade para que o legislador ordinário estabelecesse um fato gerador distinto do que se encontra no *caput* do referido artigo. Desta forma, a lei ordinária não poderia determinar um momento de disponibilidade em que não há renda em sentido econômico ou jurídico, uma vez que feriria diretamente um dos requisitos do fato gerador, estabelecido no *caput* do Art. 43.

Ainda, em sede de Plenário, o Ministro Nelson Jobim apontou que o § 2º do Art. 43 do referido dispositivo determinou o fato gerador do tributo como a disponibilidade econômica ou jurídica dos lucros auferidos e apenas delegou à legislação infraconstitucional a obrigação de determinar o momento em que ocorreria essa disponibilidade⁴³; porém, o fato gerador já estava constituído, não haveria sido modificado pela Medida Provisória, tendo esta apenas determinado o momento da disponibilidade. O Ministro ainda apontou que o momento determinado pela Medida Provisória “já era adotado, desde 1976, na legislação societária, para a apuração dos lucros das companhias sujeitas ao Método de Equivalência Patrimonial (MEP)⁴⁴”⁴⁵ e, ainda, adverte que, “Se não fora assim, as estrangeiras evitariam remeter os lucros e, por meio de reagrupamento societário ou contratual, deixariam de pagar o tributo”⁴⁶.

⁴² STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

⁴³ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

⁴⁴ O Método de Equivalência Patrimonial encontra-se previsto no art. 248 da Lei 6.404/76, in verbis:

Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas:

I - o valor do patrimônio líquido da coligada ou da controlada será determinado com base em balanço patrimonial ou balancete de verificação levantado, com observância das normas desta Lei, na mesma data, ou até 60 (sessenta) dias, no máximo, antes da data do balanço da companhia; no valor de patrimônio líquido não serão

Enfim, passando a análise de mérito do Art. 74 da referida MP, a Ministra Relatora sustentou que a disponibilidade econômica ou jurídica exigida pelo CTN não significa que o contribuinte deve adquirir a renda, mas sim que este deve adquirir a disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Segundo interpretação da Ministra, no caso de empresas controladas no exterior, o momento de apuração do balanço configuraria, de fato, o momento de disponibilidade econômica ou jurídica dos lucros. Isto pois, a interpretação do art. 243 § 2º da Lei das Sociedades Anônimas compreende que, “a disponibilidade dos lucros auferidos pela empresa controlada, assim, depende única e exclusivamente da empresa controladora, que detém o poder decisório sobre o destino desses lucros (...)”⁴⁷. Por este motivo, a Ministra entendeu que a apuração destes lucros consistiria na disponibilidade jurídica (i.e., o direito do contribuinte de receber um crédito e não o recebimento em si) exigida pelo fato gerador do Imposto de Renda previsto no Art. 43 do CTN.

Porém, por outro lado, a Ministra Relatora distinguiu a situação narrada acima daquela decorrente de lucros auferidos por coligada no exterior. Isto porque as empresas coligadas não possuem poderes decisórios umas sobre as outras, mas meramente participação societária, i.e., não há controle acionário. Assim, não haveria disponibilidade jurídica dos lucros auferidos antes da efetiva remessa destes lucros para a coligada localizada no Brasil ou, pelo menos, antes da deliberação societária sobre o destino que se dará a estes lucros⁴⁸, uma vez que a disponibilização destes lucros no Brasil dependeria de uma decisão do capital social da empresa no Brasil, e não de sua coligada no exterior. Desta forma, em relação às empresas coligadas, a Min. Ellen Gracie entendeu que haveria vício de inconstitucionalidade no Art. 74 da MP, uma vez que estaria fora dos limites de uma lei ordinária ampliar o fato gerador,

computados os resultados não realizados decorrentes de negócios com a companhia, ou com outras sociedades coligadas à companhia, ou por ela controladas;

II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;

III - a diferença entre o valor do investimento, de acordo com o número II, e o custo de aquisição corrigido monetariamente; somente será registrada como resultado do exercício:

a) se decorrer de lucro ou prejuízo apurado na coligada ou controlada;

b) se corresponder, comprovadamente, a ganhos ou perdas efetivos;

c) no caso de companhia aberta, com observância das normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. (...)

⁴⁵ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

⁴⁶ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

⁴⁷ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

⁴⁸ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016

situação que é reservada a lei complementar, conforme redação do Art. 146, III da Constituição Federal.

Entretanto, importante ressaltar que o Ministro Nelson Jobim não realiza esta diferenciação indicada pela Ministra relatora e, para ele, não haveria inconstitucionalidade da sistemática adotada pelo referido Art. 74. O raciocínio do voto proferido fundamentou-se no argumento que a legislação tributária havia apenas incorporado a sistemática já utilizada na Lei das S.A. (Lei 6.404/76) no que tange ao método de equivalência patrimonial⁴⁹, de forma a adotar um tratamento que condiga com o mundo globalizado e que alcançasse as diversas práticas societárias possíveis dentro de um grupo econômico. Explica o Ministro que, no regime do MEPs, todo lucro ou prejuízo auferido pela coligada ou controlada estrangeira deve ser refletido no balanço da investidora brasileira. Ainda, segundo o seu voto, a efetiva distribuição dos lucros consiste apenas na entrada desta importância no caixa da brasileira; porém, a controladora brasileira já teria auferido benefícios por conta deste acréscimo patrimonial, o qual já havia sido reconhecido em seu balanço por conta do MEP⁵⁰. Inclusive, segundo o Ministro, “a **transparência da realidade financeira** da brasileira impõe que seu lucro seja acrescido da sua parcela nos resultados da estrangeira, tão logo esta o registre.”⁵¹ (grifo nosso).

Desta forma, o sistema adotado pelo regime do MEP não é o regime de caixa, i.e., a efetiva distribuição dos lucros para a investidora brasileira, mas sim o regime de competência, que reflete o mundo globalizado em que hoje vivemos, uma vez que “para apuração dos resultados do exercício, são consideradas as receitas e despesas independentemente de seus efetivos recebimentos ou pagamentos.”⁵²

Assim, para o Ministro Nelson Jobim, o regime tributário adotado pela MP seria um reflexo da legislação societária e, portanto, constitucional. Isto por que a disponibilidade econômica exigida pelo CTN não significa disponibilidade financeira, i.e., a efetiva entrada

⁴⁹ “A equivalência patrimonial (...) consiste na avaliação dos investimentos relevantes de uma sociedade em sociedades coligadas ou em controladas em função do patrimônio líquido deste último, de modo a que o patrimônio de uma sociedade investidora seja como que o ‘espelho’ no qual se refletem as mutações positivas ou negativas do patrimônio da sociedade investida (...)” XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 15.

⁵⁰ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁵¹ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁵² STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

da moeda no caixa da empresa, mas sim o seu acréscimo patrimonial no balanço das empresas. O Ministro elucida quanto à razão por trás do argumento quando alerta que,

Grande maioria das relações econômicas e jurídicas, pactuadas entre empresas e entre as companhias e seus sócios, é realizada por meio de aquisição e transferência de direitos que **somente se concretizam na forma de registros contábeis**. Por isso, a disponibilidade da renda não pode se limitar, **para as pessoas jurídicas**, ao efetivo recebimento de moeda ou dinheiro.⁵³ (grifo nosso)

Assim, segundo o Ministro Nelson Jobim, sendo a disponibilidade econômica o acréscimo patrimonial da empresa brasileira, a ideia de disponibilidade econômica seria, assim, consequência do regime de competência⁵⁴ e do MEP, razão pela qual o método de disponibilidade criado pela MP não seria inconstitucional e estaria em consonância com a prática empresarial e a Lei 6.404/76⁵⁵. Deste modo, conclui o Ministro, “**A variação no patrimônio da investida importa em acréscimo patrimonial na companhia investidora**, em decorrência do MEP, posto que o regime é de competência.⁵⁶” (grifo nosso). O ilustre professor Modesto Carvalhosa⁵⁷ parece concordar com a interpretação oferecida pelo Ministro quanto aos efeitos da norma societária, ao dispor que,

Há assim um registro concomitante do resultado na “sociedade-filha” e na “sociedade-mãe”. Daí dizer que **a investidora apropria, com a equivalência patrimonial, o resultado derivado de seus investimentos nas sociedades investidas** por regime de competência, e não por caixa, quando distribuído. (grifo nosso)

⁵³ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁵⁴ O regime de competência está previsto no art. 9 da Resolução nº 750 do Conselho Federal de Contabilidade, in verbis:

Art. 9º. As receitas e as despesas devem ser incluídas na apuração do resultado do período em que ocorrerem, sempre simultaneamente quando se correlacionarem, independentemente de recebimento ou pagamento.

§ 1º O Princípio da Competência determina quando as alterações no ativo ou no passivo resultam em aumento ou diminuição no patrimônio líquido, estabelecendo diretrizes para classificação das mutações patrimoniais, resultantes da observância do Princípio da Oportunidade.

§ 2º. O reconhecimento simultâneo das receitas e despesas, quando correlatas, é consequência natural do respeito ao período em que ocorrer sua geração.

§ 3º. As receitas consideram-se realizadas:

I- nas transações com terceiros, quando estes efetuarem o pagamento ou assumirem compromisso firme de efetivá-lo, quer pela investidora na propriedade de bens anteriormente pertencentes à Entidade, quer pela fruição de serviços por esta prestados;

II- quando do desaparecimento, parcial ou total, de um passivo, qualquer que seja o motivo;

III – pela geração natural de novos ativos independentemente da intervenção de terceiros.

⁵⁵ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁵⁶ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁵⁷ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Vol. 4, tomo II. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 50

Desta forma, sob o ponto de vista tributário, como o art. 43 do CTN delegou para a lei determinar o momento da disponibilidade da renda, porém requerendo que a mesma seja econômica ou jurídica (sendo este o fato gerador), havendo a disponibilidade econômica, i.e., no momento de apuração do balanço em que houve acréscimo patrimonial, em conformidade com o conceito já explorado pela legislação societária, razão pela qual não haveria inconstitucionalidade. Conclui assim o Ministro pela constitucionalidade do dispositivo da MP, porém ressalva que, conforme sua interpretação, tal regra só pode ser aplicada de forma constitucional àquelas empresas que se submetem ao regime do MEP⁵⁸.

Seguiu o voto do Ministro Nelson Jobim o Ministro Ayres Britto⁵⁹ e, afim de evitar redundâncias, cito trecho de seu voto que nos é relevante para ilustrar o ponto a que se buscou alcançar:

(...) não há como desconhecer que os lucros obtidos pelas controladas e coligadas estrangeiras repercutem positivamente na empresa brasileira que as controle ou com elas seja coligada. Isso porque **a investidora brasileira se torna titular desses lucros, na medida de sua participação no capital social da empresa controlada ou coligada estrangeira** (...) (grifo nosso)

Assim, o Senhor Ministro Ayres Britto entendeu que a participação da empresa brasileira no capital da controlada ou coligada estrangeira é fato determinante para apurar a disponibilidade ou não da renda, vez que a empresa brasileira, no papel de investidora, já seria titular destes lucros, quer eles fossem reinvestidos ou distribuídos para os socios-cotistas, conforme fosse.

Entretanto, no que tange à interpretação da Ministra Relatora, Ellen Gracie, quanto à distinção que se deve fazer entre empresas controladas e coligadas, sendo inconstitucional a inclusão desta última no preceito da MP, o ilustre Ministro Cezar Peluso discordou. Isto porque, para ele, admitir que o controle acionário da controladora sobre a controlada no exterior seria um motivo em si mesmo para legitimar a tributação da controlada no exterior, seria adotar a regra CFC interpretada por Heleno Torres⁶⁰, supracitado, e admitir a desconsideração da personalidade jurídica, mesmo quando não há fraude ou abuso⁶¹. Isto é,

⁵⁸ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁵⁹ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁶⁰ TORRES, Heleno. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 307/308

⁶¹ A desconsideração da personalidade jurídica encontra-se definida no art. 50 do Código Civil, in verbis: Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócio da pessoa jurídica.

seria acolher o conceito de que a empresa no exterior não possui personalidade por si só e depende completamente da controlada, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico. Entretanto, isto é distinto da denominada unidade econômica⁶², conforme defendido pelo Ministro Nelson Jobim. Conforme já indicado neste capítulo, de acordo com Jobim, o reconhecimento da unidade consiste em interpretar a existência da controladora brasileira e a controlada ou coligada no exterior como um ente unitário dentro de um grupo econômico, dos quais os lucros de uma se refletem no patrimônio líquido da outra. Assim, o ilustre Ministro Cezar Peluso seguiu o voto do Min. Nelson Jobim no que tange à constitucionalidade do art. 74 da MP, posto que tal regra só deve incidir sobre as sociedades controladas e controladoras que se submetem ao regime do MEP⁶³, uma vez que estaria estabelecido o elemento de conexão entre as empresas, característica necessária para se configurar a disponibilidade econômica ou jurídica do lucro, conforme já exposto no presente trabalho.

Ainda sobre a discussão posta ao Supremo Tribunal Federal, relativamente ao conceito de renda, o Ministro Marco Aurélio divergiu dos votos dos ilustres ministros supracitados ao argumentar que enquanto o lucro não houver sido de fato distribuído para os acionistas da empresa brasileira, esta renda não poderá ser considerada disponibilizada, conforme requer o fato gerador do art. 43 do CTN, exceto no caso de firma em nome individual, sociedade de cotas e subsidiária integral onde haja no contrato social da empresa dispositivo que preveja a distribuição obrigatória de resultados⁶⁴. Segundo o Ministro Marco Aurélio, a mera apuração do balanço patrimonial não constituiria disponibilidade jurídica, uma vez que os lucros ainda estariam vestidos na coligada ou controlada no exterior, não sendo transferidos para a empresa situada no Brasil, razão pela qual “não tem como integrar qualquer aporte, em termos de renda, ao respectivo balanço.”⁶⁵. Desta forma, argumenta o ministro que o lucro não poderia ser considerado disponibilizado por que a renda sequer existe para a empresa brasileira, pois se manteve no exterior, jamais adentrando a esfera da controladora brasileira.⁶⁶ Ainda, o Ministro sustenta que no caso de Sociedades Anônimas, tal disponibilidade só ocorrerá no momento da deliberação da Assembléia-Geral que determinará o destino de tais

⁶² STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁶³ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 10.04.2016

⁶⁴ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 13.04.2016

⁶⁵ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 13.04.2016

⁶⁶ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 13.04.2016

lucros⁶⁷, não podendo constituir disponibilidade a mera apuração do balanço, pois ainda não há deliberação da Assembléia que poderia optar por jamais destinar tais lucros à controlada brasileira. Portanto, afirma que a supracitada regra estaria, de fato, criando novo fato gerador, o que é inconstitucional e vai diretamente de encontro com o fato gerador estabelecido no *caput* do Art. 43 do CTN, ao qual o inserido § 2º se subordina.

Por fim, no que tange à aplicação da sistemática do MEP, pareceu insuficiente para o Ministro Joaquim Barbosa, último a proferir seu voto, a adoção do sistema do MEP como método de validação do critério de disponibilidade econômica do lucro, uma vez que o MEP apontaria uma expectativa de aumento patrimonial, mas que não estaria confirmado, o que iria de encontro com o preceito constitucional do Art. 153, III que permite a tributação sobre a renda, não sobre a expectativa ou probabilidade da renda⁶⁸. Deste modo, o voto final do Ministro Joaquim Barbosa julgou constitucional o dispositivo da Medida Provisória que determinou o momento de disponibilidade da renda como o auferimento do balanço, porém somente no que tange a coligadas e controladas que se situem em países sobre tributação favorecida, i.e., paraísos fiscais, uma vez que argumentou que o Fisco não poderia se utilizar da presunção de que os contribuintes procurariam evadir a incidência da tributação do IRPJ como fundamento para criação de um novo momento de disponibilidade da renda. Entretanto, esta presunção do intuito evasivo do contribuinte seria válida nos casos de coligadas e controladas localizadas em paraísos fiscais, conforme segue:

A presunção do intuito evasivo somente é cabível se a entidade estrangeira estiver localizada em países com tributação favorecida, ou que não imponham controles e registros societários rígidos (“paraísos fiscais”). (...) Se a empresa estrangeira não estiver sediada em um “paraíso fiscal”, a autoridade tributária deve argumentar e provar a evasão fiscal, isto é, a ocultação do fato jurídico tributário ou da obrigação tributária. Essa argumentação e essa prova fazem parte da motivação do ato de constituição do crédito tributário, que deve ser plenamente vinculado.⁶⁹

Finalmente, a Ministra Relatora aponta que não haveria ferimento aos princípios da irretroatividade e da anterioridade, descritos nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do inciso III do art. 150 da Constituição Federal, como apontaram as Requerentes, uma vez que a Medida Provisória não aumentou ou instituiu tributo novo, tendo apenas determinado um momento distinto para sua

⁶⁷ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 13.04.2016

⁶⁸ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 13.04.2016

⁶⁹ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 13.04.2016

cobrança⁷⁰. Aponta a Ministra que, ao determinar que o momento de incidência da tributação se daria no momento de sua apuração no balanço e não da sua efetiva remessa ao Brasil, a legislação pátria pretendeu apenas modificar o momento de incidência do tributo, o que lhe é facultado, porém o fato gerador já haveria ocorrido, uma vez que a apuração dos lucros da coligada ou controlada no exterior também devem ser refletidos na empresa brasileira. Sendo assim, não haveria afronta aos princípios constitucionais supracitados, não constituindo assim inconstitucionalidade do Art. 74 da Medida Provisória.

Assim, a decisão final do Supremo Tribunal Federal foi pela constitucionalidade e aplicabilidade do dispositivo da Medida Provisória no que tange aos lucros auferidos por controladas da empresa brasileira que se situem em países de tributação favorecida; e pela inaplicabilidade do dispositivo relativo às empresas coligadas no exterior localizadas em países de tributação normal, i.e., sem tributação favorecida.

Segue abaixo a Tabela 1 referente ao cômputo do voto médio⁷¹ na decisão da referida ADI 258872:

⁷⁰ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 13.04.2016

⁷¹ Quadro disponível em: < <http://www.netinternacional.org/web/>>. Acesso em 21/07/2014.

⁷² A 1ª Turma do STJ, ao julgar o REsp nº 1.325.709, decidiu pela inaplicabilidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 nas situações que envolvam controladas localizadas em país com o qual o Brasil firmou tratado para evitar a dupla tributação da renda.

Tabela 1 - Voto médio na ADI 2.588/DF

ADI 2.588									
Ministros	Sucessor	Votos							
		Controlada			Coligada			§ único art. 74	
		Paraíso	Trib. Normal	Tratados	Paraíso	Trib. Normal	Tratados		
JOAQUIM BARBOSA		✖	✔	✔	✖	✔	✔	✔	
CELSO DE MELLO		✔	✔	✔	✔	✔	✔	✔	
SEPÚLVEDA PERTENCE	Dias Toffoli	✔	✔	✔	✔	✔	✔	✔	
MARCO AURÉLIO		✔	✔	✔	✔	✔	✔	✔	
NELSON JOBIM	Cármem Lúcia	✖	✖	✖	✖	✖	✖	✖	
ELLEN GRACIE	Rosa Weber	✖	✖	✖	✔	✔	✔	✖	
GILMAR MENDES		Impe d i d o							
CEZAR PELUSO	Teori Zavascki	✖	✖	✖	✖	✖	✖	✔	
AYRES BRITTO	Vago	✖	✖	✔	✖	✖	✔	✖	
RICARDO LEWANDOWSKI		✔	✔	✔	✔	✔	✔	✔	
EROS GRAU	Luiz Fux	✖	✖	✖	✖	✖	✖	✖	
Legenda cômputo dos votos:	✔ e	Inconstitucional (não tributação)	4	5	6	5	6	7	6
	✖	Constitucional (tributo devido)	6	5	4	5	4	3	4
Prognóstico de resultado NETI:		4 x 6	5 x 5	6 X 4	5 X 5	6 x 4	7 x 3	6 x 4	
Resultado Proclamado STF:		OK (vinculante)	OK	(a definir)	OK	OK (vinculante)	OK (6 x 4) (v)	OK (vinculante)	

2.3. Críticas à decisão do STF

À luz do disposto acima, buscamos analisar a repercussão de tal decisão no mundo fático e, para tanto, procuramos críticas ou elogios à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, relatada acima.

Assim, pode-se perceber que os próprios ministros, por se tratar de questão complexa, continuaram o debate e discussão da Ação Direta de Inconstitucionalidade mesmo após o proferimento dos votos, estendendo-se por mais de dez anos. Os próprios ministros admitiram, em meio a estes debates, que a decisão ficou aquém do que poderia, por se tratar de questão controversa e de extremo interesse para a sociedade, uma vez que não decidiu duas situações que julgaram ser relevantes, i.e., a possibilidade de tributação de controladas fora de

países de tributação favorecida e a possibilidade de tributação de coligadas localizadas em paraísos fiscais⁷³.

Nesta toada, o advogado tributarista Livio Augusto Hoffmann Pinto apontou⁷⁴ que a decisão final proferida do STF não carece de críticas e, por isso, poderia ter sido mais acertada, apresentando alguns exemplos de situações que a decisão poderia ter abordado e não o fez, das quais somente exploraremos as que julgamos ser mais relevantes para este artigo.

Com efeito, segundo o advogado, na linha dos votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, não se poderia presumir como fraudulenta uma operação societária que não se tenha provado como tal, uma vez que a evasão fiscal ou a sonegação devem ser provadas, sendo assim inadmissível que a lei assuma, mesmo em defesa do nobre motivo de se evitar a evasão, que todos os contribuintes que possuam coligadas ou controladas no exterior possuem objetivos ardilosos ao estabelecer tais entidades⁷⁵.

Ademais, o mesmo autor também ilustrou que a regra instituída pela MP seria incompatível com as práticas internacionais. Isto porque, segundo o advogado, o âmbito de aplicação das legislações de CFCs ao redor do mundo é mais limitado, uma vez que se vê a imputação automática dos tributos aos sócios e acionistas das investidas no exterior, quando localizadas em paraísos fiscais, como se os lucros houvessem sido auferidos internamente, mesmo quando não distribuídos⁷⁶.

Neste sentido, a nossa legislação em muito se afastaria deste tipo de legislação idealizado pelos países estrangeiros, uma vez que se trata de uma regra que buscar determinar um “critério temporal para tributação em um regime de presunção de **disponibilidade antecipada** de lucros sem que haja qualquer distinção quanto à **localização**, controle ou tipo societário.”⁷⁷ (grifo nosso). Deste modo, a decisão tampouco explorou a discussão acerca de qual regra prevaleceria nos casos em que há tratados internacionais contra a bitributação dos quais o Brasil é signatário, ou seja, a MP ou o tratado⁷⁸.

⁷³ STF, ADI nº 2588-1-MC/DF. Rel: Min. Ellen Gracie, j. 29 nov. 2005, p. 5 dez. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 13.04.2016

⁷⁴ PINTO, Livio Augusto Hoffmann. **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015. p. 116

⁷⁵ PINTO, Livio Augusto Hoffmann. **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015. p. 116

⁷⁶ TÔRRES, Heleno apud PINTO, Livio Augusto Hoffmann, **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015, p. 116

⁷⁷ PINTO, Livio Augusto Hoffmann. **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015. p. 117

⁷⁸ PINTO, Livio Augusto Hoffmann. **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015. p. 118

Finalmente, apresentamos as duas últimas críticas, que julgamos ser as mais relevantes para o proposto neste artigo, i.e., a ineficiência de se usar o regime do MEP como base de interpretação da MP e o fato de que a MP criou uma *de facto* ficção jurídica que não deveria ter sido abraçada pelo STF.

No que tange à primeira, o autor ilustra que a decisão não se posicionou quanto à obrigatoriedade dos demais aspectos do sistema do MEP, além do seu elemento temporal, à regra do art. 74 da MP e que tampouco se posicionou “sobre o que deve ser considerado lucro ou prejuízo nesta sistemática.”⁷⁹ Para ilustrar sua ressalva, o autor cita o REsp nº 1.211.882 julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, onde determinaram que seria ilícita a tributação dos lucros da empresa controlada ou coligada no exterior e registrada na contabilidade da brasileira em razão do MEP, no que este valor exceder o que de fato a empresa brasileira faz jus quanto ao lucro auferido pela investida no exterior⁸⁰.

No que tange à segunda e última crítica, Pinto sustentou que o supracitado dispositivo da Medida Provisória deliberadamente criou uma ficção jurídica do fato gerador, uma vez que determinou como renda algo que não pode ser classificado como tal, o que é vedado não só pelo CTN, mas pela própria Constituição Federal e, como tal, jamais poderia ter sido abraçado pelo Supremo Tribunal Federal. Para ilustrar tal argumento, o autor citou Miguel Delgado Gutierrez, que ensina que “o imposto de renda só pode incidir sobre uma renda real, concreta e palpável. Jamais pode incidir sobre uma **renda fictícia ou meramente potencial**.”⁸¹ (grifo nosso). Assim, no caso da sistemática criada pelo art. 74 da MP, havendo apenas possibilidade de disponibilidade desta renda, considerado o fato gerador do imposto de renda, não poderia o Fisco tributar esta renda em potencial, mas tão somente a renda que efetivamente fosse disponibilizada para a empresa brasileira, sob pena de ofensa clara ao princípio da capacidade contributiva e de configuração de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal⁸².

Assim, é possível perceber que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não solucionou diversas questões atreladas à tributação de coligadas e controladas no exterior, em situação oportuna para tal, deixando em aberto e, assim, sem qualquer regulamentação,

⁷⁹ PINTO, Livio Augusto Hoffmann. **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015. p. 118

⁸⁰ PINTO, Livio Augusto Hoffmann. **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015. p. 118

⁸¹ GUTIERREZ, Miguel Delgado apud PINTO, Livio Augusto Hoffmann, **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015. p. 119.

⁸² PINTO, Livio Augusto Hoffmann. **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015. p. 119.

diversos pontos de relevância para a sociedade, uma vez que a tributação através do regime da Medida Provisória seria mais onerosa para o contribuinte, já que não se limita ao regime de tributação das demais regras CFC, conforme apontou Pinto, colocando assim as empresas brasileiras em clara situação de desvantagem competitiva, uma vez que estas empresas seriam tributadas mais pesadamente do que aquelas situadas em países cujas regras CFC possuam delimitações mais claras.

Ainda, no sítio do Núcleo de Estudos de Tributação Internacional⁸³ encontram-se os seguintes comentários e críticas acerca da decisão:

Na sessão do dia 10.04 p.p., em que efetivamente declarado o resultado do julgamento, foi adotado o critério usualmente adotado na aferição do voto médio, implicando, no que concerne à aplicação do caput do art. 74 da MP 2.158-35/01, no atingimento da maioria absoluta de seis votos para declarar: (i) **constitucional** em relação às controladas em paraísos fiscais; e (ii) **inconstitucional** no tocante às coligadas no exterior localizadas em países de tributação normal (visto que a Ministra Ellen havia afastado a incidência sobre coligadas em seu voto); e Também alcançou a maioria absoluta o julgamento pela (iii) **inconstitucionalidade** do parágrafo único do dispositivo citado, que pretendeu alcançar os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001, por ofensa à irretroatividade (para melhor elucidação, confira-se o quadro elaborado pelo NETI). **Passou despercebida a circunstância de que** os votos dos 4 Ministros (Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, e Ricardo Lewandowski) que declararam a inconstitucionalidade total do art. 74 da MP 2158-35/01 deveriam ser somados aos dos Ministros Joaquim Barbosa e Ayres Britto, **no que concerne à aplicação do dispositivo em relação às controladas situadas em países com os quais o Brasil celebrou tratado para evitar e dupla tributação da renda e prevenir a evasão fiscal, onde também alcançada a maioria necessária.** É que o voto do Ministro Joaquim Barbosa dá pela inconstitucionalidade do referido artigo, ressaltando apenas os paraísos fiscais e os regimes fiscais privilegiados assim definidos em lei, enquanto que o voto do Ministro Ayres Britto excetua expressamente os tratados. **É de se esperar que a CNI (Confederação Nacional da Indústria – CNI, na qualidade de proponente da ADI) oponha embargos de declaração ao acórdão que proclamar o resultado verificado, requerendo seja sanada a omissão em relação à ressalva contida no voto do Ministro Ayres Britto apurando-se o voto médio em relação ao afastamento do art. 74 da MP 2158-35/01 quando a controlada localizar-se em país com o qual o Brasil tenha firmado acordo para evitar a dupla tributação.** A eventual procedência desses embargos terá o condão de encerrar favoravelmente ao pleito dos contribuintes, em caráter definitivo e com efeito vinculante, a matéria em questão, dado o atingimento da maioria absoluta de seis votos favoráveis à não aplicação do art. 74 em países com tratados. Desse modo, encerrada a ADI 2.588, ainda **permanecem indefinidas** as cobranças sobre lucros no exterior quando do balanço das (iv) coligadas em paraísos fiscais e das (v) controladas em países de tributação normal sem tratado de dupla tributação com o Brasil. É que nestas matérias não se atingiu a maioria (o resultado foi de cinco votos em um sentido e de

⁸³ Sítio: < <http://www.netinternacional.org/web/>>. Acesso em 21/07/2014.

cinco votos no sentido oposto), prevalecendo, nestes casos, o ato impugnado, sem caráter vinculativo. Tudo indica, ademais, que estas específicas hipóteses serão reexaminadas pelo STF nos RREE que lá tramitam e foram apregoados juntamente com a ADI: um versando sobre atividades desenvolvidas por sociedade controlada isenta em Aruba (RE 611.568) e outro sobre controladas localizadas em países com os quais o Brasil celebrou tratado para evitar a dupla tributação da renda e prevenir a evasão fiscal, a saber, China e Itália (RE 541.090).”

Foi diante deste cenário que foi promulgada a Lei 12.973/2014, que será conceituada e discutida de forma aprofundada no próximo capítulo. Veremos, assim, se a nova legislação solucionou as supracitadas indagações e críticas, e se esta nova legislação tornou-se mais compatível com as legislações CFC internacionais, uma vez que restou claro que a sistemática da Medida Provisória era incompatível com a prática internacional.

3. A COMPATIBILIDADE ENTRE AS CFC INTERNAS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO

Antes de adentrarmos ao efetivo estudo comparado proposto neste trabalho, julgamos importante salientar de que maneira iremos realizar a comparação dos dispositivos domésticos com os dispositivos dos tratados internacionais contra a bitributação.

As regras CFC, devido a sua especificidade, apontam certos critérios e elementos intrínsecos, que possuem a finalidade de criar instrumentos anti-abuso. Neste sentido, não nos referimos ao possível abuso por parte dos contribuintes, mas sim por parte dos aplicadores da lei. Isto pois, a regra CFC, para ser classificada como tal, não pode englobar toda e qualquer situação que envolva empresas controladas estrangeiras, uma vez que esta possui como finalidade essencial evitar comportamentos elisivos. Desta forma, para ser classificada como CFC, a legislação deve possuir certos elementos que apontem para esta finalidade.

Portanto, segundo relato de Diogo Ferraz⁸⁴, os países que adotam as regras CFC podem ser classificados em dois grupos, conforme segue:

Um primeiro grupo de países define que tal legislação especial será aplicável sempre que a sociedade vinculada à pessoa residente ou domiciliada em seu território **for domiciliada em um Estado de baixa tributação (paraísos fiscais)**. (...) Já em um segundo grupo, ganha relevância a natureza do rendimento auferido pelas sociedades domiciliadas fora dos seus territórios, mas que possuem relações com seus nacionais. Nesse sentido, **aplica-se a legislação CFC nos casos de determinados rendimentos, geralmente aqueles considerados ‘passivos’** (juros, aluguéis, royalties, etc), tornando-se irrelevante o exato local de domicílio da sociedade estrangeira vinculada. (grifo nosso).

Assim, é possível perceber que existem dois modelos de legislação CFC, i.e., (i) quando o dispositivo aponta para a sua aplicabilidade devido a existência de uma sociedade controlada ou coligada localizada em **paraíso fiscal**, ou (ii) quando a regra CFC é aplicável devido aos tipos de **rendimento (passivos)** auferidos pela sociedade controlada ou coligada estrangeira.

De acordo com o estudo realizado por Roberto Cordoniz Leite Pereira⁸⁵, a grande maioria dos países rege-se pela tributação sob bases territoriais, porém adotam o princípio

⁸⁴ FERRAZ, Diogo apud ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 136

universal no que tange a tributação de CFCs, de modo a evitar que as sociedades residentes no país se aproveitem do regime territorial e enviem seus lucros para sociedades localizadas em paraísos fiscais a fim de escapar da tributação doméstica. Assim, aponta o autor que 76,47% dos países aplicam as regras CFC (tributação universal) somente quando a sociedade investida estiver localizado em país de tributação favorecida. Destarte, é possível concluir que a maioria dos países utiliza as regras CFC de maneira específica, de modo a evitar condutas elisivas que busquem se aproveitar de paraísos fiscais para fugir à tributação doméstica.

Por conseguinte, é possível concluir que as legislações CFC se aplicam a lucros que, devido a sua posição geográfica (paraíso fiscal) ou a sua natureza (tipos de rendimento) haveriam sido afastados da tributação do país da sociedade investidora. Portanto, segundo André Martins de Andrade⁸⁶, a legislação CFC “corresponde a uma **realocação espacial** dos resultados apurados no âmbito de um grupo societário, ou, poder-se-ia dizer, a uma **apropriação espacial por parte da jurisdição em que se localiza a sociedade investidora.**” (grifo nosso).

Logo, a fim de realizar o estudo comparado, propomos utilizar um método de identificação quanto a presença de um destes dois modelos na legislação interna brasileira e na legislação norte-americana para efetuar a comparação entre os dispositivos domésticos e os tratados internacionais.

Assim, primeiramente iremos analisar a legislação internacional sobre o tema através da explicação quanto ao tratamento oferecido pela OCDE e, em seguida, exporemos a legislação do Brasil e dos EUA referente à tributação dos lucros auferidos por sociedade estrangeira de forma a comparar estas legislações com o modelo da OCDE. Com isto, buscaremos concluir se as legislações domésticas brasileira e americana a) podem ser caracterizadas como CFC, tendo em mente os elementos intrínsecos deste tipo de legislação acima mencionados; e b) se os institutos domésticos de cada país são compatíveis com a legislação internacional.

⁸⁵ PEREIRA, Roberto Cordoniz Leite Pereira. **O Regime Especial de Tributação de Lucros Auferidos no Exterior**. São Paulo: Nucleo de Estudos Fiscais da Fundação Getúlio Vargas, 2011. 77 f. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. p. 15/16

⁸⁶ ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 257

3.1. O Modelo da OCDE

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”), em 1963, desenvolveu a primeira versão de sua Convenção-Modelo para evitar a bitributação. O objetivo da Convenção da OCDE era fornecer diretrizes para os países signatários para guiar o tratamento da tributação internacional e, ao mesmo tempo, guiar a criação de tratados internacionais contra a bitributação entre países ao redor do mundo, conhecidos como *double tax convention* ou DTC.

Além dos dispositivos da Convenção da OCDE propriamente ditos, a Convenção também fornece comentários aos seus artigos, para facilitar a interpretação de seu conteúdo, que são aplicados tanto para países membros, quanto para países não-membros da OCDE, que podem fazer reservas ou observações a estes comentários. Importante ressaltar que a OCDE, de mais das vezes, favorece a tributação pelo país de residência (denominados de exportadores de capital) em detrimento da tributação pelo país de fonte (ou importador de capital). Isto significa dizer que nas disposições da OCDE, a maioria dos dispositivos confere o direito exclusivo de tributação ao país-signatário de residência do contribuinte, seja ele pessoa jurídica ou física, e impõe condições para que o país de fonte possa tributar em detrimento do país de residência. Este modelo oferecido pela OCDE tem como objetivo evitar a bitributação, conferindo o poder de tributar a um ou outro Estado, a depender do tipo de renda.

É igualmente importante ressaltar que a influência da OCDE neste campo foi tamanha que a Convenção Modelo passou a servir como modelo de referência para negociações de DTCs entre países membros e não-membros da OCDE e entre dois países não-membros da OCDE. Esta influência crescente do modelo da OCDE e sua incorporação à maioria das convenções bilaterais contra a bitributação serviu, principalmente, para conferir maior legitimidade aos Comentários à Convenção Modelo para que fossem utilizados como ponto de referência para a interpretação e aplicação dos tratados bilaterais⁸⁷.

Simultaneamente, a OCDE não ignorou o fato de que, mesmo conferindo competência a um país-signatário, podem existir situações de dúvida em que a bitributação seria inevitável, onde dois países se declarariam competentes para tributar. Deste modo, a OCDE também

⁸⁷ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 10

criou mecanismos denominados *unilateral relief measures*, i.e., crédito ou isenção, de forma que, quando ocorresse a bitributação, um país teria que aferir o crédito (compensação) do imposto já pago em um país no outro país-sinatário, ou isenção do imposto.

A OCDE adverte, entretanto, que embora os Comentários não possuam força vinculante sobre os Estados e tampouco devam ser anexados aos tratados bilaterais, eles oferecem auxílio na aplicação e interpretação das convenções bilaterais e, em especial, para a solução de quaisquer disputas relacionadas às referidas convenções, as quais são vinculantes para os países signatários.⁸⁸

A Convenção Modelo dispõe de maneira extensa e através de diversos dispositivos sobre os vários tipos de rendimento e de capital que são considerados para a interpretação da Convenção. Porém, trataremos aqui somente daqueles rendimentos que nos são relevantes para a análise de compatibilidade entre os modelos internos do Brasil e dos EUA e os tratados internacionais. Os artigos do Modelo da OCDE que dizem respeito a tributação de lucros de sociedades investidas estrangeiras são os artigos 7 e 10 da Convenção Modelo. O artigo 7 trata da tributação dos lucros das empresas, sendo o objeto da obrigação tributária o auferimento dos lucros. De outro modo, o artigo 10 versa sobre a tributação da distribuição dos lucros auferidos por sociedade investida estrangeira, através da distribuição de dividendos.

Assim, o Artigo 7⁸⁹ do Modelo da OCDE, transcrito abaixo, dispõe o seguinte:

Article 7. Business Profits

1. Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State.

2. For the purposes of this Article and Article [23 A] [23 B], 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 establishment and through the other parts of the enterprise.

⁸⁸ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 14

⁸⁹ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 29

3. *Where, in accordance with paragraph 2, a Contracting State adjusts the profits that are attributable to a permanent establishment of an enterprise of one of the Contracting States and taxes accordingly profits of the enterprise that have been charged to tax in the other State, the other State shall, to the extent necessary to eliminate double taxation on these profits, make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged on those profits. In determining such adjustment, the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.*

4. *Where profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of this Convention, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.*

Em outras palavras, o aludido artigo estabelece que o Estado de residência de uma companhia será competente para tributar os lucros advindos desta companhia, a menos que esta possua um estabelecimento permanente em outro Estado, quando este outro Estado poderá tributar somente os lucros advindos deste estabelecimento permanente que possam ser atribuídos a este. Os comentários ao Artigo 7 rejeitam, ainda, a teoria de *force of attraction*⁹⁰ (força de captação), através da qual podem ser tributados todos os rendimentos advindos do outro Estado Contratante (tais como outros lucros da empresa, dividendos, *royalties* e participações) independentemente de sua ligação com o estabelecimento permanente.

Portanto, a OCDE veda que o segundo Estado Contratante tribute a empresa residente no primeiro Estado Contratante pelos rendimentos que não estejam ligados ao estabelecimento permanente. Desta maneira, o Artigo 7 ainda estabelece um modelo de compensação tributária, de forma a se evitar a bitributação, ao ditar, em seu parágrafo 3, que quando o Estado Contratante de onde a “empresa-mãe” é residente tributar os lucros advindos do estabelecimento permanente, o Estado de onde o estabelecimento permanente é residente deverá deduzir do montante devido o valor já pago no outro Estado Contratante.

Em contrapartida, o artigo 10⁹¹ dispõe sobre as regras de tributação sobre os dividendos pagos:

Article 10. Dividends.

1. *Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State.*

2. *However, dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:*

a) *5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends;*

⁹⁰ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 135

⁹¹ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 30.

b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of these limitations. This paragraph shall not affect the taxation of the company in respect of the profits out of which the dividends are paid.

3. The term "dividends" as used in this Article means income from shares, "jouissance" shares or "jouissance" rights, mining shares, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.

4. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply if the beneficial owner of the dividends, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State of which the company paying the dividends is a resident through a permanent establishment situated therein and the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply.

5. Where a company which is a resident of a Contracting State derives profits or income from the other Contracting State, that other State may not impose any tax on the dividends paid by the company, except insofar as such dividends are paid to a resident of that other State or insofar as the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with a permanent establishment situated in that other State, nor subject the company's undistributed profits to a tax on the company's undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State.

Assim, o referido artigo determina que os dividendos pagos por uma empresa residente em um Estado Contratante a outra empresa residente em outro Estado Contratante poderão ser tributados por este último. Entretanto, o Artigo 10 ainda admite que o Estado de residência da empresa que paga os dividendos também poderá tributar estes dividendos, contanto que, sendo o beneficiário efetivo residente do outro Estado Contratante, este imposto não poderá exceder 5% ou 15% do montante bruto, conforme as regras ditadas no dispositivo.

Finalmente, a fim de evitar a bitributação, o referido artigo também determina que quando uma empresa residente de um Estado Contratante obtiver lucros advindos de outro Estado Contratante, este outro Estado não poderá exigir impostos sob os dividendos pagos por esta empresa, excetuada as seguintes hipóteses: (i) o destinatário do pagamento dos dividendos for uma empresa residente do outro Estado Contratante, ou (ii) se a sociedade coligada que recebe estes dividendos estiver efetivamente ligada a um estabelecimento permanente localizado neste outro Estado Contratante.

Contudo, cabe aqui salientar que embora o artigo 10 estabeleça uma competência concorrente do país de fonte e do país de residência para tributar os dividendos distribuídos, o Brasil optou por abdicar de seu direito de tributar dividendos pagos ou recebidos, eliminando assim a possibilidade de tributação sobre a distribuição de lucros de investidores

estrangeiros⁹². Isto porque, a supracitada lei 9.249/95⁹³, incluiu a regra específica do art. 10 que prevê esta renúncia, *verbis*:

Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

No que tange aos aludidos artigos em referência às regras CFC, os Comentários ao artigo 1 do Modelo da OCDE, em seu parágrafo 23, alertam que muitos países consideravam que as regras de tributação de CFCs seriam contrárias às disposições do parágrafo 1 do Artigo 7 e do parágrafo 5 do Artigo 10⁹⁴. Porém, o Comentário alude que, embora tais regras variem entre os países, estas regras possuem uma característica em comum, i.e., que um Estado Contratante **pode tributar seus residentes sobre os lucros atribuíveis à sua participação em determinadas entidades estrangeiras**⁹⁵. Assim, os Comentários concluem que este tipo de dispositivo não iria contra as disposições do artigo 7 e do artigo 10 quando lidas em seus contextos.

Isto porque os Comentários ao Artigo 7 determinam que o propósito do parágrafo 1 é limitar o direito de um Estado Contratante de tributar os lucros de empresas do outro Estado Contratante. Porém, o citado parágrafo não limitaria o direito de um Estado Contratante de tributar seus próprios residentes sob o regime de regras CFCs, existentes na lei doméstica, mesmo quando tais tributos incidentes sobre estes residentes possam ser calculados por referência à parte dos lucros de uma empresa, que é residente do outro Estado Contratante, que é atribuível à participação deste residente nesta empresa⁹⁶. Posto de outra forma, o País A poderia tributar seu residente que é acionista da empresa B, situada no País B, pelos lucros da empresa B que são atribuíveis ao residente do País A na medida de sua participação. Infere-se, assim, que a OCDE compreende que aqui os lucros auferidos no âmbito da controlada na realidade seriam lucros da controladora e, assim OCDE permitiria as regras CFC desenhadas neste modelo. Conclui a organização que isto não seria vedado pela redação do parágrafo 1 do Artigo 7, ou seja, não seria este seu propósito.

⁹² ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 191.

⁹³ BRASIL, Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995.

⁹⁴ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 72

⁹⁵ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 72

⁹⁶ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 136

Nesta toada, os Comentários ao Artigo 10 do Modelo da OCDE dispõem que as regras CFC também não representam ameaça às disposições do parágrafo 5 do Artigo 10. Os Comentários mencionam que regras provenientes do país de residência, tais como as regras CFC ou outras, que busquem tributar lucros que ainda não foram distribuídos, iriam contra o parágrafo 5. Porém, os Comentários colocam que o referido parágrafo **se limita à tributação no país de fonte e, portanto, não possui influência na tributação no país de residência**, nos termos da legislação CFC e, adicionalmente, aponta que o parágrafo somente se refere à tributação da empresa e não do acionista⁹⁷.

Com isto, é possível compreender que, segundo o Modelo da OCDE, as regras de tributação de CFCs (comumente reconhecidas como regras de transparência tributária) são compatíveis com as disposições da Convenção Modelo **na medida em que** estas se apresentarem no formato descrito pela própria OCDE, i.e., se a lei doméstica dispor que o país poderá tributar seus residentes sobre os lucros atribuíveis à participação deste acionista residente em entidades estrangeiras. Compreendemos assim que somente neste formato a OCDE considera que as *CFC rules* domésticas são compatíveis com seu modelo internacional.

3.2. Breves anotações sobre o Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) da OCDE

Em 2013, a OCDE detectou certas lacunas nas regras de direito tributário internacional que facilitavam a erosão da base tributável e a transferência dos lucros empresariais para o exterior. Com isto em mente, a organização iniciou o projeto BEPS e, juntamente com os países membros do G-20 da Organização das Nações Unidas, adotaram um plano de ação consistente em 15 pontos para combater a referida erosão da base tributável e a transferência de lucros⁹⁸. Um destes pontos de ação, a “Ação 3”, trata das diretivas sugeridas pela OCDE

⁹⁷ OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en. p. 197

⁹⁸ OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 3.

para a criação de regras CFC efetivas. O projeto BEPS tem como objetivo final a mudança das legislações domésticas relativas ao assunto e também dos tratados internacionais.⁹⁹

Assim, dos 6 elementos base (tratados de forma exaustiva pelo relatório) de que consiste a Ação 3 (legislação CFC) do projeto BEPS, iremos brevemente explicar dois destes pontos de forma simplificada, apenas a título elucidativo: a forma de definição das regras CFC e a definição dos rendimentos que abrangem a regra CFC.

Assim, para a definição das regras CFC internas, a recomendação da OCDE é de que os países devem procurar definir as entidades sujeitas às regras CFC de maneira mais abrangente, de forma que estas regras não somente atinjam entidades corporativas, mas também estabelecimentos permanentes e fundos de investimentos em certas situações específicas¹⁰⁰. Isto porque, segundo a OCDE, os países poderiam modificar a natureza jurídica das empresas investidas de forma a tentar fugir às regras CFC¹⁰¹.

Neste mesmo sentido, a OCDE também aponta que as regras CFC devem definir o significado de controle, sendo ele legal ou econômico¹⁰². A recomendação da OCDE é de que controle seja definido como 50% das ações da companhia investida sejam de titularidade do residente do país da companhia-mãe. Entretanto, a OCDE reconhece que países que procurem combater a evasão às regras CFC podem estabelecer um limite de controle inferior a 50%¹⁰³.

Finalmente, partindo a breve explicação do segundo elemento base, a OCDE explicita que após a legislação definir se uma empresa estrangeira é uma CFC (conforme critérios

⁹⁹ OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 3.

¹⁰⁰ A OCDE explica que há duas circunstâncias em que os estabelecimentos permanentes deveriam estar sujeitos às regras CFC. Primeiramente, elucidam que a regra CFC deve ser abrangente o suficiente para alcançar um estabelecimento permanente instituído no exterior. E, em segundo lugar, alertam que há situações em que a companhia-mãe escolhe isentar os rendimentos advindos do estabelecimento permanente e, então, quando estes rendimentos gerarem as mesmas preocupações de rendimentos advindos de uma subsidiária estrangeira (isto é, aponte para uma possível elisão fiscal), o país de residência da empresa-mãe deverá negar tal isenção ou aplicar as regras CFC ao estabelecimento permanente (OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 22).

¹⁰¹ OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 21.

¹⁰² A OCDE define controle legal como a participação do sócio residente no país da companhia-mãe de modo a determinar a sua percentagem de direito de voto na subsidiária estrangeira. Por outro lado, controle econômico é definido como o direito aos lucros, capital e ativos da companhia no caso de dissolução ou liquidação da sociedade (OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 24).

¹⁰³ OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 3.

acima listados), o próximo passo seria determinar quais rendimentos são mais preocupantes de forma que facilitem a erosão da base tributável¹⁰⁴. A OCDE denomina estes rendimentos como “rendimentos CFC”. Embora a OCDE esclareça que cada jurisdição tem liberdade para definir suas próprias regras para delimitar os “rendimentos CFC”, a organização oferece uma lista não exaustiva de métodos¹⁰⁵ que as regras CFC podem utilizar para definir os rendimentos que são considerados “*red flags*”. Estes rendimentos podem incluir por exemplo, segundo a OCDE,

rendimentos auferidos por CFCs que são empresas *holding*, rendimentos auferidos por CFCs que prestam serviços financeiros e bancários, rendimentos auferidos por CFCs que lidam com faturação de vendas, rendimentos advindos de bens de propriedade intelectual, rendimentos de produtos e serviços digitais, e rendimentos advindos de seguros e resseguros cativos.¹⁰⁶

Portanto, é possível perceber que o projeto BEPS está em conformidade com a nossa supracitada premissa de que as regras CFC, sob a ótica da legislação internacional, devem possuir certos elementos específicos para que sejam consideradas efetivas. Não pretendemos aqui discutir todos os elementos discutidos no relatório final da OCDE, mas somente apresentamos as duas regras acima descritas de maneira a ilustrar a realidade de que as regras CFC, para serem consideradas como tal, devem possuir elementos específicos e não somente uma regra abrangente e aplicável a todos os casos, sendo esta a grande crítica que se fazia quanto à sistemática adotada pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

No âmbito do relatório da OCDE, o que julgamos mais relevante para realizarmos o estudo comparado a seguir foram as regras acima descritas, i.e., a definição de controle (quais empresas seriam consideradas CFCs) e a definição dos rendimentos sujeitos às regras CFC. Ainda, apontamos aqui que o relatório final também elucida que, para sua efetividade, as regras CFC também devem estabelecer critérios para evitar a dupla tributação como, por

¹⁰⁴ OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 43.

¹⁰⁵ Um destes métodos, segundo a OCDE, é a definição da aplicabilidade da regra CFC sob rendas passivas, sendo estas mais manipuláveis que rendas ativas. Exemplos de renda passivas são: dividendos, *royalties*, dentre outros (OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>).

¹⁰⁶ “Income earned by CFCs that are holding companies, income earned by CFCs that provide financial and banking services, income earned by CFCs that engage in sales invoicing, income from IP assets, income from digital goods and services, and income from captive insurance and re-insurance.” OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 43.

exemplo, regras que permitam a concessão de crédito para o imposto já pago no país estrangeiro¹⁰⁷.

3.3. A Lei nº 12.973/2014 e a *Subpart F rules* americana podem ser consideradas legislações CFC?

Neste item, primeiramente apresentaremos as mudanças trazidas pela Lei nº 12.973/14 para, então, partirmos para a análise de sua compatibilidade com os tratados internacionais para evitar a bitributação.

Seguimos então a análise da Lei nº 12.973/14, que revogou o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, e estabeleceu um novo regime, a partir de seu art. 76, para a tributação sob bases universais, conforme redação do dispositivo abaixo transcrito:

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.

§ 1º Dos resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto.

§ 2º A variação do valor do investimento equivalente ao lucro ou prejuízo auferido no exterior será convertida em reais, para efeito da apuração da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, com base na taxa de câmbio da moeda do país de origem fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data do levantamento de balanço da controlada direta ou indireta.

§ 3º Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em reais. (grifo nosso)¹⁰⁸

Outrossim, a referida legislação determina a tributação dos lucros auferidos no exterior de maneira distinta para sociedades controladas “e a elas equiparadas” e sociedades coligadas.

Assim, no que tange a tributação dos lucros de sociedade controlada localizada no exterior (conforme art. 77), a nova lei instituiu um regime de tributação automática dos lucros

¹⁰⁷ OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>. p. 65.

¹⁰⁸ BRASIL, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

independentemente da sua distribuição efetiva. Ademais, também permitiu a tributação de controladas indiretas como se diretas fossem (a chamada tributação *per saltum*), de forma a eliminar a consolidação vertical¹⁰⁹, e a proibição da consolidação horizontal¹¹⁰, na controladora brasileira, dos lucros e prejuízos das controladas diretas e indiretas¹¹¹.

Nesta toada, a conclusão que se pode retirar da adoção do sistema da tributação automática dos lucros é a de que, ao invés de tratarmos as sociedades do grupo como entidades dotadas de personalidade jurídica própria e independentes entre si, passamos a tratá-las como se fossem um ente único, como se fossem filiais (i.e., estabelecimentos permanentes). Consequentemente, ao oferecer este tratamento, os lucros são imputados diretamente na controladora brasileira e não mais à controlada direta estrangeira¹¹², ignorando o fato de que estes lucros deveriam, em tese, ser imputados na sociedade que os auferiu (ou seja, a controlada direta) e, após, serem consolidados na controladora.

Logo, segundo Alberto Xavier,¹¹³ o objeto da tributação previsto na citada lei não é o lucro da empresa controladora brasileira na medida de sua participação na controlada estrangeira, mas sim os lucros da própria controlada estrangeira. Importante ressaltar, portanto, que isto não se equivale ao lucro representado pela equivalência patrimonial, como pretendeu argumentar o Fisco ser o caso da Medida Provisória 2.158/2001 no âmbito da ADI 2.588/DF. Isto porque, segundo Alberto Xavier¹¹⁴,

A ‘parcela de ajuste do valor de investimento’ não é equivalência patrimonial, pois não reflete o lucro do sócio, mas o lucro de terceiro, que não mantém com a controladora no Brasil uma relação societária. E

¹⁰⁹ Na consolidação vertical, os lucros eram consolidados gradativamente em cada um dos níveis da cadeia empresarial, i.e., da companhia indireta para a companhia intermediária até alcançar a primeira controlada direta estrangeira. Não só este sistema estava em consonância com o da equivalência patrimonial, uma vez que o lucro da controlada indireta aparecia refletido no patrimônio de cada uma das empresas da cadeia empresarial, mas também era um sistema que respeitava a personalidade jurídica e a independência de cada uma das sociedades do grupo (XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 13).

¹¹⁰ Não será objeto deste trabalho a discussão quanto a constitucionalidade dos referidos artigos da Lei nº 12.973/14 quanto aos novos elementos trazidos por esta.

¹¹¹ XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 13

¹¹² XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 13

¹¹³ XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 14

¹¹⁴ XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 15

‘terceiro’ porque o Direito privado não conhece a figura do ‘sócio indireto’, nem a da equivalência patrimonial *per saltum*.

Com isto, podemos perceber que a regra instituída pela Lei nº 12.973/14 criou uma regra mais dura que a antigamente adotada pela Medida Provisória 2.158/2001. Nos parece que o legislador ignorou os ensinamentos oferecidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.588/DF e, ainda, as próprias críticas da doutrina quanto ao que esta decisão deixou de abordar. Se no âmbito da Medida Provisória a preocupação era a disponibilidade da renda, pela suposta tributação da renda com base na equivalência patrimonial (tendo alguns ministros discordado desta abordagem), agora nos parece que o problema se torna ainda maior, pois pretende-se tributar a renda antes mesmo de saber se de fato houve um acréscimo patrimonial. Neste sentido, argumentou Alberto Xavier¹¹⁵ que trata-se de criação de novo fato gerador¹¹⁶, uma vez que

não faz nenhum sentido falar-se em acréscimo patrimonial **se apenas são considerados os elementos ativos, os lucros**, e desconsiderados total ou parcialmente, os passivos, os prejuízos, como sucede se a consolidação é vedada (...). (grifo nosso).

Por outro lado, no que tange ao tratamento tributário oferecido às sociedades coligadas, a lei 12.973/14 abandonou a sistemática oferecida pelo art. 74 da Medida Provisória 2.158/2011 (julgado inconstitucional pelo STF, conforme vimos). Assim, a nova lei passou a tributar os lucros das coligadas apenas quando houver a disponibilização efetiva dos lucros, conforme redação do art. 81 transcrito abaixo:

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

I - não esteja sujeita a regime de subtributação, previsto no inciso III do caput do art. 84;

II - não esteja localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

III - não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso I.

§ 1º Para efeitos do disposto neste artigo, **os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa coligada no Brasil**:

I - na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior;

¹¹⁵ XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 16.

¹¹⁶ Isto configure clara violação ao artigo 43 do CTN.

- II - na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros; ou
- III - na hipótese de adiantamento de recursos efetuado pela coligada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.¹¹⁷

Deste modo, levando em consideração o fato de que, como dito, existem dois modelos de legislação CFC, parece-nos seguro afirmar que a sistemática introduzida pela Lei nº 12.973/14 não pode ser considerada uma regra CFC propriamente dita. Isto porque, primeiramente, a lei não limita o escopo de sua aplicação às sociedades investidas localizadas em paraísos fiscais, de modo que nos parece que o propósito desta lei **não é evitar operações elisivas** através do abuso oferecido pelas regra de diferimento do tributo. Na realidade, nos parece que o objetivo da lei possui caráter **punitivo**, ao estabelecer a tributação automática dos **lucros**¹¹⁸ de controladas diretas e indiretas, de modo a desconsiderar os prejuízos (elementos passivos do patrimônio líquido) incorridos pela empresa¹¹⁹, querendo a lei considerar que no âmbito do mercado internacional as empresas somente auferem lucros, e não prejuízos.

Nesta toada, também entendemos que a lei 12.973/14 não se enquadra no segundo modelo de CFC, que possui como base para sua aplicação o auferimento de rendas passivas pela sociedade investida no exterior. Isto porque, como se vê, a lei 12.973/14 em momento algum limita a sua aplicação para a situação em que as investidas estrangeiras auferem rendimentos passivos, ela simplesmente determina a sua aplicação irrestrita para todos os casos de auferimento de lucros por sociedades estrangeiras.

De fato, no momento em que a lei faz referencia à rendas passivas, o faz com o objetivo de excluí-las da possibilidade de consolidação dos prejuízos da controladora na controlada. No entanto, conforme alerta Alberto Xavier¹²⁰, esta norma criada pelo art. 78, trata de “transposição cega de ‘conceitos’ inspirados nos trabalhos da OCDE, contendo catálogo de práticas potencialmente abusivas para uma finalidade (a consolidação dos prejuízos) onde não têm lugar”. Isto porque, segundo o autor, quando as legislações

¹¹⁷ BRASIL, Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

¹¹⁸ Assim compreendidos como resultado positivo da exploração de uma atividade, os elementos ativos do patrimônio líquido (XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 16).

¹¹⁹ XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 16.

¹²⁰ XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 21.

internacionais submetem à tributação automática os lucros das sociedades investidas que derivam de rendas passivas, o fazem pelo maior risco de diferimento que estes rendimentos apresentam. Porém, uma regra que não permite a consolidação dos prejuízos advindos deste tipo de rendimento não o faz pelo mesmo motivo, pois aqui não haveria a situação abusiva (diferimento) que se encontra naquela.

Com isto, entendemos que a nova legislação brasileira referente a tributação dos lucros auferidos por sociedades investidas no exterior não consiste uma *CFC legislation*.

Em contraste, a lei norte-americana, instituída em 1962, instituiu o sistema da transparência fiscal, isto é, imputação da tributação do lucro auferido no exterior ao sócio da controlada no exterior e não à sociedade. O dispositivo CFC, na lei norte-americana, encontra-se no título 26, subtítulo A, capítulo 1, subcapítulo N, parte III, subparte F, seções 951 a 965 do *Internal Revenue Code* americano, mais comumente conhecido como *Subpart F rules*.¹²¹

Em conformidade com a iniciativa do BEPS, a legislação americana, primeiramente, apresenta o conceito de *controlled foreign corporations*, conforme disposto na seção 957 da subparte F¹²², *verbis*:

a) General rule: For purposes of this subpart, the term “controlled foreign corporation” means any foreign corporation if more than 50 percent of—
(1) the total combined voting power of all classes of stock of such corporation entitled to vote, or
(2) the total value of the stock of such corporation,
is owned (within the meaning of section 958(a)), or is considered as owned by applying the rules of ownership of section 958(b), by United States shareholders on any day during the taxable year of such foreign corporation. (grifo nosso).

Assim, a regra CFC americana determina que, para fins da legislação específica, as CFCs são sociedades estrangeiras que sejam controladas por acionistas americanos que possuam 50% ou mais do poder de voto referentes a todos os tipos de ações ou do valor total do capital social da sociedade. Neste sentido, cada uma das entidades/indivíduos que possuam tal 50% do poder de voto/capital social da companhia estrangeira deve possuir individualmente 10% ou mais da totalidade do poder de voto da companhia. Logo, concluímos que a legislação CFC americana não compreende sua aplicação para as empresas coligadas, uma vez que a norma especifica uma situação de controle para que seja configurada

¹²¹ UNITED STATES OF AMERICA, Internal Revenue Code, de 16 de agosto de 1954. Dispositivo disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-A/chapter-1/subchapter-N/part-III/subpart-F>. Acesso em 31.05.2016.

¹²² UNITED STATES OF AMERICA, Internal Revenue Code, de 16 de agosto de 1954. Dispositivo disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-A/chapter-1/subchapter-N/part-III/subpart-F>. Acesso em 31.05.2016.

a CFC, o que não ocorre no caso de sociedades coligadas. Assim, de início, já se nota que a abordagem oferecida pela legislação americana é distinta daquela instituída pela lei brasileira.

Quanto a escopo geográfico das regras da subparte F se aplicam à sociedades investidas estrangeiras situadas em qualquer lugar do mundo, havendo aplicação de tratamento mais severo à certos países específicos, selecionados porém por motivos de política externa e não motivos fiscais¹²³. Assim, o sistema americano se assemelha ao brasileiro no sentido de não limitar a aplicação das regras CFC à investidas localizadas em paraísos fiscais. Deste modo, percebe-se que a norma americana não se inclui no primeiro modelo de CFC que definimos anteriormente.

Entretanto, a subparte F limita o diferimento do imposto de renda americano aplicável a certos tipos de renda auferidos pelas sociedades investidas estrangeiras, que a legislação denomina de “rendimentos da subpart F” (*subpart F income*). A seção 952¹²⁴ da subparte F define os rendimentos que se enquadram nesta categoria, quais sejam: rendimentos advindos de seguros (*insurance income*), rendimentos resultantes de companhias de base estrangeira (*foreign base company income*), rendimentos em conexão com certos países considerados “sancionados”, rendimentos advindos de operações de boicote a Israel e pagamento ilegais de propinas etc. para outro Estado ou agente internacional.

Conforme a seção 953¹²⁵ da subparte F, *insurance income* é entendido como os rendimentos atribuíveis à emissão ou re-emissão de contratos de seguro. Como vimos pelo estudo do projeto BEPS, este tipo de rendimento é considerado um rendimento passivo.

Neste mesmo sentido, a seção 954 da subparte F define *foreign base company income* como a soma a) dos rendimentos advindos de holding pessoal estrangeira¹²⁶, b) rendimentos advindos das vendas de propriedade privada computadas pela companhia de base estrangeira, c) os rendimentos resultantes dos serviços técnicos, de engenharia, de arquitetonos, científicos etc. prestados pela companhia de base estrangeira e d) os rendimentos advindos da exploração de petróleo por companhia de base estrangeira. Assim, podemos perceber que se incluem neste tipo de rendimentos não só rendas passivas (dividendos, juros, royalties, etc.),

¹²³ Deloitte. **Guide to Control Foreign Company Regimes**. 2014. Disponível em: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-guide-to-cfc-regimes-210214.pdf>. p. 64.

¹²⁴ UNITED STATES OF AMERICA, Internal Revenue Code, de 16 de agosto de 1954. Dispositivo disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-A/chapter-1/subchapter-N/part-III/subpart-F>. Acesso em 31.05.2016.

¹²⁵ UNITED STATES OF AMERICA, Internal Revenue Code, de 16 de agosto de 1954. Dispositivo disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-A/chapter-1/subchapter-N/part-III/subpart-F>. Acesso em 31.05.2016.

¹²⁶ Exemplos destes tipos de rendimentos são: dividendos, juros, *royalties*, aluguéis e anuidades (disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/954>).

mas outros tipos de rendimentos os quais o governo americano julgou apresentar maior risco de abuso através da utilização da regra do diferimento.

Com isto, concluímos que apesar da legislação americana não se enquadrar no primeiro modelo de CFC (limitação geográfica), ela se enquadra no segundo modelo, i.e., o da limitação pela natureza da renda. Ao mesmo tempo, percebemos que a lei brasileira não se enquadra a nenhum dos dois modelos, não podendo, então, ser considerada uma regra CFC.

3.4. A compatibilidade da lei 12.973/14 e da Subparte F com os acordos internacionais para evitar a bitributação

Assim, após a apresentação das mudanças trazidas pela Lei nº 12.973/14, passamos a sua comparação com os tratados internacionais para evitar a bitributação, utilizando como base o Modelo da OCDE, a fim de verificarmos se há compatibilidade entre os dispositivos.

Antes de iniciarmos o estudo proposto, fazemos aqui um pequeno adendo: como o objeto de tributação determinado pela Lei 12.973/14 diz respeito ao simples auferimento de lucros pelas controladas e coligadas no exterior e não a efetiva distribuição dos dividendos decorrentes destes lucros, não nos parece cabível uma análise da compatibilidade dos dispositivos da lei com os preceitos do art. 10 dos tratados. Assim, faremos a análise de compatibilidade das regras com o art. 7 do Modelo da OCDE, uma vez que há hoje em todos os 32 tratados¹²⁷ celebrados pelo Brasil a previsão de tal dispositivo.

Os Comentários ao Modelo da OCDE indicam que não haveria incompatibilidade entre a CFC doméstica e as regras contidas no art. 7 da OCDE quando tais regras determinam que um Estado Contratante (que chamaremos de País A) poderia tributar seu residente que é acionista de uma empresa controlada (empresa B) residente em outro Estado Contratante (País B) pelos lucros da empresa B que são atribuíveis ao residente do País A na medida de sua participação na empresa B. Isto é, quando os lucros tributáveis são, na realidade, lucros da controladora. Com isto, podemos perceber que a OCDE veda a tributação pelo País A dos lucros atribuídos à controlada residente no País B. Ou seja, a OCDE não permite que o País A (país da controladora) tribute diretamente os lucros da controlada do País B, somente a parcela destes lucros que são atribuíveis à controladora residente no País A como lucros da própria controladora.

¹²⁷ ROCHA, Sérgio André. “A Lei nº 12.973/14 e os Tratados Internacionais Tributários Celebrados pelo Brasil”. In MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord). **Controvérsias Jurídico-Contábeis: Aproximações e Distanciamentos**. 6º volume. São Paulo: Dialética, 2015. p. 552.

Conforme indicado na introdução, para que possamos realizar o estudo de compatibilidade entre as normas internas, utilizaremos os tratados celebrados entre o Brasil e os EUA a Bélgica e a Espanha.

Os acordos celebrados entre os EUA e a Bélgica (tratado EUA-Bélgica) e entre os EUA e a Espanha (tratado EUA-Espanha) replicaram, quase que de forma idêntica, a norma apresentada pela Convenção Modelo da OCDE, conforme se vê abaixo transcrito o dispositivo do tratado EUA-Espanha:

1. The business profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on or has carried on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on or has carried on business as aforesaid, the business profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment. 2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall be in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the business profits which it might be expected to make if it were a distinct and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions. 3. In determining the business profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including research and development expenses, interest, and other similar expenses and a reasonable amount of executive and general administrative expenses, whether incurred in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere. 4. No business profits shall be attributed to a permanent establishment by reason of the mere purchase by that permanent establishment of goods or merchandise for the enterprise. 5. For the purposes of this Convention, the business profits to be attributed to the permanent establishment shall include only the profits or losses derived from the assets or activities of the permanent establishment and shall be determined by the same method year by year unless there is good and sufficient reason to the contrary. 6. Where business profits include items of income which are dealt with separately in other Articles of the Convention, the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article

Entretanto, cabe ressaltar que na redação do mesmo dispositivo, porém no tratado EUA-Bélgica¹²⁸, os EUA fez uma reserva, na forma da inclusão do parágrafo 7, *verbis*:

¹²⁸ UNITED STATES OF AMERICA, Convention Between the Government of the United States of America and the Government of the Kingdom of Belgium for the Avoidance of Double Taxation and Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, de 27 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/belgiumtt06.pdf>. Acesso em 31.05.2016.

7. In applying this Article, paragraph 8 of Article 10 (Dividends), paragraph 4 of Article 11 (Interest), paragraph 3 of Article 12 (Royalties), paragraph 3 of Article 13 (Gains) and paragraph 2 of Article 20 (Other Income), any income or gain attributable to a permanente establishment during its existence is taxable in the Contracting State where such permanente establishment is situated even if the payments are deferred until such permanent establishment has ceased to exist.

Assim, o artigo 7 de ambos os acordos celebrados pelos EUA alertam que um Estado Contratante somente poderá tributar o lucro da empresa situada em outro Estado Contratante quando esta constituir um estabelecimento permanente. Esta regra, porém, não se aplica às CFCs, uma vez que empresas controladas e coligadas não são estabelecimentos permanentes, conforme definição do art. 5¹²⁹ dos DTCs. Assim, conclui-se que os EUA só poderá tributar o lucro da controladora (residente em seu território) auferido no exterior quando este lucro for de fato da controladora e não da controlada. Caso contrário, diante do fato que as CFCs não se encaixam no conceito de estabelecimento permanente, o país de residência não poderá tributar os lucros auferidos no exterior, sob pena de violação ao disposto no art. 7.

A subparte F determina a limitação do diferimento do imposto americano sob certos tipos de rendimentos auferidos pela CFC, que são empresas controladas localizadas no exterior mas cujos acionistas majoritários são americanos, conforme vimos anteriormente. Embora o art. 7 determine que o Estado Contratante (no caso, os EUA) só poderá tributar os lucros auferidos no outro Estado Contratante (Bélgica ou Espanha) quando ali se situar um estabelecimento permanente, entendemos que a legislação americana não apresenta uma violação a este dispositivo. Isto porque, a subparte F não determina a tributação do lucro da controlada (conforme vedado pela OCDE), mas sim uma regra de não-diferimento do imposto quando a CFC receber certos tipos de rendimento (já definidos anteriormente) que, por sua natureza, são considerados mais propícios a levar a situações de abuso.

Logo, a princípio, poderíamos inferir que a legislação CFC americana é compatível com os tratados EUA-Bélgica e EUA-Espanha, uma vez que a tributação é atribuída somente

¹²⁹ “Article 5. Permanent Establishment. 1. For the purposes of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.

2. The term “permanent establishment” includes especially:

a) a place of management;

b) a branch;

c) an office;

d) a factory;

e) a workshop, and

f) a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources.” UNITED STATES OF AMERICA, Income Tax Convention with Spain, de 1 de janeiro de 1991. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/spain.pdf>. Acesso em 31.05.2016.

aos acionistas americanos. Entretanto, segundo o professor americano Peter H. Blessing¹³⁰ “in fact, however, these rules impose U.S. tax on certain earnings of foreign affiliates of U.S. corporations that do not operate within the United States through a permanent establishment.”. Com isto, concluímos que, embora a legislação americana possa parecer formalmente compatível com os acordos internacionais ao tecnicamente imputar a tributação dos rendimentos somente aos acionistas americanos, isto não é o que ocorre de fato.

Na realidade, segundo o supracitado doutrinador, tais regras abrem espaço para a tributação de empresas estrangeiras que não possuam estabelecimento permanente situado nos Estados Unidos. Esta situação é expressamente vedada pelos tratados, uma vez que a disposição do art. 7 pretende isentar as sociedades residentes de um Estado Contratante de tributação pelo outro Estado Contratante quando não há um estabelecimento permanente. Conclui-se, portanto, que seguindo essa linha de raciocínio, as *Subpart F rules* são incompatíveis com o tratado EUA-Bélgica e com o tratado EUA-Espanha.

Por outro lado, o Brasil, embora não seja membro da OCDE, adotou a redação oferecida pela Convenção Modelo em seus acordos internacionais. Dessa forma, pode-se perceber que a redação do art. 7 dos tratados Brasil-Bélgica e Brasil-Espanha é a mesma e, outrossim, é idêntica à redação do modelo da OCDE, conforme se pode ver a seguir:

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 suas atividades desse modo, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.
2. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente, os lucros que o mesmo obteria se constituísse uma empresa distinta e separada que exercesse atividades idênticas ou similares em condições idênticas ou similares e transacionasse com absoluta independência com a empresa da qual é um estabelecimento permanente.
3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente será permitido deduzir as despesas feitas para a realização dos fins desse estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os gastos gerais de administração assim realizados.
4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de esse estabelecimento permanente comprar mercadorias para a empresa.

¹³⁰ BLESSING, Peter H. **Income Tax Treaties of the United States**. Boston: Warren, Gorham & Lamont, 1996. p. 1-28.

5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente em outros artigos da presente Convenção, as disposições desses outros artigos não serão afetadas pelas disposições deste Artigo.¹³¹

A questão quanto a compatibilidade dos dispositivos internos brasileiros com os tratados internacionais não é nova. Tal questão já havia sido suscitada anteriormente no âmbito da Medida Provisória 2.158, através do julgamento do Recurso Especial nº 1.325.709/RJ, julgado em 2014 pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ)¹³², o qual chamaremos de Caso Vale. No âmbito deste julgamento, a Companhia Vale do Rio Doce S.A. impetrou Mandado de Segurança buscando a não aplicação do art. 74 da MP e do art. 7 da IN 38/02, ambos dispositivos que já estudamos e analisamos no segundo capítulo deste trabalho, uma vez que a empresa poderia ser considerada controladora de empresas situadas na Bélgica, Dinamarca, Bahamas e em Luxemburgo. A Vale alegou que os supracitados dispositivos violariam o art. 7 dos acordos internacionais celebrados com os quatro países mencionados. Isto porque, como vimos, o dispositivo atribui a competência exclusiva para tributar os lucros auferidos por empresa controlada ao país de residência desta. O STJ, ao final, concluiu no sentido da incompatibilidade do art. 74 da MP com o art. 7 dos tratados internacionais, uma vez que a empresa controlada, por dotar de personalidade jurídica própria, é a titular dos seus próprios lucros e a MP, ao procurar adicioná-los ao lucro da controladora brasileira, viola este dispositivo do acordo internacional.

Cabe ressaltar que o Ministro Ari Pargendler interpretou o art. 7 de forma a concluir que este possui duas regras: (i) a regra geral de isenção do imposto para a sociedade controladora residente no Estado Contratante que não é o Estado contratante de residência da controlada, onde se presume a relação de controle entre empresas dotadas de personalidade jurídica própria; e (ii) a regra específica, que permite a tributação por ambos os Estados Contratantes, quando da existência de um estabelecimento permanente, o que presume a existência de uma única sociedade com vários estabelecimentos permanentes (filiais). O Ministro, ainda, aponta que a “regra específica só será aplicável a sociedades distintas se a norma que autoriza a tributação for uma verdadeira norma CFC.”¹³³. Porém, a interpretação oferecida por ele foi de que o dispositivo da MP não se trata de norma CFC, uma vez que se

¹³¹ BRASIL, Decreto nº 72.542, de 30 de julho de 1973.

¹³² STJ, REsp nº 1.325.709/RJ, T1 – Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.04.2014, p. 20.05.2014, disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275096&num_registro=201201105207&data=20140520&formato=PDF. Acesso em 31.05.2016

¹³³ GUIMARÃES, Renata. **A Tributação de Empresas Coligadas e Controladas no Exterior: Uma análise a partir do Caso Vale – Recurso Especial nº 1.325.709/RJ**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015. p. 42.

aplica tanto a controladas e coligadas, sem regras específicas, independentemente de sua localização (estando localizado em paraíso fiscal ou não) e do tipo de renda auferido.

Deste modo, a decisão proferida pelo STJ reconheceu que o art. 74 da MP feriria o art. 7 dos tratados internacionais para evitar a bitributação, sendo assim incompatível com este. Portanto, o STJ concedeu parcialmente o Mandado de Segurança impetrado pela Vale, determinando que os lucros auferidos por suas controladas estrangeiras localizadas em países signatários de tratados não deveriam ser tributados no Brasil, prevalecendo a regra dos tratados e não da MP.

Ainda no âmbito de aplicabilidade da MP 2.158/2014, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) recentemente proferiu decisão em sentido contrário, concluindo pela tributação dos lucros auferidos no exterior por empresas controladas da Petrobras, localizadas na Holanda, na Argentina e nas Ilhas Cayman, com base no art. 74 da MP. O advogado da Petrobras, Alberto Xavier, invocou o dispositivo do art. 7 do tratado celebrado entre Brasil e Holanda para afastar a aplicação da MP. Em contraponto, o argumento do Fisco embasava-se na alegação de que o art. 7 do tratado não impede a tributação nos termos oferecidos pela MP, somente impede a tributação sobre o lucro de empresa não-residente no Brasil. Ao final, o Carf decidiu que a norma brasileira não é afetada pela aplicação dos tratados para evitar a bitributação, de modo que não haveria violação ao dispositivo internacional¹³⁴.

Assim, após a breve avaliação do tema no âmbito da MP 2.158/2001, cabe-nos interpretar se o método para a tributação dos lucros de sociedades investidas situadas no exterior instituído pela Lei nº 12.973/14, a qual revogou a sistemática anteriormente aplicável, é compatível com o dispositivo dos tratados supracitados.

Conforme exposto, a OCDE já ofereceu comentários quanto a compatibilidade de regras CFC com o art. 7, estabelecendo que as regras CFC devem determinar que o país de residência da controladora (no caso, o Brasil) só poderá tributar as rendas advindas do exterior quando estas forem atribuíveis a sociedade controladora localizada no Brasil. Não poderia, assim, o Brasil tributar o lucro atribuível à sociedade controlada localizada no outro Estado Contratante que, no nosso caso, seria a Bélgica ou a Espanha. A única outra hipótese admitida pela OCDE para a tributação do lucro estrangeiro pelo país de residência da controladora ocorre quando há um estabelecimento permanente constituído no outro Estado Contratante, conforme vimos. Mas, como as controladas e coligadas não são estabelecimentos permanentes, esta regra não se aplica ao caso das CFC.

¹³⁴ OLIVION, Beatriz. Petrobras perde no Carf disputa sobre tributação de controladas. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 18 maio 2016. Legislação e Tributos.

Seria, então, a Lei nº 12.973/14 compatível com o art. 7 dos acordos internacionais celebrados pelo Brasil? Bem, conforme expomos anteriormente, a Lei 12.973/14 estabeleceu uma sistemática de tributação automática dos lucros mais abrangente e dura que àquela existente na MP 2.158/2001. Pois, conforme elucidado por Alberto Xavier¹³⁵, a nova lei brasileira determinou a tributação automática dos lucros da controlada, mesmo que indireta, eliminando assim o fenômeno da consolidação vertical, como se vê: “o objeto da tributação são os **próprios lucros das empresas estrangeiras, e não o lucro da empresa brasileira decorrente da variação de valor dos investimentos.**” (grifo nosso).

Deste modo, entendemos que ao permitir a tributação automática do lucro da controlada direta ou indireta no exterior, o dispositivo da Lei 12.973/14 apresenta clara afronta ao art. 7, uma vez que este determina que as regras CFC somente podem instituir a tributação dos lucros da sociedade controladora, e não da controlada. Portanto, concluímos que o dispositivo da Lei 12.973/14 é incompatível com os acordos internacionais Brasil-Bélgica e Brasil-Espanha.

¹³⁵ XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. In ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014. p. 14

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da globalização, a necessidade de instituição de um modelo de tributação sob bases universais se fez necessário a fim de evitar práticas evasivas e elisivas pelos contribuintes residentes em um Estado mas que possuíam sociedades controladas no exterior.

Primeiramente, este trabalho procurou demonstrar as razões pelas quais as regras de *controlled foreign corporations* se fizeram necessárias. Inicialmente abordamos a questão através da exposição dos fatos ocorridos nos Estados Unidos na década de 1960 que acarretaram na criação da primeira regra CFC, a regra americana. Depois, explicamos como a necessidade deste instituto se demonstrou no Brasil e a necessidade de reforma no sistema tributário brasileiro do modelo territorial para o modelo universal, de forma a abarcar toda a renda de que o residente brasileiro é titular, e não só aquelas auferidas no âmbito do território brasileiro.

Após esta breve introdução ao tema, seguimos para a explicação do que se compreende como regras CFC, passando pela análise da transição que estas regras sofreram no Brasil, culminando na apreciação do julgamento da ADI 2.588/DF julgada pelo STF. Aqui pudemos observar que, até aquele momento, a discussão travada acerca da tributação de controladas e coligadas no exterior se dava no âmbito da disponibilidade da renda auferida, pois a doutrina argumentava que a tributação automática dos lucros não poderia ser considerada renda disponibilizada ao contribuinte brasileiro, acarretando em criação de novo fato gerador. Esta tese foi, porém, vencida no STF que determinou a constitucionalidade do dispositivo no que tange aos lucros auferidos por controladas da empresa brasileira que se situem em países de tributação favorecida; e pela inaplicabilidade do dispositivo relativo às empresas coligadas no exterior localizadas em países de tributação normal, i.e., sem tributação favorecida.

As críticas a esta decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foram muitas, sendo a principal delas o fato de que a Corte Suprema não analisou certas situações que haviam de ser analisadas, i.e., a possibilidade de tributação de controladas fora de países de tributação favorecida e a possibilidade de tributação de coligadas localizadas em paraísos fiscais.

Passamos então a uma breve exposição dos dispositivos pertinentes do Modelo OCDE e as mudanças trazidas pelo projeto BEPS no que tange aos requisitos para a efetivação de uma norma CFC adequada. Logo, passamos a discussão quanto a natureza dos dispositivos brasileiro (Lei 12.973/14) e americano (Subparte F do *Internal Revenue Code*) a fim de determinar se tais normas poderiam de fato ser consideradas normas CFC propriamente ditas.

Concluimos, assim, que a norma brasileira instituída pela Lei 12.973/14 não poderia ser considerada uma norma CFC, uma vez que permite a tributação dos lucros auferidos por controladas no exterior de forma indiscriminada, sem limitação geográfica ou quanto à natureza do rendimento tributado. Por outro lado, concluimos que a norma americana é uma norma CFC propriamente dita pois, apesar de não estabelecer uma limitação geográfica (i.e., aplicável a controladas localizadas em paraísos fiscais), esta estabelece a limitação quanto à natureza dos rendimentos, somente sendo aplicada a norma quando do auferimento de rendimentos passivos.

Finalmente, passamos a análise da compatibilidade dos supracitados institutos com os tratados internacionais celebrados pelo Brasil e pelos EUA com a Bélgica e com a Espanha. Nesse sentido, entendemos que há uma incompatibilidade dos dispositivos internos americano e brasileiro com o art. 7 das convenções, respectivamente, ao contrário do que previmos na colocação de nossa hipótese, apresentada nas notas introdutórias à este trabalho.

Portanto, concluimos que, mesmo diante da decisão proferida pelo STF e das críticas que este julgamento recebeu, o legislador brasileiro parece ter ignorado os ensinamentos pronunciados pelo STF e pela doutrina brasileira. Ao invés de procurar compatibilizar-se com o sistema internacional, o legislador optou por criar uma norma ainda mais abrangente e severa que aquela instituída pela MP 2.158/2001 e, assim, se distanciar ainda mais dos dispositivos internacionais que tratam do tema.

Como vimos, esta questão vem sendo objeto de discussão no Brasil já há algum tempo. Porém, considerando a novidade da lei 12.973/14 e, conseqüentemente, a escassa análise deste dispositivo pela doutrina e pela jurisprudência, acreditamos que as discussões acerca deste tema ainda perdurarão no Direito brasileiro por muito tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Martins de. **A Tributação Universal da Renda Empresarial: Uma Proposta de Sistematização e Uma Alternativa Inovadora**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

BLESSING, Peter H. **Income Tax Treaties of the United States**. Boston: Warren, Gorham & Lamont, 1996.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários, Pronunciamento técnico nº 18 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Estabelece normas para o investimento em coligadas, controladas e empreendimentos controlados em conjunto. Disponível em: <http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=49>. Acesso em 07.05.2016

BRASIL. Decreto nº 72.542, de 30 de julho de 1973. Promulga a Convenção para evitar a dupla tributação entre o Brasil e a Bélgica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 1973. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/belgica/decreto-no-72-542-de-30-de-julho-de-1973>. Acesso em 31.05.2016

BRASIL. Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, da CSLL e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 dez. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm. Acesso em 07.05.2016

BRASIL. Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao IRPJ, à CSLL, à Contribuição para o PIS/PASEP e à COFINS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 maio 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm. Acesso em 29.05.2016

BRASIL. Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001. Altera dispositivo do Código Tributário Nacional. Diário Oficial d União, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp104.htm. Acesso em 07.05.2016

BRASIL. Medida Provisória nº 2.158, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das COFINS, do PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 ago. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm. Acesso em: 07.05.2016

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil, Instrução Normativa nº 38, de 27 de junho de 1996. Dispõe sobre a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital recebidos no exterior por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 junho. 1996. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=13657&visao=anotado>. Acesso em 07.05.2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade nº 2588-1-MC/DF – Distrito Federal. Relator: Ministra Ellen Gracie. Publicado no DJ de 5.12.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>. Acesso em 09.04.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.325.709/RJ – Rio de Janeiro. T1 – Primeira Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Publicado no DJ de 20.05.2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275096&num_registro=201201105207&data=20140520&formato=PDF. Acesso em 31.05.2016

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. Vol. 4, tomo II. São Paulo: Saraiva. 1998.

Deloitte. **Guide to Control Foreign Company Regimes**. 2014. Disponível em: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-guide-to-cfc-regimes-210214.pdf>.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada. Volume IV – 2ª Edição Revista e Ampliada – Artigos 206 a 300**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

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

GUIMARÃES, Renata. **A Tributação de Empresas Coligadas e Controladas no Exterior: Uma análise a partir do Caso Vale – Recurso Especial nº 1.325.709/RJ**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

HARDING, Luke. **What are the Panama Papers? A guide to history's biggest data leak**. The Guardian. Publicado em 5 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.theguardian.com/news/2016/apr/03/what-you-need-to-know-about-the-panama-papers>. Acesso em 04.04.2016

KEENA, Colm, D'Arcy, Ciarán. **Panama Papers: Mossack Fonseca's Irish clients came from all walks of life**. The Irish Times. Publicado em 7 de Abril de 2016. Disponível em: <http://www.irishtimes.com/business/retail-and-services/panama-papers-mossack-fonseca-s-irish-clients-came-from-all-walks-of-life-1.2601043>. Acesso em 04.04.2016.

LANG, Michael; PISTONE Pasquale. **Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics**. IBFD. 2010.

OCDE, **Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report**. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>.

OCDE, **OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014**. OECD Publishing, 2014. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en.

OLIVEIRA, Rafael Bittencourt Licurci de. **Empresas Offshore**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Dissertação – Pós-graduação *lato sensu*, Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

OLIVION, Beatriz. Petrobras perde no Carf disputa sobre tributação de controladas. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 18 maio 2016. Legislação e Tributos.

PEREIRA, Roberto Cordoniz Leite Pereira. **O Regime Especial de Tributação de Lucros Auferidos no Exterior**. São Paulo: Nucleo de Estudos Fiscais da Fundação Getúlio Vargas, 2011. 77 f. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

PINTO, Livio Augusto Hoffmann. **A ADI nº 2.588 e a Tributação da Renda das Controladas e Coligadas no Exterior**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Dialética, 2015.

ROCHA, Sérgio André. “A Lei nº 12.973/14 e os Tratados Internacionais Tributários Celebrados pelo Brasil”. In MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord). **Controvérsias Jurídico-Contábeis: Aproximações e Distanciamentos**. 6º volume. São Paulo: Dialética, 2015.

RODRIGUES, Fernando et al. **Panama Papers Revelam Offshores em Esquema do Futebol Sul-Americano**. Estado de São Paulo. Publicado em 9 de abril de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/panama-papers,panama-papers-revelam-novas-offshores-em-esquema-do-futebol-sul-americano,10000025648>. Acesso em 04.04.2016

SANDLER, Daniel. **Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation: Pushing the Boundaries**. 2ª ed. Londres: Kluwer Law International, 1998.

TORRES, Heleno. **Pluritributação internacional sobre a renda das empresas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001

UCKMAR, Victor et al. **Manual de Direito Tributário Internacional**. Tradução por Marco Aurélio Greco e Milene Cavalcante Greco. São Paulo: Dialética, 2012.

UNITED STATES OF AMERICA, Convention Between the Government of the United States of America and the Government of the Kingdom of Belgium for the Avoidance of Double Taxation and Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, de 27 de novembro de 2006. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/belgiumtt06.pdf>. Acesso em 01.06.2016.

UNITED STATES OF AMERICA, Income Tax Convention with Spain, de 1 de janeiro de 1991. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/spain.pdf>. Acesso em 31.05.2016.

UNITED STATES OF AMERICA, Internal Revenue Code, de 16 de agosto de 1954. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-A/chapter-1/subchapter-N/part-III/subpart-F>. Acesso em 31.05.2016

XAVIER, Alberto. “A Lei nº 12. 973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais”. *In* ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 18º volume. São Paulo: Dialética, 2014.