

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE**  
**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**



**LETÍCIA MARIA MAIA LOPES**

**ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO À TRIBUTAÇÃO EM BASES  
UNIVERSAIS SOB A PERSPECTIVA DO REGIME DE CONTROLLED FOREIGN  
COMPANY PROPOSTO PELA OCDE**

**RECIFE**  
**2019**

LETÍCIA MARIA MAIA LOPES

**ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO À TRIBUTAÇÃO EM BASES  
UNIVERSAIS SOB A PERSPECTIVA DO REGIME DE CONTROLLED FOREIGN  
COMPANY PROPOSTO PELA OCDE**

Monografia apresentada ao Curso de  
Direito da Universidade Federal de  
Pernambuco como requisito para  
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Dr. José André  
Wanderley Dantas de Oliveira

RECIFE

2019

LETÍCIA MARIA MAIA LOPES

**ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUANTO À TRIBUTAÇÃO EM BASES  
UNIVERSAIS SOB A PERSPECTIVA DO REGIME DE CONTROLLED FOREIGN  
COMPANY PROPOSTO PELA OCDE**

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Recife, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. José André Wanderley Dantas de Oliveira  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Prof. Dr.  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Prof. Dr.  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Ao poeta, músico e meu eterno amigo Vinícius.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Anabella e Paulo, ao meu irmão Caio, e à extensão da família pela construção do caráter.

Ao professor Dr. André Dantas, pela orientação e empatia incomparáveis.

Às excelentes equipes dos escritórios Severien Andrade & Alencar Advogados e Da Fonte Advogados, por proporcionarem meu desenvolvimento profissional.

E, por fim, aos meus amigos e namorado, pelas risadas e suporte emocional, vocês foram fundamentais nessa trajetória.

*"Dreams don't work unless you do."*

*John C. Maxwell*

## RESUMO

O crescente número de investimentos de empresas brasileiras no exterior, decorrentes do fenômeno da globalização, não tem acompanhado o mesmo retorno econômico de outras economias emergentes, sobretudo em razão das normas brasileiras de tributação dos lucros das empresas coligadas e controladas. Desse modo, o presente trabalho propõe-se à análise da legislação brasileira quanto às mudanças na tributação de renda das pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, abordando desde a alteração do princípio da territorialidade à tributação em bases universais, até as inovações trazidas pela Lei nº 12.973/2014. Em paralelo, objetiva também o estudo da Ação nº 3 do projeto de combate ao fenômeno de *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), proposto pela OCDE, quanto ao regime de *Controlled Foreign Company* (CFC), com o propósito de, ao fim, tecer uma reflexão comparativa entre as diretrizes propostas no âmbito internacional e a legislação brasileira.

**Palavras-chaves:** Globalização. Tributação de lucros auferidos no exterior. Bases universais. BEPS. Controlled Foreign Company.

## **ABSTRACT**

The expanding number of investments by Brazilian companies abroad has not accompanied the same economic return as in other emerging economies, mainly due to the Brazilian rules on taxation of profits in affiliated and controlled companies. Thus, this paper proposes the analysis of Brazilian legislation regarding changes in the income taxation of legal entities domiciled abroad, from the alteration of the source income taxation to world-wide income taxation, to the innovations brought by Law No. 12.973/2014. Simultaneously, it also aims to study Action No. 3 of the OECD-proposed Erosion and Profit Shifting Base (BEPS) combat project on the Controlled Foreign Company (CFC) regime, with the aim of drawing a comparative reflection between the internationally proposed guidelines and the Brazilian legislation.

**Key-words:** Globalization. Taxation of profits earned abroad. World-wide income taxation. BEPS. Controlled Foreign Company.

## LISTA DE SIGLAS

<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>BEPS</b>	Base Erosion and Profit Shifting
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CNI</b>	Confederação Nacional das Indústrias
<b>COSIT</b>	Coordenação Geral da Tributação da Receita Federal do Brasil
<b>CPF</b>	Controlled Foreign Company
<b>CTN</b>	Código Tributário Nacional
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b>GAAR</b>	General anti-avoidance rule
<b>IED</b>	Investimento Estrangeiro Direto
<b>IN</b>	Instrução Normativa
<b>IR</b>	Imposto de Renda
<b>IRRF</b>	Imposto de Renda Retido na Fonte
<b>LC</b>	Lei Complementar
<b>LDO</b>	Lei de Diretrizes Orçamentárias
<b>MNEs</b>	Multinational enterprises
<b>MPE</b>	Método de Equivalência Patrimonial
<b>MF</b>	Ministério da Fazenda
<b>MP</b>	Medida Provisória
<b>OCDE</b>	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
<b>PEs</b>	Permanent Establishments
<b>PTF</b>	Países com Tributação Favorecida
<b>RFB</b>	Receita Federal do Brasil
<b>SEC</b>	Sociedade Estrangeira Controlada
<b>SERFB</b>	Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal
<b>UE</b>	União Europeia

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>1. O FENÔMENO DA ELISÃO FISCAL INTERNACIONAL</b> .....	15
1.1. Análise conceitual e dissidência semântica .....	15
1.2. A elisão fiscal internacional nas modalidades subjetiva e objetiva .....	18
1.3. O papel dos paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados na elisão fiscal .....	19
<b>2. DIRETRIZES PROPOSTAS PELA OCDE NO RELATÓRIO DA AÇÃO Nº 03 DO PROJETO BEPS: STRENGTHEN CONTROLLED FOREIGN COMPANY (CFC) RULES</b> .....	25
2.1. Regras para definir uma CFC .....	28
2.2. Exceções e limites para a aplicação de regras CFC .....	31
2.3. Definição de lucro de uma CFC.....	31
2.4. Regras para calcular o lucro de uma CFC .....	33
2.5. Regras para atribuir lucro a uma CFC .....	34
2.6. Regras para evitar a dupla tributação do lucro.....	35
2.7. Comentários finais sobre a Ação nº 03 .....	37
<b>3. A TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS NO BRASIL</b> .....	39
3.1. Histórico da legislação brasileira acerca das normas de tributação de empresas controladas e coligadas no exterior .....	39
3.2. Julgamento da ADI 2.158-35/2001 .....	46
3.3. Inovações decorrentes da Lei nº 12.973/2014.....	49
<b>CONCLUSÃO</b> .....	61
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	64

## INTRODUÇÃO

A evolução do sistema capitalista na história alcançou, a partir do séc. XX, a era da globalização, qual seja o conjunto de transformações nas vertentes sociais, políticas e, principalmente, econômicas, responsáveis por conectar pessoas e interligar países no plano mundial. O transcurso da globalização econômica, segmento relevante para a exposição do presente trabalho, portanto, deriva do processo de abertura da economia, bem como do progresso do desenvolvimento tecnológico expoente nas últimas décadas, o que implica na integração do mercado econômico e na internacionalização dos fluxos de capitais.

Por conseguinte, como resultado de tal fenômeno, tem-se a redução das barreiras entre países, a interdependência dos mercados, e, notoriamente, o processo de internacionalização das empresas, que usufruem do movimento de globalização para expandir seus negócios em outras fronteiras, pretendendo reduzir custos de produção e potencializar sua economia de escala.<sup>1</sup>

No cenário internacional de recuperação econômica pós-crise de 2008-2009, pior crise econômica mundial após a quebra da bolsa de Nova York em 1929, os déficits orçamentários nos países desenvolvidos têm fomentado uma competição tributária internacional a fim de atrair empresas para países detentores de um regime tributário mais favorável, fazendo, assim, do fator localização, a base estruturante da internacionalização empresarial contemporânea.<sup>2</sup>

Desse modo, o progresso do capitalismo à fase de globalização e a mobilidade do capital, conforme relatado, foi marcado por um exponencial crescimento do número de companhias controladas e coligadas a partir da década de 1950.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BOTELHO, José Manuel Macedo. **Internacionalização de empresas: contributos para a construção de um modelo de suporte à análise à implementação de estratégias de internacionalização**. 2015. 348 f. Tese (Doutorado em Gestão) - Universidade de Évora. Évora, 2015, p. 48.

<sup>2</sup> TAVARES, Romero J. S. **Política tributária internacional: OCDE, BEPS e Brasil – como deve se posicionar o setor industrial brasileiro?** Revista Brasileira de Comércio Exterior - RBCE. Rio de Janeiro, n. 121, pp. 52-61, out./dez., 2014.

<sup>3</sup> ROCHA, Daniela Cristina Comin. **Internacionalização de empresas, estado e desenvolvimento: a internacionalização das empresas brasileiras na América do Sul (2003-2014)**. 2018. 361 f.

Nesse sentido, verifica-se a Teoria Eclética, elaborada por John H. Dunning, apresentada pela primeira vez em 1976, durante um simpósio em Estocolmo, a qual atribuiu o êxito da internacionalização das empresas e o fomento do Investimento Estrangeiro Direto (IED) à existência de três vantagens simultâneas, quais sejam as vantagens de vantagens de posse (*ownership*), localização (*location*) e internalização (*internalization*), componentes do que se denominou "Paradigma de OLI"<sup>4</sup>, que buscou explicar o escopo e a geografia das atividades de agregação de valor realizadas pelas empresas multinacionais.<sup>5</sup>

Conseqüentemente, as empresas multinacionais, visando à maximização dos lucros, passaram a se utilizar de planejamentos fiscais (*tax planning*), traçando estratégias para usufruir das lacunas jurídicas existentes entre os regimes internacionais, a fim de transferir os lucros de países com alta tributação para paraísos fiscais ou países com tributação favorecida, o que vem causando a erosão da base tributária dos países de origem através do fenômeno de elisão fiscal internacional (*international tax avoidance*).<sup>6</sup>

A ausência de uma legislação contundente quanto às regras de distribuição dos rendimentos auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior, em específico, acarreta o diferimento proposital da tributação, uma vez que, em regra, a incidência do tributo sobre o lucro ocorre no momento da distribuição dos dividendos. Assim, as pessoas jurídicas beneficiam-se do diferimento do imposto doméstico sobre a parcela - ou totalidade - do rendimento auferido na CFC, muitas

---

Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Araraquara, 2018, p. 25.

<sup>4</sup> "A teoria do paradigma eclético sugere que todas as formas de produção internacional por todos os países podem ser explicados por referência às condições acima apresentadas. Tal teoria não faz previsões a priori sobre quais países, indústrias ou empresas são mais propensas a engajar no investimento direto no exterior. Ou seja, tais condições são aplicáveis a qualquer situação. Além disso, o modelo aceita que tais vantagens não são estáticas: as vantagens OLI - Propriedade (*Ownership*), localização (*Location*) e internalização (*Internalization*) - podem mudar com o tempo." DUNNING, John H. 1979, p.275, apud RODRIGUES, Pedro Prates. **O paradigma eclético de Dunning e a internacionalização de uma empresa brasileira de software**. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2419/1/PPRodrigues.pdf>. Acesso em: 18/10/2019.

<sup>5</sup> STAL, Eva. **Políticas Públicas e a Inovação em Subsidiárias de Empresas Multinacionais: uma Avaliação da Lei de Informática Brasileira**. Revista Espacios, vol. 31, n. 1, p. 13. 2010. Disponível em: <https://www.revistaespacios.com/a10v31n01/10310142.html>. Acesso em 18/10/2019.

<sup>6</sup> FERRARI, Bruna Camargo. **Negócios híbridos e normas CFC: impactos para as multinacionais brasileiras da incorporação do projeto BEPS no direito brasileiro**. 2016. 194 f. Tese (Mestrado em Direito Tributário Aplicado) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016, p. 31.

vezes disfarçando a distribuição dos lucros através de empréstimos realizados aos acionistas localizados no país de origem, evitando, assim, o pagamento dos tributos.

Situações como a supracitada acarretaram, progressivamente, o aumento da necessidade de implantação de ajustes nos sistemas tributários dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, a fim de inibir as recorrentes práticas abusivas de elisão fiscal, despontadas a partir do corrente quadro da economia global.<sup>7</sup>

Exatamente por essa razão, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, em 12 de fevereiro de 2013, lançou um projeto denominado “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting - BEPS*”, no qual expôs a preocupação quanto à erosão das bases tributárias dos seus países-membros, bem como relatou a necessidade de adoção de medidas que visam à harmonização da legislação tributária no âmbito internacional, a fim de evitar os casos de dupla não tributação. Nota-se:

A preocupação das jurisdições e dos órgãos internacionais direciona-se a consolidar a arrecadação tributária das empresas multinacionais ao redor do mundo — garantindo a tributação proporcional do capital investido, da renda auferida e das atividades desenvolvidas em cada país —, sem afetar a sua competitividade e capacidade de crescimento.<sup>8</sup>

Desse modo, com o propósito de combater os planejamentos tributários, que segregam artificialmente, porém de modo legal, a tributação do lucro gerado a partir da atividade econômica, foi lançado outro relatório, concatenando 15 planos de ações a serem consideradas pelos membros, no intuito de dirimir a elisão fiscal prejudicial ao desenvolvimento econômico dos países. Dentre tais, destaca-se, para fins da análise deste trabalho, a Ação nº 3, também conhecida como “*Designing Effective Controlled Foreign Company*”.

As “*Controlled Foreign Company Rules*”, conhecidas por regras CFC, germinaram da necessidade de possibilitar que os países de origem, sob determinadas condições, tributem os lucros auferidos por empresas controladas ou

---

<sup>7</sup> LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. **As regras brasileiras de tributação de controladas e coligadas no exterior: verdadeiras Controlled Foreign Company (CFC) Rules?** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 2, pp. 464-488, 2017.

<sup>8</sup> FERRARI, Bruna Camargo. Op. cit., p. 32.

coligadas localizadas em países com baixa ou nenhuma tributação, inibindo a postergação da incidência tributária, estratégia de *tax planning* utilizada por diversas multinacionais.

A despeito do implemento das regras CFC em inúmeras jurisdições, não há uma uniformidade quanto ao seu regime, sendo possível verificar, inclusive, que algumas combatem a elisão fiscal mais eficientemente que outras. Essa variação advém de divergências políticas, bem como de objetivos diversos no sistema tributário de cada país.

Dentre as inúmeras variações dos critérios adotados para a aplicação das normas de tributação de empresas controladas e coligadas no exterior, destacam-se, principalmente, as divergências decorrentes da escolha pelo regime de tributação em bases universais (*world-wide income taxation*) versus pelo regime de tributação em bases territoriais (*source income taxation/territorial tax system*), conforme será aprofundado nos próximos capítulos, sendo a primeira modalidade mais abrangente.

Na esfera da legislação brasileira, adotava-se o princípio da territorialidade para fins de tributação das pessoas jurídicas até a promulgação da Lei nº 9.249/95, quando as empresas passaram, então, a serem tributadas em bases universais. Devido às discussões levantadas à época acerca da presunção de disponibilidade da renda no momento da apuração dos valores pelas empresas controlada e coligada, sem que houvesse efetivamente disponibilização dos lucros, foi publicada a Lei Complementar nº 104/2001, seguida da edição da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, cujo art. 74 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 2.588, julgada pelo STF em 2013.

Atualmente, a Lei nº 12.973/14 estabeleceu um novo regime para a tributação sobre bases universais, o qual ainda apresenta divergências em relação ao modelo internacional proposto pela OCDE quanto às regras CFC.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 494.

Assim, os capítulos subsequentes propõem-se à análise do fenômeno da elisão fiscal internacional, das diretrizes propostas pela OCDE acerca da tributação de lucros auferidos por uma CFC, e também do histórico da legislação nacional quanto à tributação em bases universais, a fim de avaliar a compatibilidade entre as normas brasileiras e a orientação do modelo internacional, e, por conseguinte, delinear os impactos decorrentes do regime jurídico adotado no Brasil quanto à competitividade brasileira dentro do mercado internacional.

## 1. O FENÔMENO DA ELISÃO FISCAL INTERNACIONAL

Para que seja possível discorrer, ao longo deste trabalho, sobre o modelo internacional proposto pela OCDE para a tributação dos lucros auferidos pelas empresas controladas e coligadas no exterior e as normas brasileiras sobre o assunto, é fundamental, em primeiro lugar, traçar um breve esclarecimento quanto à definição conceitual da elisão fiscal, ilustrar as diferentes modalidades de sua ocorrência, bem como analisar a função dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais privilegiados na erosão da base tributária do país de origem.

### 1.1. Análise conceitual e dissidência semântica

Preliminarmente, então, se faz necessário definir a conceituação adotada nesta ocasião quanto ao fenômeno da elisão fiscal, tendo em vista a dissidência semântica existente nas doutrinas tributárias acerca da acepção teórica dos processos de elisão, elusão e evasão fiscal. Nas palavras de Hermes Marcelo Huck, *“o que uns chamam de evasão pura, outros chamam de fraude, o que alguns dizem evasão legal, terceiros denominam elisão, e assim sucessivamente”*.<sup>10</sup>

Desse modo, a título de exemplificação, apesar de Alberto Xavier<sup>11</sup> e Sampaio Dória<sup>12</sup> adotarem um conceito mais abrangente acerca da elisão fiscal, entendendo-a como a manipulação de formas lícitas para a obtenção da “economia fiscal” (*Steuereinsparung*), semelhante ao que Amílcar de Araújo Falcão denominou de

---

<sup>10</sup> HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 325.

<sup>11</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit, p. 271.

<sup>12</sup> DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971, p. 21.

“evasão tributária em sentido estrito” (*Steuerumgehung*)<sup>13</sup> ou de “abuso de formas jurídicas”, os dois primeiros autores concebem a elisão fiscal como processo lícito, que visa minorar a obrigação fiscal através de alternativas válidas encontradas na lei ou em suas brechas, enquanto que o último a intitula como prática ilícita.

Ainda, a distinção entre elisão fiscal, simulação, fraude e abuso de direito se faz clara no discurso de Alberto Xavier, como pode se observar na seguinte passagem extraída de seu exemplar “*Direito Internacional do Brasil*”:

(...) a elisão de direito internacional não pode confundir-se nem com a figura da simulação, nem com a fraude, nem com a do abuso de direito. Com a simulação, porque nesta há sempre uma divergência entre a vontade real e a vontade declarada, enquanto na figura em causa os efeitos dos atos jurídicos correspondem precisamente à vontade real de quem os praticou; com a fraude, porque nesta há uma violação direta e frontal das normas jurídicas (falsas declarações, falso balanço, operações fictícias etc.); com o abuso de direito, por não estar em causa um direito subjetivo cujo exercício seja antissocial ou danoso, mas uma esfera de liberdade do particular na escolha dos meios oferecidos pelo direito para a realização dos seus interesses.<sup>14</sup>

Há, entretanto, doutrinadores que ultrapassam o clássico critério dicotômico da natureza dos meios (lícitos e ilícitos), tal como Rubens Gomes de Sousa, que, em seu “*Compêndio de Legislação Tributária*”, utilizou o momento da prática do evento para distinguir entre “fraude fiscal” e “evasão”. Assim, segundo o autor, caso o ato fosse praticado após a ocorrência do fato gerador, ter-se-ia fraude fiscal. Caso contrário, se trataria de evasão. Essa seria, em suas palavras, a maneira mais eficaz de distinguir entre os procedimentos, pois, em todas as hipóteses - elisão, elusão ou evasão - o contribuinte possui uma única intenção: evitar, retardar ou reduzir a arrecadação tributária.<sup>15</sup>

Helena Taveira Tôrres, por sua vez, em sua obra “*Direito tributário e direito privado*”, diferenciou os conceitos supramencionados segundo as seguintes classificações: (i) na elusão, o contribuinte utilizaria atos lícitos, se isoladamente considerados, mas sem causa, simulados ou em fraude à lei, com o objetivo de economizar tributos; (ii) na elisão ou legítima economia de tributos haveria a mesma

<sup>13</sup> FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33.

<sup>14</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit, p. 273-274.

<sup>15</sup> SOUSA, Rubens Gomes de. **Parceres 2: imposto de renda**. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975. pp. 206-208.

finalidade, os atos praticados também seriam lícitos, mas não haveria violação direta ou indireta a dispositivos legais; e, (iii) na evasão, o contribuinte agiria voluntária e dolosamente para eximir-se da arrecadação tributária. Nesse sentido, observam-se trechos retirados de sua obra:

Elusão: “(...) o fenômeno pelo qual o contribuinte, mediante a organização planejada de atos lícitos, mas desprovidos de “causa” (simulados ou com fraude à lei), tenta evitar a subsunção de ato ou negócio jurídico ao conceito normativo do fato típico e a respectiva imputação da obrigação tributária. Em modo mais amplo, elusão tributária consiste em usar de negócios jurídicos atípicos ou indiretos desprovidos de “causa” ou organizados com simulação ou fraude à lei, com a finalidade de evitar a incidência de norma tributária impositiva, enquadrar-se em regime fiscalmente mais favorável ou obter alguma vantagem fiscal específica.<sup>16</sup> .

Elisão ou legítima economia de tributos: “(...) as atitudes lícitas que possam ser adotadas pelos contribuintes, na estruturação ou reorganização de seus negócios, tendo como finalidade a economia de tributos, evitando a incidência destes, reduzindo ou diferindo o respectivo impacto fiscal, sem qualquer descumprimento frontal ou indireto das leis;<sup>17</sup>

Evasão: “Numa acepção estrita, todavia, por evasão fiscal deve-se entender o fenômeno que decorre da conduta voluntária e dolosa, omissiva ou comissiva, dos sujeitos passivos de eximirem-se ao cumprimento, total ou parcial, das obrigações tributárias de cunho patrimonial.<sup>18</sup>

Nuno Pombo adota classificação similar à de Heleno Taveira, ao equiparar a expressão “elisão fiscal” a uma espécie de “ilusão fiscal”, resultante do processo de obtenção de vantagem tributária indevida auferida pelo contribuinte a partir do contorno da legislação.

Desse modo, dentre as posições doutrinárias referenciadas, verifica-se que autores como Alberto Xavier e Sampaio Dória admitem a manipulação de formas jurídicas ou de causas objetivas de negócios jurídicos na compreensão conceitual sobre a elisão fiscal, enquanto que Amílcar de Araújo Falcão, Hermes Marcelo Huck, Heleno Taveira Tôrres e Nuno Pombo não pactuam com o mesmo entendimento, considerando a manipulação forma de evasão ou elisão abusiva, sendo, assim, ilegítima.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 189.

<sup>17</sup> Ibid., p. 174.

<sup>18</sup> Ibid., p. 178.

<sup>19</sup> NISHIOKA, Alexandre Naoki. **Planejamento fiscal e elusão tributária na constituição e gestão de sociedades: os limites da requalificação dos atos e negócios jurídicos pela administração**.

Adotar-se-á, para fins de referência semântica eleita no presente trabalho, a concepção de elisão fiscal traçada por Alberto Xavier, enquanto hipótese de legítima economia tributária, alcançada por meio das diversas formas lícitas previstas pelo ordenamento jurídico, dentre elas as denominadas “opções fiscais” dispostas na esfera de liberdade organizacional dos interesses do contribuinte, a fim de atingir um planejamento tributário efetivo.

## **1.2. A elisão fiscal internacional nas modalidades subjetiva e objetiva**

Partindo da análise conceitual ilustrada no tópico anterior, o fenômeno da elisão fiscal no âmbito internacional pressupõe a existência de dois ou mais ordenamentos jurídicos, dos quais ao menos um possua um sistema tributário mais favorável em relação aos demais, viabilizando, dessa forma, a escolha voluntária, por parte do contribuinte, pelo ordenamento tributário aplicável.

Trata-se, então, de uma “engenharia fiscal” praticada pelo contribuinte, que tem por propósito o afastamento da aplicação de certa norma através da prática de atos que visam impedir a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária em determinado ordenamento jurídico, ou que produzam a ocorrência desse fato em um paraíso fiscal ou em outra ordem jurídica mais favorável quanto à tributação.<sup>20</sup>

Adentrando, com efeito, o campo das modalidades assumidas pela elisão fiscal, verifica-se que essa performas diferentes classificações em função da natureza do elemento de conexão utilizado.

Assim, a elisão assume caráter subjetivo quando é operada através de um elemento de conexão de caráter subjetivo, como o domicílio do contribuinte. O caráter objetivo do processo elisivo é configurado, por sua vez, quando o elemento de conexão tem natureza também objetiva, a exemplo do domicílio da fonte de produção ou de pagamento de um rendimento, o local do exercício da atividade da empresa ou, ainda, o local de instalação de um estabelecimento permanente, como bem explica Alberto Xavier.<sup>21</sup>

---

2010. 225 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 29.

<sup>20</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 271.

<sup>21</sup> Ibid., p. 272.

Quanto à elisão fiscal objetiva, essa pode ser fragmentada ainda em distintas subespécies, a depender da finalidade projetada pelo contribuinte: dividir, acumular ou transferir o rendimento auferido. Na primeira hipótese, a elisão fiscal é praticada com o objetivo de dividir o rendimento, distribuindo-o entre jurisdições fiscais distintas; na segunda, busca-se acumular o rendimento em um paraíso fiscal ou em um território com tributação favorecida, e a terceira visa à transferência do rendimento de um território para outro com tratamento fiscal mais favorável.

Os próximos capítulos propõem-se, portanto, a analisar as diretrizes propostas pela OCDE, bem como as estratégias implementadas pela legislação tributária brasileira no combate à modalidade de elisão fiscal objetiva que visa à acumulação de rendimentos auferidos por sociedades coligadas ou controladas em paraísos fiscais ou países com tributação favorecida.

### **1.3. O papel dos paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados na elisão fiscal**

Antes de adentrar propriamente a dissertação sobre o tema proposto, é imperioso desenvolver, brevemente, a conceituação analítica dos paraísos fiscais, igualmente denominados países com tributação favorecida - PTF, e dos regimes fiscais privilegiados (ou preferenciais), assim como analisar seus papéis no fenômeno de erosão da base tributária dos países de origem que possuem empresas *offshore*.

Como dito na seção introdutória, a internacionalização do mercado deriva de uma necessidade de expansão das empresas, que buscam, através do mencionado processo de planejamento fiscal, a redução de seus dispêndios tributários por meio da instalação de suas subsidiárias, controladas e/ou coligadas em países com tributação inexistente ou minorada, de modo a possibilitar a ascensão de sua economia.

Os paraísos fiscais representam, portanto, jurisdições que, além de proporcionar uma reduzida carga tributária, proporcionam algumas condições aos negócios sediados em seu domicílio, a exemplo do sigilo bancário e fiscal, da liberdade cambial absoluta, entre outros.

Consoante conceituação atribuída por Alberto Xavier, os paraísos fiscais retratam "os ordenamentos fiscais que isentam certos fatos que deveriam "normalmente" tributar, de harmonia com os princípios gerais comumente aceitos em países mais desenvolvidos, ou os tributam à alíquota "anormalmente" baixa"<sup>22</sup>, enquadrando-se na concepção que Ottomar Böhler denominou de tributação inferior (*Minderbesteuerung*).<sup>23</sup>

A OCDE, incentivada pelos países membros do G-7, publicou em seu relatório "*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*", lançado em 09 de abril de 1998, uma exposição referente aos efeitos da globalização no sistema fiscal, elementos de identificação dos paraísos fiscais e diretrizes para o combate de práticas tributárias abusivas.<sup>24</sup> O referido documento traçou, assim, quatro critérios-chaves para identificação de tais entidades:

- (i) Tributação nula ou mínima dos rendimentos;
- (ii) Falta de uma troca efetiva de informações, consagrada, quer legislativamente, quer através de práticas administrativas que conduzam a tal resultado;
- (iii) Falta de transparência relativamente às disposições legais ou administrativas;
- (iv) Ausência de atividades econômicas substanciais, traduzida na falta de determinação de que a atividade econômica desenvolvida seja relevante, o que redunde na atração de investimentos por motivos estritamente fiscais.<sup>25</sup>

A noção de paraíso fiscal ou PTF, portanto, não corresponde a um grupo homogêneo, uma vez que os atrativos fiscais proporcionados por cada jurisdição são

<sup>22</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit, p. 276.

<sup>23</sup> BÜHLER, Ottomar. **Principios de derecho internacional tributario** (tradução castelhana de Fernando Cervera Torrejon). Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968, p. 226.

<sup>24</sup> OECD. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**. OECD Publishing, Paris, 1998, p. 22-23. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>. Acesso em 28/09/2019.

<sup>25</sup> "Segundo a norma da Receita Federal, entende-se que as sociedades (...) desempenham atividade econômica substantiva quando possuem, no seu país de domicílio, capacidade operacional apropriada para os seus fins, evidenciada, entre outros fatores, pela existência de empregados próprios qualificados em número suficiente e de instalações físicas adequadas para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas (i) ao desenvolvimento das atividades com o fim de obter rendas derivadas dos ativos de que dispõe; ou (ii) à administração de participações societárias com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital." DE OLIVEIRA, Matheus Bueno; BASTOS, Frederico Silva. **Atualizações na lista de paraísos fiscais**. Disponível em: <https://www.pvg.com.br/publicacoes/atualizacoes-na-lista-de-paraisos-fiscais>. Acesso em 30/09/2019.

variantes, de modo que dois países podem ser considerados paraísos fiscais em aspectos distintos, preenchendo diferentes critérios de identificação. Assim, a depender da vantagem fiscal pretendida, diferentes paraísos fiscais serão preferíveis, a exemplo da Holanda e Luxemburgo, na hipótese de composição de *holdings* e realização de empréstimos externos; da Suíça, nos casos em que se busca sigilo bancário; do Uruguai, quando se busca liberdade cambial irrestrita, etc.<sup>26</sup>

Por sua vez, quanto aos regimes fiscais preferenciais, tais são os fatores de identificação destrinchados pelo relatório:

- (i) Alíquotas de tributação efetivas nulas ou mínimas. Este fator é visto como um ponto de partida necessário para determinar se um regime fiscal é ou não nocivo, devendo, contudo, ser conjugado com a verificação de um ou alguns dos outros fatores-chaves previstos;
- (ii) Regimes *ring fencing*, ou seja, parcial ou totalmente isolados dos mercados domésticos do país em causa. O *ring fencing* pode assumir diversas formas, como, *v.g.*, o fato de, implícita ou explicitamente, excluir os residentes dos benefícios concedidos ou proibir as empresas que beneficiam do regime de operar no mercado nacional;
- (iii) Falta de transparência, quer em nível da concepção do regime, quer em nível da respectiva administração prática (aspectos legislativos e práticas administrativas);
- (iv) Falta de uma troca efetiva de informações quanto aos contribuintes que beneficiam do regime.

A OCDE, portanto, não delimita com clareza as particularidades dissemelhantes entre os paraísos fiscais e os denominados regimes fiscais privilegiados (*privileged tax regimes*), classificando o segundo como um eufemismo do primeiro, como se verifica no glossário de termos fiscais (*glossary of tax terms*) disponibilizados em seu sítio eletrônico:<sup>27</sup>

PRIVILEGED TAX REGIME - Euphemism for the tax regime of a tax haven.

TAX HAVEN - Tax haven in the "classical" sense refers to a country which imposes a low or no tax, and is used by corporations to avoid tax which otherwise would be payable in a high-tax country. According to OECD report, tax havens have the following key characteristics; No or only nominal

<sup>26</sup> ROESSING NETO, Ernesto. **Elisão tributária internacional: o uso dos “paraísos fiscais” como ferramenta**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, 2008, n. 22, fev. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Ernesto\\_Neto.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Ernesto_Neto.htm). Acesso em 30/09/2019.

<sup>27</sup> OECD. **Glossary of tax terms**. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>. Acesso em 30/09/2019.

taxes; Lack of effective exchange of information; Lack of transparency in the operation of the legislative, legal or administrative provisions.

Na legislação brasileira, o primeiro dispositivo a abordar a matéria foi a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, cujo artigo 24 previu, como critério classificatório para a configuração de um paraíso fiscal ou PTF, a inexistência de tributação da renda, ou a tributação em alíquota máxima igual ou inferior a 20% (vinte por cento).<sup>28</sup> O artigo 8º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, por sua vez, define que os pagamentos remetidos de território brasileiro para tais jurisdições estarão sujeitos à retenção do imposto de renda - IR na fonte à alíquota de 25%.<sup>29</sup>

Por outro lado, o artigo 24-A da mesma Lei nº 9.430/1996, incluído pela Lei nº 11.727, de 23 de junho de 2008, previu a existência de regime fiscal privilegiado<sup>30</sup>, concebido com o intuito de ensejar a aplicação dos controles de preços de transferência a operações com entidades que gozam de um regime fiscal mais

---

<sup>28</sup> Art. 24. As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento.

§ 1º Para efeito do disposto na parte final deste artigo, será considerada a legislação tributária do referido país, aplicável às pessoas físicas ou às pessoas jurídicas, conforme a natureza do ente com o qual houver sido praticada a operação.

(...)

§ 3º Para os fins do disposto neste artigo, considerar-se-á separadamente a tributação do trabalho e do capital, bem como as dependências do país de residência ou domicílio. (Redação dada pela Lei nº 10.451, de 2002).

§ 4º Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008).

<sup>29</sup> Art. 8º. Ressalvadas as hipóteses a que se referem os incisos V, VIII, IX, X e XI do art. 1º da Lei nº 9.481, de 1997, os rendimentos decorrentes de qualquer operação, em que o beneficiário seja residente ou domiciliado em país que não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte por cento, a que se refere o art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

<sup>30</sup> Art. 24-A. Aplicam-se às operações realizadas em regime fiscal privilegiado as disposições relativas a preços, custos e taxas de juros constantes dos arts. 18 a 22 desta Lei, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior. (Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008).

benéfico<sup>31</sup>, sem sujeitá-lo à retenção prevista pelo supracitado artigo 8º da Lei nº 9.779.<sup>32</sup>

Anos depois, a própria Receita Federal do Brasil - RFB ratificou a distinção entre os PTFs (ou paraísos fiscais) e os regimes fiscais privilegiados, com o objetivo de afastar a aplicação da alíquota de retenção de 25% na segunda hipótese, conforme exposto na Solução de Consulta da Coordenação Geral da Tributação da Receita Federal do Brasil - SC COSIT nº 575/2017:

Apesar de apresentarem algumas características semelhantes, os conceitos de países com tributação favorecida e de regimes fiscais privilegiados não se confundem. O texto do art. 8º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, que prevê a aplicação da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), faz menção apenas aos países do art. 24 e não aos regimes do art. 24- A, ambos da Lei nº 9.430, de 27 de janeiro de 1996. Assim, em respeito aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, a ausência de expressa previsão legal é suficiente para afastar a aplicação da alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) ao pagamento de juros a beneficiário de regime fiscal privilegiado.<sup>33</sup>

No Brasil, adota-se a classificação taxativa, mediante lista *numerus clausus*, para elencar os paraísos fiscais ou PTFs na chamada lista negra (*black list*)<sup>34</sup>, e os regimes fiscais preferenciais na lista cinza (*grey list*), constantes na Instrução

<sup>31</sup> Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Perguntas e respostas - pessoa jurídica**, 2016, p. 424 - 425. Disponível em: <http://sped.rfb.gov.br/estatico/26/4AA9CC575B7776BE1B8B3333E64CECE4886188/perguntas-e-respostas-irpj-2016.pdf>. Acesso em 30/09/2019.

<sup>32</sup> A Lei nº 9.430 ainda faz menção ao percentual de 20% para a identificação dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais, a despeito da publicação da Portaria MF nº 488 pelo Ministério da Fazenda – MF, em 28 de novembro de 2014, que reduziu para 17% (dezesete por cento) o teto da alíquota de IR prevista nos artigos 24 e 24-A para os países, dependências e regimes que estejam alinhados com os padrões internacionais de transparência fiscal, conceituados posteriormente na IN RFB nº 1530, de 19 de dezembro de 2014.

A minoração processada pela edição da Portaria foi realizada sob a justificativa de evitar a inclusão de novos países na lista, tendo em vista que, quando foi fixado em 20% o teto da tributação quanto ao critério classificatório para os paraísos fiscais e regimes fiscais privilegiados, a média do IR cobrado nos países membros da OCDE correspondia a um percentual de 36%, o qual, em 17 anos, caiu para 25,5%. Segundo Flávio Barbosa, chefe substituto da Divisão de Tributação Internacional da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil - SERFB, “*Notamos que 20% estava um teto muito elevado e, então, poderíamos ser obrigados a incluir outros países (na lista de paraísos fiscais)*”. Confederação Nacional das Instituições Financeiras - CNF. **Receita altera conceito de paraíso fiscal e tributo sobre remessas cai**. Disponível em: <https://cnf.org.br/receita-altera-conceito-de-paraíso-fiscal-e-tributo-sobre-remessas-cai/>. Acesso em 02/09/2019.

<sup>33</sup> SC COSIT nº 575/2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=88968>. Acesso em 01/10/2019.

<sup>34</sup> Enquanto a alíquota do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF incidente sobre as remessas enviadas do Brasil para paraísos fiscais é de 25%, a alíquota incidente sobre pagamentos destinados a países fora da *black list* é de apenas 15%.

Normativa - IN nº 1037/2010, publicada pela RFB, que já foi alterada em 7 ocasiões nos últimos 9 anos.<sup>35</sup>

Nesse sentido, destaca-se que, apesar de o princípio da legalidade reservar à lei e às medidas provisórias a regulação da matéria tributária, nesse caso, em que pese existir a previsão da norma contida na Lei nº 9.430/1996 acerca dos critérios de identificação dos paraísos fiscais e dos regimes fiscais preferenciais, a aplicação da lei só se tornou possível com a edição da IN nº 1037/2010. Nas palavras de Schoueri:

É a lista que, ao apresentar, tanto aos contribuintes quanto aos próprios agentes fazendários, a relação de jurisdições que atendem aos requisitos da legislação brasileira, torna possível a aplicação da lei. Vale dizer que o ato administrativo, no caso, não inova na matéria. Nada diz acerca da regra matriz; sem a sua edição, entretanto, não há como a lei ser aplicada.<sup>36</sup>

Em 2017, foi lançado o Projeto de Lei nº 8.130/2017, que pretendia elevar de 25% para 34% a alíquota do IRRF incidente sobre rendimentos de qualquer operação obtidos no Brasil por pessoas que residam em paraíso fiscal ou que usufruam de regime fiscal privilegiado.

Segundo o senador responsável pela elaboração da proposta, Ricardo Ferraço, o PL pretendia a paridade entre a tributação dos prestadores de serviços e fornecedores de mercadorias que residem no Brasil e daqueles que recorrem a paraísos fiscais na tentativa de praticar elisão fiscal. O PL, por sua vez, foi rejeitado por incompatibilidade e inadequação orçamentária e financeira pela Comissão de Finanças e Tributação em 11/09/2019, posto que não apresentou o cálculo da estimativa do impacto na arrecadação federal, conforme exigência da Lei 13.707/2018, qual seja a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO em vigor.<sup>37</sup>

Assim, sem inovações legislativas, o atual cenário de tributação brasileiro apresenta as seguintes consequências fiscais comuns aos países de tributação favorecida e àqueles detentores de regime fiscal privilegiado:

---

<sup>35</sup> DE CARVALHO, Felipe Reis. **As razões tributárias e econômicas das inversões corporativas**. 2017. 111 f. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017, p. 39.

<sup>36</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 305-306.

<sup>37</sup> Câmara dos Deputados. **Ata da 31ª reunião ordinária realizada em 11 de setembro de 2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1807888.htm>. Acesso em 02/10/2019.

- (i) Aplicação das disposições relativas a preços de transferência às transações com pessoas físicas ou jurídicas, ainda que não vinculadas, neles residentes ou domiciliadas (Lei nº 9.340/1996, art. 24-A);
- (ii) Regime especial de perda de residência no Brasil para pessoas físicas residentes ou domiciliadas no Brasil que transferirem sua residência para país em dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado (Lei nº 12.249/2010, art. 27);
- (iii) Regras especiais de subcapitalização quanto a juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil a pessoas físicas ou jurídicas neles residentes ou domiciliadas (Lei nº 12.249/2010, art. 25);
- (iv) Regras especiais de dedutibilidade de pagamentos efetuados, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas neles residentes ou domiciliadas (Lei nº 12.249/2010, art. 26);
- (v) Regras especiais em vários domínios da legislação de tributação das pessoas jurídicas em bases mundiais (Lei nº 12.973/2014).<sup>38</sup>

O presente trabalho, portanto, pretende abordar, em específico, a análise da legislação brasileira quanto à tributação dos lucros auferidos por empresas controladas e coligadas no exterior, ponderando a adoção do regime de bases mundiais como técnica de combate à elisão fiscal internacional, sob a perspectiva da Ação nº 03 do projeto proposto pela OCDE, com o escopo de, ao fim, avaliar os contrastes entre o ordenamento brasileiro e o modelo internacional.

## **2. DIRETRIZES PROPOSTAS PELA OCDE NO RELATÓRIO DA AÇÃO Nº 03 DO PROJETO BEPS: STRENGTHEN CONTROLLED FOREIGN COMPANY (CFC) RULES**

Em seu relatório “*Harmful Tax Competitions: An Emerging Global Issue*”, publicado em 1998, a OCDE orientou os países a adotarem legislações CFC, de modo a colaborar com o ideal de transparência fiscal internacional. Tais regras representam um regime antielisivo aplicável a sociedades controladas ou coligadas no exterior, atuando como mecanismo de combate à erosão das bases tributáveis dos países de origem (*parent jurisdiction*) e, conseqüentemente, de combate também ao desenvolvimento da competição internacional prejudicial.

---

<sup>38</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 305.

Sob a perspectiva histórica, as primeiras regras CFC foram promulgadas em 1962, nos Estados Unidos - EUA, cuja legislação, especialmente durante a primeira metade do séc. XX, buscava incentivar, através do seu sistema de crédito tributário estrangeiro, as empresas e os investidores dos EUA a realizarem investimentos no exterior. Essa abordagem foi especialmente importante no período pós 2ª Guerra Mundial, quando, como parte de sua política externa de reconstrução dos países nos moldes da doutrina americana, a fim de impedir a proliferação do comunismo soviético, o investimento privado estadunidense no exterior foi essencial para a reconstrução do Japão e da Europa Ocidental.<sup>39</sup>

Inicialmente, a renda estrangeira auferida pelas CFCs não era tributável para os acionistas dos EUA até que fosse repatriada na forma de dividendos.<sup>40</sup> Com o advento do *Revenue Act* em 1962, reduziram-se as vantagens de diferimento de impostos das CFCs, através do refinamento do conceito de empresa controlada no exterior, enquanto qualquer empresa subsidiária que possuísse mais de 50% de seu capital votante pertencente a acionistas dos EUA, bem como houve a criação de uma nova categoria de renda denominada *Subpart F*, a qual foi acrescida ao *Internal Revenue Code*.<sup>41</sup> Segue definição da Secretaria do Departamento de Política Tributária da Fazenda dos EUA, extraída do estudo publicado sobre o diferimento dos rendimentos auferidos por empresas controladas no exterior:

Subpart F applies to certain income of “controlled foreign corporations” (“CFCs”). A CFC is a foreign corporation more than 50% of which, by vote or value, is owned by U.S. persons owning a 10% or greater interest in the corporation by vote (“U.S. shareholders”). “U.S. persons” includes U.S. citizens, residents, corporations, partnerships, trusts and estates. If a CFC

<sup>39</sup> DUEÑAS, Sebastian. **CFC rules around the world**. Disponível em: <https://files.taxfoundation.org/20190617100144/CFC-Rules-Around-the-World-FF-659.pdf>. Acesso em 12/10/2019.

<sup>40</sup> Atualmente, diz-se que os Estados Unidos passou de um sistema de tributação de lucros auferidos no exterior em bases universais para um sistema híbrido, que combina elementos da tributação universal e territorial. Nesse sentido: "While law makers generally refer to the new system as a “territorial” tax system, it is more appropriately described as a hybrid system. The new system utilizes features from territorial (source), worldwide (residence), and destination-based corporate tax systems. In an international context, the U.S. system is not unique in that regard. Most Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) nations that have moved towards a territorial tax system have also introduced anti-base erosion provisions that move them away from what would be considered a “pure” territorial tax system." POMERLEAU, Kyle. **A hybrid approach: the treatment of foreign profits under the tax cuts and jobs act**. Disponível em: <https://taxfoundation.org/treatment-foreign-profits-tax-cuts-jobs-act/>. Acesso em 12/10/2019.

<sup>41</sup> REDMILES, Melissa Redmiles; WENRICH, Jason. **A history of controlled foreign corporations and the foreign tax credit**. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/historycfcftc.pdf>. Acesso em 12/10/2019.

has subpart F income, each U.S. shareholder must currently include its pro rata share of that income in its gross income as a deemed dividend. The subpart F rules attempt to prevent (or negate the tax advantage from) deflection of income, either from the United States or from the foreign country in which earned, into another jurisdiction which is a tax haven or which has a preferential tax regime for certain types of income. Thus, subpart F generally targets passive income and income that is split off from the activities that produced the value in the goods or services generating the income.<sup>42</sup>

A reforma de 1962 nos EUA foi responsável, portanto, pela remodelação das regras CFC, com o objetivo de impedir que os contribuintes, por meio de manobras fiscais, se esquivassem da sua qualificação e, conseqüentemente, da arrecadação tributária.

Desde então, um crescente número de jurisdições tem adotado as legislações CFC. Entretanto, as regras existentes usualmente não acompanham as transformações no cenário do comércio internacional, o que tem resultado na falta de um combate efetivo da erosão da base tributável e na transferência dos lucros a países de regimes fiscais privilegiados ou a paraísos fiscais.

Por essa razão, em 2013, a OCDE editou o “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, relatório em que buscou identificar as principais estruturas utilizadas pelos países na realização de planejamentos tributários em operações internacionais, traçando, portanto, orientações quanto à adoção de determinadas práticas que visam à aplicação da transparência fiscal.

Uma dessas ações, que será destrinchada ao longo deste capítulo, é a Ação nº 03, denominada de “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*”, através da qual a OCDE traçou, em 6 blocos principais, um relatório de práticas que pretendem auxiliar os países interessados na introdução de regras CFC efetivas.

Destaca-se, ainda, que o relatório institui algumas considerações gerais a serem adotadas pelos países no contexto do implemento da regras recomendadas pela Ação nº 03, que inclui o papel das regras CFC enquanto um mecanismo de medidas dissuasivas (*deterrent measures*), o complemento das regras sobre preços

---

<sup>42</sup> Office of tax policy department of the treasury. **The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study**, Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>. Acesso em 12/10/2019.

de transferência com as regras CFC, o equilíbrio entre efetividade e a redução de encargos administrativos e de *compliance*, e, também, a necessidade de balancear a efetividade e a prevenção ou eliminação da dupla tributação.<sup>43</sup>

## 2.1. Regras para definir uma CFC

O primeiro ponto dos 6 blocos de construção dirigidos pela OCDE para a obtenção de uma legislação CFC eficiente trata, sob um prisma linear, dos critérios de qualificação de uma entidade em CFC. Segundo a organização, para verificar se as regras CFC são aplicáveis, é preciso analisar se o tipo de entidade pode ser considerado uma CFC, bem como se a empresa controladora (*parente company*) detém influência ou controle suficiente sobre a companhia no exterior.

As instruções disponibilizadas no relatório preconizam que a definição do âmbito subjetivo de aplicação das regras CFC deve ser ampla, de modo a englobar não apenas as pessoas jurídicas constituídas no exterior, mas também entidades transparentes, estabelecimentos permanentes (*permanent establishments – PEs*), e outras entidades que poderiam eventualmente erodir a base tributável do país de origem através da transferência artificial de lucros no país investido.<sup>44</sup>

Em 2015, a OCDE disponibilizou comentários públicos recebidos acerca da Ação nº 03, sendo uma das críticas tecidas pela *International Alliance for Principled Taxation* a de que um estabelecimento permanente no exterior de uma CFC não deveria ser considerado também como CFC, e que a adoção de um conceito muito amplo dos negócios híbridos (*hybrid mismatch rule*)<sup>45</sup> resultaria na inclusão

<sup>43</sup> OECD. **Designing effective controlled foreign company rules, action 3: 2015 final report**. OECD Publishing, Paris: OECD, 2015, p. 13.

<sup>44</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. **A ação 3 do projeto BEPS e o regime brasileiro de tributação em bases universais na Lei nº 12.973/2014**. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT. Belo Horizonte, ano 15, n. 88, p. 99-115, jul./ago. 2017.

<sup>45</sup> “Tal como o nome indica, um *hybrid mismatch* consiste numa realidade com duas componentes distintas. Existe um híbrido quando uma realidade, em regra complexa, apresenta características subsumíveis a diferentes categorizações. Isto verifica-se, v.g., quando, uma determinada entidade, instrumento ou transacção recebe uma caracterização distinta em duas jurisdições (normalmente Estados da fonte e residência). Em consequência da díspar caracterização, encontramos um desencontro (*“mismatch”*), no tratamento conferido por dois ou mais sistemas fiscais à mesma operação ou situação transfronteiriça. No âmbito tributário, tal desencontro possibilita aos sujeitos passivos, em alguns dos casos, a possibilidade de obtenção de vantagens fiscais”. EVERAERT, Gerard Julius Oliveira. **Dedução/não inclusão com hybrid mismatches: Game over?** 2014. 54 f. Tese (Mestrado em Direito Fiscal) - Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, Faculdade de Direito. Lisboa, 2014, p. 12

excessiva de lucros na tributação do país de origem, sem respectivas deduções, ultrapassando o objetivo proposto pelo relatório de combate ao BEPS. Nota-se trecho da crítica retirado do anexo:

However, in order to minimise any unnecessary administrative and compliance burden, we do not consider that a foreign PE of a CFC should itself be treated as a CFC where virtually all of the CFC's activities are carried on through the PE and there is very limited (if any) substance in the CFC's jurisdiction of incorporation. Such structures are common in, for example, the upstream oil and gas sector where they exist for purely commercial reasons.

The broad option for a modified hybrid mismatch rule is over-inclusive as it would apply even where there is no double non-taxation or less than single taxation. Income would be included in the parent jurisdiction (whether or not recognised in the CFC jurisdiction) even though no corresponding deduction is given in the source country. In line with our previous comments, this would subject more income to CFC taxation than is necessary to combat BEPS which would be beyond the scope of Action 3. In addition, the broad option could pick up income shifted from a third country to the CFC jurisdiction as well as income genuinely earned in the CFC jurisdiction. In our view, this also goes beyond the purpose of BEPS-targeted CFC rules which should be focused only on parent jurisdiction stripping.<sup>46</sup>

Quanto ao conceito de controle, fundamental para aferir se a empresa controladora possui acesso direto aos lucros auferidos no exterior, a OCDE distingue entre diferentes hipóteses de controle, quais sejam: controle jurídico (*legal control*), controle econômico (*economic control*), controle de fato (*de facto control*), e controle por consolidação (*control based on consolidation*). Segundo definição dada por Ramon Tomazela Santos em artigo publicado na Revista Fórum de Direito Tributário:

Controle jurídico, que consiste na análise da participação da sociedade investidora no capital social da entidade controlada (CFC), mantida por meio de ações com direito a voto que permitam a eleição dos membros do conselho de administração ou órgão equivalente e assegurem que a entidade CFC irá agir segundo as suas instruções. O problema, na visão da OCDE, é que a lei societária oferece grande flexibilidade para a formatação da estrutura de capital das pessoas jurídicas, permitindo a utilização de estruturas artificiais ou de instrumentos financeiros modernos para evitar a caracterização do controle jurídico.

Controle econômico, que foca nos direitos que a sociedade investidora detém sobre os lucros, o capital e os ativos da entidade CFC, em casos de

---

“Hybrid and branch mismatch arrangements are cross-border arrangements that exploit differences in the tax treatment of an instrument, entity or branch under the laws of two or more countries to defer or reduce income tax. This can result in double non-taxation, including long term tax deferral.” **Hybrid and branch mismatch rules**. Disponível em: <https://taxpolicy.ird.govt.nz/sites/default/files/2018-sr-beps-hybrids.pdf>. Acesso em 13/10/2019.

<sup>46</sup> OECD. **Comments received on public. Discussion draft - BEPS action 3: strengthening CFC rules - Part 1**. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-3-strengthening-cfc-rules-part1.pdf>. Acesso em 13/10/2019.

dissolução ou liquidação. Assim, mesmo na ausência de controle jurídico, seria possível caracterizar uma entidade como CFC caso se constate que a sociedade investidora detém a maior parte dos direitos econômicos sobre os proventos oriundos da participação societária. Como exemplo, é possível mencionar as ações preferenciais sem direito a voto e os casos de usufruto de participações societárias, em que o usufrutuário mantém o direito aos proventos econômicos das ações.

Controle de fato, que está baseado no efetivo exercício de decisões estratégicas da entidade CFC ou no poder de influenciar o exercício de suas atividades gerenciais ordinárias. Trata-se, assim, de regra que depende da análise dos fatos e das circunstâncias de cada caso concreto, o que traz certa complexidade para a sua aplicação. Por isso, o controle de fato deve funcionar como uma regra suplementar “antielusiva”, que visa a evitar que o contribuinte contorne os outros tipos de controle.

Controle por consolidação, que verifica se a entidade CFC está sujeita às regras contábeis de consolidação de demonstrações financeiras.<sup>47</sup>

Além do conceito de controle, analisa-se também o nível de controle exercido pela investida, sugerindo a OCDE que o poder de controle deve estar caracterizado quando a sociedade controladora possua mais de 50% dos direitos societários ou econômicos da controlada. Entretanto, a organização ressalta a liberdade dos países para fixarem percentuais de controle abaixo de 50% na qualificação das CFC, tendo em vista que, ainda nessa hipótese, a sociedade investidora exerceria influência sobre a investida.

A OCDE traça, por fim, regras antifragmentação do poder de controle da CFC, que abrangem os acionistas minoritários que atuam de forma coordenada (*acting-in-concert test*)<sup>48</sup> para influenciar nas decisões da sociedade controlada, os acionistas minoritários que são considerados partes relacionadas, e a agregação de acionistas minoritários cujas participações societárias são superiores a um determinado percentual.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op cit., pp. 102-103.

<sup>48</sup> “Através do teste *acting-in-concert* analisam-se factos para verificar se os acionistas minoritários estão ou não a agir em conjunto de modo a poder influenciar a SEC (Sociedade Estrangeira Controlada). Se assim for, as suas participações serão agregadas para determinar se existe o controle necessário à aplicação do regime sobre SEC.” DIAS, Ana Carolina. **A ação 3 do BEPS - compatibilidade com o direito da União Européia e desafios para o legislador português**. 2016. 58f. Tese (Mestrado em Direito Fiscal) - Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, Faculdade de Direito. Lisboa, 2016, p. 17.

<sup>49</sup> Ibid., p. 104.

## 2.2. Exceções e limites para a aplicação de regras CFC

O segundo ponto para a elaboração de efetivas regras CFC, segundo a OCDE, é traçar exceções e limites para sua qualificação, a fim de garantir que apenas as sociedades no exterior que representem risco de erodir a base tributável do país de origem estarão sujeitas à aplicação da norma.

O primeiro limite sugerido pela organização refere-se à determinação de um montante de lucro a ser auferido pela CFC, o qual deverá superar um parâmetro mínimo imposto pela jurisdição da controladora, a fim de restringir o número de entidades classificáveis como CFC e, conseqüentemente, conter os dispêndios administrativos para a fiscalização. Nas palavras de Tomazela, “*a eficiência na arrecadação fiscal exige que o Estado obtenha o maior volume de receita com o menor custo*”.<sup>50</sup>

O segundo limite diz respeito à restrição da aplicabilidade das regras CFC a situações de elisão fiscal, isto é, a circunstâncias motivadas pela redução ou diferimento da arrecadação tributária. A organização ressalva ainda que a existência de tal exceção busca aliviar os encargos de fiscalização administrativa, entretanto, em contrapartida, não previne em absoluto a erosão da base tributável do país de origem, razão pela qual algumas jurisdições optam por sua renúncia.

O terceiro limite, por sua vez, aborda o nível de tributação das sociedades no exterior como parâmetro para a aplicabilidade das regras CFC, de modo que o escopo normativo deve abranger apenas as entidades cuja tributação dos lucros no exterior seja menor que aquela do país de origem.<sup>51</sup>

## 2.3. Definição de lucro de uma CFC

O terceiro bloco de construção proposto pela OCDE discorre acerca do conceito de renda abrangido pelas regras de CFC, recomendando a organização que sejam considerados, para fins de aplicabilidade normativa, apenas os rendimentos que permitem a erosão da base tributável do país da controladora.

---

<sup>50</sup> Ibid., p. 106.

<sup>51</sup> OECD – A. Op. cit, pp. 33-41.

Para isso, a OCDE separa diferentes abordagens para categorizar os rendimentos que serão atribuídos às controladoras, aludindo às seguintes classificações: classificação jurídica (*legal classification*)<sup>52</sup>, análise da origem dos rendimentos (*relatedness of the parties*), análise substancial das atividades desempenhadas pela entidade CFC (*substance analysis*) e análise do excesso de lucros (*excesso profit analysis*). Segundo conceitos esclarecidos por Tomazela:

Análise da classificação jurídica dos rendimentos, que foca em rendimentos como dividendos, juros, prêmios de seguro, royalties, rendimentos de ativos intangíveis, receitas de vendas e de prestação de serviços.

Análise da origem dos rendimentos, que se concentra nos valores recebidos de partes relacionadas ou de jurisdições específicas, que podem ser transferidos de forma mais simples para entidades situadas em Estados estrangeiros de baixa pressão fiscal.

Análise substancial das atividades desempenhadas pela entidade CFC, que se atém aos negócios conduzidos pela entidade no exterior e à sua capacidade de geração do lucro, a partir do exame dos fatos e das circunstâncias do caso concreto, bem como da estrutura operacional da entidade.

Análise do excesso de lucros, que coloca no âmbito objetivo de aplicação das regras de CFC apenas o lucro que supera a taxa usual de retorno esperada em determinada jurisdição. Como exemplo, o país poderia aplicar uma taxa normal de retorno entre 8% a 10% sobre o valor dos ativos utilizados em atividades produtivas e comparar com o lucro efetivamente apurado pela CFC. O lucro da CFC que exceder à taxa normal de retorno seria considerado como renda contaminada e submetido à tributação pelas regras de CFC.<sup>53</sup>

Ademais, a OCDE também prevê em seu relatório a liberdade dos países de optarem pela adoção de um regime de inclusão total dos rendimentos auferidos pelas CFCs (*full-inclusion system*), sem restrições quanto ao tipo de rendimento ou a origem da atividade exercida pela controlada, muito embora a recomendação oficial seja pela adesão ao regime de inclusão parcial, objetivando o equilíbrio entre o combate à prática elisiva e a manutenção da competitividade empresarial na esfera internacional.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> "Esta definição do rendimento das SECs baseia-se na premissa de que só o rendimento líquido, passivo e que apresente um elevado risco de ter sido artificialmente transferido do país da residência para o país da SEC deve ser incluído. Ao contrário, aquele que resulte de uma atividade econômica real levada a cabo na jurisdição da SEC é ativo e deverá ser excluído." DIAS, Ana Carolina. Op. cit., p. 20.

<sup>53</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 107.

<sup>54</sup> OECD - A. Op. cit., pp. 43-44.

## 2.4. Regras para calcular o lucro de uma CFC

Nesse capítulo, após determinar quais rendimentos seriam tributáveis pelas regras CFC, a OCDE aborda as regras para calcular o lucro auferido pela controlada. Para isso, a organização elenca diferentes cenários, destacando a contraindicação (i) do uso das normas de apuração do país de domicílio da entidade CFC, e (ii) da possibilidade de conferir ao contribuinte a escolha do regime a ser implantado, sob a advertência de que tais hipóteses possibilitariam a elaboração de planejamentos tributários. Afasta também o uso de *International Financial Reporting Standards* - IFRS, uma vez que, apesar de garantirem a uniformidade no uso das regras para calcular o lucro, essa opção resultaria em aumento dos gastos administrativos e de *compliance*.

Oficialmente, se recomenda, portanto, que a apuração dos lucros da CFC ocorra conforme os parâmetros normativos vigentes no país da sociedade mãe, de modo a combater mais eficientemente a erosão da base tributável, e, ao mesmo tempo, promover a contenção dos gastos de fiscalização da Administração Tributária.<sup>55</sup>

Pauta-se, ainda, orientação para a adoção de regras que limitem a compensação dos prejuízos fiscais apurados pela entidade CFC apenas aos lucros futuros auferidos pela mesma entidade ou àqueles auferidos por outras entidades CFC localizadas na mesma jurisdição, quando assim permitido pelo direito interno.<sup>56</sup>

Ian Brimicombe, vice-presidente de finanças corporativas da AstraZeneca, expressivo conglomerado farmacêutico sueco-britânico, critica a restrição completa da compensação de outros prejuízos decorrentes da CFC contra os lucros de sua controladora, entendendo que tal tratamento contraria a reciprocidade da orientação de que as perdas da controladora podem ser usadas contra o lucro atribuível da CFC. Observa-se trecho extraído da aludida crítica:

We note that it would be difficult to justify the offset of CFC losses against the profits of the parent company in the situation where those losses arise as part of arrangements to artificially divert profits from the parent. However, we consider that the rules should not prevent the offset of other losses arising to

<sup>55</sup> OECD - A. Op. cit., p. 57.

<sup>56</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 109.

a CFC against the profits of its parent company, effectively mirroring the treatment at recommendation iii) above.

iii) - The parent company's losses may be used against attributable CFC profit.<sup>57</sup>

A restrição indicada pela OCDE nesse sentido, por sua vez, objetiva a prevenção de um fenômeno de manipulação de perdas na CFC para diminuir o lucro tributável no país de origem, provocando a redução da arrecadação fiscal.

## 2.5. Regras para atribuir lucro a uma CFC

No quinto tópico, a OCDE separa as regras para atribuir lucro a uma CFC em 5 passos: (i) determinar quais contribuintes terão os lucros atribuídos a eles; (ii) estabelecer quanto do lucro deve ser atribuído a cada contribuinte; (iii) precisar o momento de inclusão dos lucros nas declarações fiscais dos contribuintes no país de origem; (iv) designar o tratamento tributário a ser atribuído ao lucro; e (v) definir qual a alíquota incidente sobre o lucro para o cálculo do imposto a ser pago.<sup>58</sup>

O lucro a ser atribuído a cada controlador se sujeitará à parcela de sua participação societária, recomendando-se que esteja vinculado ao limite mínimo de controle. Além do percentual de participação, o período de manutenção de controle societário também será considerado no cálculo da atribuição do lucro, uma vez que a atribuição da totalidade dos lucros para um acionista no encerramento do ano-calendário poderia acarretar resultados inconsistentes ou, ainda, criar oportunidades de planejamento tributário, *"motivo pelo qual os Estados podem adotar regras de alocação temporal do lucro, a depender do período de manutenção do poder de controle"*.<sup>59</sup>

Em relação aos passos (iii) e (iv), a organização faculta aos países de domicílio da controladora a determinação do momento de inclusão dos lucros nas declarações fiscais dos contribuintes de acordo com a compatibilidade de suas legislações internas e, também, o tratamento tributário a ser aplicado.

Além disso, em que pese a ratificação pela OCDE quanto à recomendação da incidência do imposto do país de origem sobre os lucros, a organização prevê a

<sup>57</sup> OECD - B. Op. cit., p. 51.

<sup>58</sup> OECD - A. Op. cit., p. 61.

<sup>59</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 110.

possibilidade da substituição da alíquota do país da investidora por uma alíquota mínima, que se denominou "*top-up tax*", com o objetivo de simplificar tal procedimento e, segundo os críticos que consideram as propostas da OCDE excessivas, como um meio de compensar o escopo alargado do regime sobre a CFC, aplicando uma taxa inferior à taxa nominal em vigor na residência.<sup>60</sup>

Entretanto, tal hipótese, além de não solucionar integralmente os problemas de competitividade derivados de uma sobreinclusão de rendimentos atribuídos à sociedade mãe, pode acarretar manipulações fiscais consequentes de planejamentos tributários, tendo em vista que a controladora poderia passar a transferir artificialmente rendimentos para a CFC, a fim de usufruir da minoração tributária oportunizada pela *top-up tax*.

Dentre as críticas formuladas no documento disponibilizado pela OCDE está a de que se fazem necessárias regras mais detalhadas em relação às implicações mecânicas e fiscais da atribuição de lucro da CFC, quando essa é mantida indiretamente através de entidades intermediárias estrangeiras. Ademais, pleitea-se a possibilidade de aplicação de incentivos fiscais previstos no país de origem aos lucros auferidos pela CFC, devendo-se considerar o trabalho desenvolvido na Ação nº 5. Nesse sentido, observa-se:

We do, however, consider that detailed rules will need to be developed to address the mechanics and tax implications of the attribution of CFC income where the CFC is held indirectly through a number of foreign intermediate entities – whether direct apportionment or deemed dividend flowing through the chain. Furthermore, we recommend that consideration be given to the ability of parent companies to apply incentive tax rates (such as the patent box) to relevant attributable CFC income, where such income would have qualified for the reduced rate had it been generated in the parent country, and therefore the reduced rate would have been ‘the rate that would apply to the parent company in the parent jurisdiction’. The interaction with the work being carried out under Action 5 should therefore be considered.<sup>61</sup>

## 2.6. Regras para evitar a dupla tributação do lucro

O último bloco proposto pela Ação nº 3 aborda as medidas para evitar a dupla tributação internacional da renda, custo tributário obstrui negociações e investimentos transfronteiriços. Visando melhor ilustrar os mecanismos de combate

<sup>60</sup> DIAS, Ana Carolina. Op. cit., p. 26.

<sup>61</sup> OECD - B. Op. cit., p. 52.

propostos, a OCDE lista 4 cenários exemplificativos de dupla tributação da renda, seguidos das respectivas recomendações para sua prevenção.

O primeiro cenário trata da situação em que o lucro da entidade CFC tributado no país de origem já tenha sido também objeto de tributação no país de domicílio da controlada, enquanto o segundo aborda a hipótese em que várias regras CFC diferentes, referentes aos elos intermediários da cadeia de participação societária, incidem sobre o mesmo rendimento. Para essas duas hipóteses, a OCDE recomenda que os países adotem o sistema de crédito tributário, permitindo o desconto dos valores no imposto de renda pago no país da controlada, bem como nos países das sociedades intermediárias, a fim de evitar a dupla tributação da renda.

No parágrafo 126 do relatório, a OCDE destaca possíveis problemas envolvendo a segunda situação acima aludida, recomendando, portanto, a elaboração de uma regra que estabeleça a hierarquia das regras CFC aplicáveis. Isso porque, há situações em que uma subsidiária é considerada uma CFC segundo as leis de várias jurisdições, pelo que qualquer uma dessas pode reclamar créditos tributários. O estabelecimento da hierarquia, portanto, deverá dar primazia à aplicação das regras sobre CFC da jurisdição mais próxima da CFC na ordem da cadeia.<sup>62</sup>

Membros do Comitê de Contabilidade e Tributação do Conselho de Comércio Exterior do Japão (*Japan Foreign Trade Council, Inc.*), contudo, criticaram a recomendação da OCDE quanto à obrigatoriedade da regra de hierarquia. Em seu comentário, defenderam que o território intermediário deveria poder conceder o crédito, no mesmo montante, a empresa controladora final, uma vez que a Ação nº 3 visa prevenir apenas a erosão da base tributável do país de origem. Veja-se:

Under the current CFC rules, there are possibilities that the same CFC income is subject to different CFC rules in more than one jurisdiction and as a result, double taxation (as the case may be, multiple taxation) may be triggered. In this regard, the proper and effective relief for such double taxation (e.g. establishment of rule hierarchy among the different CFC rules and between the CFC rules and the transfer pricing rules, in addition to foreign tax credit mechanism) should be implemented under the CFC rules in each jurisdiction, and countries should commit to introduce the same or at least similar relief provisions in its domestic tax laws.

---

<sup>62</sup> DIAS, Ana Carolina. Op. cit., p. 27.

We agree with the recommendation that the parent jurisdiction should give credit relief for foreign taxes paid in the CFC territory and foreign CFC charges paid by intermediate companies on the same CFC income. However, where there are intermediate companies we consider that the recommended rule which assigns priority CFC taxation rights to the shareholder closest to the CFC should not be compulsory; rather this intermediate territory should have the option to give credit relief for CFC charges in the ultimate parent company on the same income. This ensures that the CFC charge resides in the parent country, which aligns with the concept that BEPS should focus only on shifting from the parent jurisdiction.<sup>63</sup>

Os dois últimos cenários de dupla tributação citados pela organização, por sua vez, referem-se à hipótese em que há distribuição de dividendos pela controlada a partir de rendimentos que já tenham sido previamente atribuídos aos acionistas do país de origem e tributados pelas regras CFC, bem como ao caso em que o sócio controlador apura ganho de capital na alienação de sua participação societária na CFC, o qual é composto por lucros acumulados já tributados pelas regras CFC. Para essas duas situações, a recomendação da OCDE é que seja adotado o sistema de isenção tributária.<sup>64</sup>

## 2.7. Comentários finais sobre a Ação nº 03

Sob uma perspectiva ampla, a Ação nº 03 da OCDE pode ser sintetizada como um relatório de melhores práticas a serem adotadas por países que buscam combater a erosão de sua base tributária quanto aos lucros auferidos por empresas controladas no exterior, através do implemento de efetivas regras CFC, as quais visam à atribuição da receita da subsidiária controlada com impostos baixos à jurisdição da controladora para fins fiscais.

Segundo dados da própria organização, em meados de 2019, quase 50 países membros da OCDE e do G20 possuem regras CFC, inclusive a integralidade da União Europeia, desde o início de 2019, após a adoção da Diretiva nº 2016/1164 do Conselho da UE.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> OECD. **Comments received on public. Discussion draft - BEPS action 3: strengthening CFC rules - Part 2.** Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beeps-action-3-strengthening-cfc-rules-part2.pdf>. Acesso em 17/10/2019.

<sup>64</sup> OECD - A. Op. cit., p. 65.

<sup>65</sup> "As at mid-2019, almost 50 OECD/G20 Inclusive Framework countries have now enacted CFC rules, with EU Member States all having CFC rules in effect since the beginning of 2019 following the adoption of Council Directive (EU) 2016/1164, with a number of additional countries considering the

Tais informações, entretanto, refletem a realidade majoritária dos países desenvolvidos. Um estudo realizado esse ano (2019), que se propôs a analisar a erosão da base tributária e a transferência artificial de lucros em 19 jurisdições (Austrália, Canadá, China, Hong Kong, Índia, Indonésia, Japão, Coreia, Malásia, Holanda, Nova Zelândia, Nigéria, Filipinas, Cingapura, África do Sul, Tailândia, Reino Unido, Estados Unidos e Vietnã), verificou que 42% dos países que não implantaram as diretrizes recomendadas pela Ação nº 03 representam economias em desenvolvimento. Nesse sentido, nota-se passagem extraída do referido estudo, junto à tabela com os resultados do engajamento jurisdicional:

Interestingly, given the low number of countries which have CFC regimes in place, surveyed jurisdictional engagement with Action 3 is strong. Fifty-eight per cent of jurisdictions indicate compliance (5 jurisdictions) or proactivity (6 jurisdictions) in CFC legislation. Notably, however, this response is being driven by developed economies with the remaining 42% of jurisdictions that have not engaged with Action 3 representing developing economies.<sup>66</sup>

Action 3	Existing legislation deemed sufficient	Actions taken	Actions in progress	Concern expressed / commitment given	No action
Total	5	4	2	1	7
Developed	4	2	1	0	0
Developing	1	2	1	1	7

Essa problemática se torna mais alarmante quando se considera o contexto das operações de inversão, isto é, quando a sociedade matriz de um grupo econômico com sociedades controladas e subsidiárias no exterior é substituída no topo da cadeia de participações societárias por uma sociedade constituída no exterior, em um país sem regras de CFC, geralmente países em desenvolvimento.<sup>67</sup>

---

adoption of CFC rules for the first time." OECD. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action3/>. Acesso em 18/09/2019.

<sup>66</sup>SAQID, Kerrie. MCCREDI, Bronwyn. SAWYER, Adrian. **Jurisdictional responses to base erosion and profit shifting: a study of 19 key domestic tax systems**. E-Journal of Tax Research, vol. 16, n. 3, p. 752. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/eJTR/2019/21.pdf>. Acesso em: 18/10/2019.

<sup>67</sup> Uma das críticas feitas por Tomazela Santos à Ação nº 03 foi, justamente, a ausência de regras para combater as operações de inversão. Nota-se: "Deixando de lado as questões políticas, é de se criticar a falta de recomendações na Ação 3 relacionadas ao delineamento de regras contra as operações de inversão, que estão sendo realizadas pelos contribuintes para evitar a aplicação de regras de CFC excessivamente rigorosas e inflexíveis. A falta de regras contra as operações de inversão, combinada com a ausência de um padrão comum para a estruturação das regras de CFC, acaba atraindo as empresas multinacionais para os Estados que não possuem regras de CFC ou aqueles que seguem regras de CFC mais brandas, que alcançam apenas situações abusivas." SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 114.

### 3. A TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS NO BRASIL

Esse capítulo propõe-se à análise da evolução legislativa no Brasil quanto à tributação dos lucros auferidos por empresas controladas e coligadas<sup>68</sup> no exterior, comentando a adoção do regime da tributação em bases universais através da Lei nº 9.249/95, as alterações trazidas pela IN nº 38/1996, o julgamento do STF em relação a ADI nº 2.158-35/2001, bem como as alterações decorrentes da Lei nº 12.973/2014, sob a ótica das diretrizes propostas pela Ação nº 03 do projeto de combate ao BEPS.

#### 3.1. Histórico da legislação brasileira acerca das normas de tributação de empresas controladas e coligadas no exterior

No ordenamento brasileiro, inicialmente, vigorava o regime de tributação em bases territoriais, tanto para pessoas físicas como para jurídicas, isto é, a lei nacional tributária do IR incidia apenas sobre a renda auferida dentro do território nacional.<sup>69</sup> Conforme breve exposição histórica de Bulhões Pedreira:

---

<sup>68</sup> Para fins de delimitação conceitual, considerar-se-ão no presente trabalho as definições de controlada e coligada constantes no art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, com as alterações advindas da Lei n.º 11.941/2009). Desse modo, conforme os §§ 1º e 4º do art. 243, “coligadas são as sociedades nas quais a investidora tem influência significativa”, ou seja, “quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la”. O § 5º prevê, ainda, a hipótese de presunção de influência significativa, que ocorre quando “a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la. Já o conceito de entidade controlada é informado no § 2º do mesmo artigo, como sendo 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”. DE MIRANDA, Fabiana Francisco. **O momento da tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior**. 2015. 123 f. Tese (Mestrado em Direito Tributário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015 pp. 23-24.

Já os conceitos de filial e sucursal, que serão futuramente citados, não foram, por sua vez, definidos pela legislação societária ou civil. Recorrendo, portanto, à doutrina, encontram-se as seguintes definições de sucursal e filial atribuídas por Waldermar Ferreira.

Sucursal: "a despeito de serem ambos (estabelecimento principal e sucursal) centros da vida societária e apresentarem-se identicamente organizados, salienta-se esta (sucursal) por nota distintiva inconfundível. Ela opera subordinadamente, relativamente ao estabelecimento principal, do qual recebe ordens e diretrizes";

Filial: "caracteriza-se filial por ser estabelecimento congênere da matriz, em que se realizem as mesmas operações desta, a revelar-se, por instalação material distinta, mas sem nenhuma autonomia, por subordinada àquela, dirigida por gerente ou preposto daquela". FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil**, vol. 6. São Paulo: Saraiva, p. 1962, p. 36 e p. 40.

<sup>69</sup> O modelo de tributação em bases territoriais para as pessoas jurídicas, aliada à ausência de regras sobre preço de transferência - que só foram introduzidas em 1996, com a publicação da Lei nº

O imposto de renda brasileiro, desde sua implantação, em 1924, adotou o critério territorial para definir os sujeitos passivos do imposto, que são apenas as pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no País. Quanto à definição da renda sujeito ao imposto, a legislação também sempre adotou o critério territorial na tributação das pessoas jurídicas domiciliadas no País e das pessoas físicas e jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior; apenas para as pessoas físicas residentes no País passou – a partir de 1939 – a adotar o critério político. As primeiras leis sobre o imposto (nº 4.625, de 1922, e 4.783, de 1923) e o RIR de 1924 adotavam o critério da territorialidade para todas as hipóteses de incidência, definindo como tributáveis apenas os rendimentos produzidos no País (RIR/24, arts. 1º, 15, 20, a, e 59). A expressão “atividades exercidas no País” foi introduzida pela Lei nº 4.984, de 31 de dezembro de 1925 (art. 18), e a expressão “rendimento derivado de fontes nacionais” surgiu em nossa legislação no art. 38 do RIR, de 1926 (Decreto nº 17.389), ao disciplinar a tributação dos rendimentos de atividades exercidas parcialmente no País.<sup>70</sup>

Em 1939, foi estabelecido o regime de tributação em bases universais<sup>71</sup> para pessoas físicas através do Decreto-Lei nº 1.168/1939, sendo o mesmo tratamento atribuído para pessoas jurídicas apenas em 1995, com a promulgação da Lei nº 9.249/1995, que aboliu a aplicação do princípio da territorialidade na arrecadação do IR para as pessoas jurídicas.<sup>72</sup>

O artigo 25, §§ 2º e 3º da referida Lei nº 9.249/1995 foi responsável por instituir, então, o princípio da universalidade na tributação dos lucros, ganhos de capital e rendimentos auferidos por empresas controladas e coligadas no exterior, os quais eram tributados automaticamente em 31 de dezembro de cada ano na apuração do lucro real, mediante adição dos resultados auferidos no exterior aos lucros apurados no Brasil.<sup>73</sup>

Em outras palavras, adotou-se a presunção da distribuição dos lucros auferidos pelas empresas controladas e coligadas no exterior, antes da distribuição dos dividendos no território nacional, consagrando um regime de “antidiferimento”

---

9.430/1996 - facilitava profundamente a prática de condutas elisivas no Brasil. LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. Op. cit., 471.

<sup>70</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 1989, p. 686.

<sup>71</sup> O princípio da universalidade, por sua vez, implica que “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. Esse princípio está principalmente conectado ao princípio da nacionalidade e da residência.” LANG, Michael; PISTONE, Pasquale. **Tax treaties: building bridges between law and economics**. IBFD, 2010, pp. 311-312, apud LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. Op. cit., 471.

<sup>72</sup> ROSENBLATT, Paulo; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. **Regime de transparência fiscal na tributação dos lucros auferidos no exterior (CFC rules): lacunas e conflitos no direito brasileiro**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 2, p. 454, 2017.

<sup>73</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., 438.

bastante abrangente. Apesar de tal modificação se distanciar das diretrizes internacionais, acreditava-se, na época, que o Brasil estava se alinhando à sistemática internacional de transparência fiscal.<sup>74</sup> Nota-se, nesse sentido, comentários realizados pela equipe da Receita Federal:

A Lei nº 9.249/95 supriu uma das grandes lacunas existentes na legislação brasileira até aquele momento e instituiu o regime de tributação mundial da renda, iniciando o processo de adequação do imposto de renda brasileiro ao aumento e à diversificação das transações entre residentes e não-residentes. Dessa forma, a lei determinou que os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior fossem computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas, sendo que a empresa tem o direito de compensar o imposto pago, no exterior, sobre seus resultados até o limite do imposto de renda incidente no Brasil. Isto é, o Brasil passou a tributar suas empresas, inclusive filiais, sucursais e controladas, pelos seus lucros mundialmente computados, alinhando-se à maioria dos sistemas tributários internacionais.<sup>75</sup>

Entretanto, a sistemática de presunção da distribuição dos lucros auferidos pelas empresas controladas e coligadas no exterior para fins de tributação automática dos seus rendimentos foi mitigada em 1996, através da publicação da IN nº 38/1996, que reconheceu, implicitamente, a incompatibilidade da redação do aludido art. 25 com o art. 43 do CTN<sup>76</sup>, e, assim, postergou a tributação das CFCs para o momento da efetiva disponibilização do lucro, através do pagamento dos dividendos ou do recebimento de crédito pelo sócio no Brasil.<sup>77</sup>

A publicação da IN nº 38/1996, portanto, decorreu da contradição normativa entre a tributação dos lucros da empresa estrangeira pelo regime de competência<sup>78</sup>,

<sup>74</sup> PEREIRA, Roberto Cordoniz Leite. **O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos**. 2012. 257 f. Tese (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2012, p. 75.

<sup>75</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal. **Tributação da renda no Brasil pós-real**. Brasília: Ministério da Fazenda, 2001, p. 87.

<sup>76</sup> Redação antiga:

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

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

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

<sup>77</sup> Nas palavras de Sacha Calmon: "O lucro tributável é o acréscimo patrimonial do sócio, disponível em função de sua participação societária -ou, em outras palavras, o acréscimo em cada exercício social, do patrimônio líquido da sociedade, além do capital social." CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 435.

<sup>78</sup> No regime de competência, método de registro de lançamentos contábeis, 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. O

instituído pelos parágrafos 2º e 3º do art. 25 da referida Lei e o conceito de disponibilidade de renda previsto pelo art. 43 do CTN. Destaca-se, nesse sentido, leitura constitucional do CTN quanto à tributação da renda por Modesto Carvalhosa:

Somente é tributável o acréscimo patrimonial quando ele é efetivamente verificável ou disponível pelo seu titular. Exclui-se, dessa forma, a simples valorização do patrimônio como fato gerador do tributo, já que esta simples valorização nominal de um determinado patrimônio poderia desaparecer em momentos sucessivos pela desvalorização desse mesmo patrimônio, donde impossível mensurar o acréscimo patrimonial, já que ele não se efetivou e não pode estar disponível pelo seu titular.<sup>79</sup>

Por essa razão, em 10 de dezembro de 1997, promulgou-se a Lei nº 9.532/1997<sup>80</sup> (posteriormente alterada pela Lei nº 9.559/2000), que, em seu art. 1º, ratificou a alteração estabelecida pela IN nº 38/1996, instituindo a tributação dos lucros auferidos pelas entidades CFC pelo regime de caixa.<sup>81</sup> Assim, a tributação do IR sobre os lucros obtidos no exterior passou a ocorrer apenas quando esses eram disponibilizados para a controladora nacional por meio do efetivo pagamento de dividendos, e não mais por mera presunção decorrente da apuração realizada pela controlada ou coligada estrangeira.

Contudo, com a alteração legislativa, a situação que se buscou combater com a edição da Lei nº 9.249/1995 ressurgiu. Isso porque, a alteração do fato gerador do IR sobre os rendimentos auferidos pela CFC para o momento de distribuição dos dividendos voltou a permitir a prática de condutas elisivas, como o diferimento da distribuição dos lucros para a controladora com a finalidade de evitar a arrecadação fiscal, o que poderia, inclusive, ocorrer *ad aeternum*.

---

art. 177 da Lei nº 6.404/76 estabelece o regime de competência como o regime contábil oficial para a escrituração contábil das empresas brasileiras.

<sup>79</sup> CARVALHOSA, Modesto. Imposto de renda. Conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional. In: **Revista de direito público**. São Paulo. n. 1, p. 193, jul./set, 1967.

<sup>80</sup> Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

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

- a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados;
- b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.

<sup>81</sup> Regime de caixa é o regime contábil que apropria as receitas e despesas no período de seu recebimento ou pagamento, respectivamente, independentemente do momento em que são realizadas. A regra geral é a de que a despesa só é considerada despesa incorrida quando é paga, e a receita ganha quando é recebida, independente do momento em que foram realizadas.

Visando eliminar o debate quanto à legalidade da Lei nº 9.249/1995 no tocante ao momento de disponibilidade da renda previsto pelo CTN, foi publicada a Lei Complementar nº 104, em 10 de janeiro de 2001, responsável pela inclusão do § 2º ao art. 43 do CTN, que delegou à legislação o estabelecimento das condições e do momento de disponibilidade dos rendimentos auferidos no exterior para fins de tributação do IR.<sup>82</sup>

A abertura legislativa cedida pela Lei Complementar à Lei Ordinária no que se refere à definição do momento de disponibilização dos lucros para sua tributação despertou insegurança, acreditando-se tratar de uma regressão à Lei nº 9.249/1995.<sup>83</sup>

Por efeito da autorização legal conferida pela LC nº 104/2001, foi editada, no mesmo ano, a Medida Provisória nº 2.158-35/2001, cujo art. 74 retomou a sistemática do art. 25 da Lei nº 9.249/1995, instituindo que, na data do encerramento do balanço, os lucros auferidos pelas controladas e coligadas no exterior seriam considerados disponíveis ao acionista ou sócio quotista residente no Brasil, independentemente de sua efetiva distribuição, pagamento ou crédito, e incluídos na base de cálculo do IR e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.<sup>84</sup>

A IN nº 213/2002 foi, então, responsável por regulamentar o regime da tributação automática. As determinações estipuladas pela referida IN foram distintamente concatenadas por Alberto Xavier, quais sejam:

---

<sup>82</sup> Redação atual:

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

(...)

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 2º 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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

<sup>83</sup> ROSENBLATT, Paulo; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Op. cit., p. 455.

<sup>84</sup> Redação antiga (texto revogado posteriormente pela Lei nº 12.973/2014):

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.

(i) os lucros de controlada ou coligada no exterior devem ser adicionados ao lucro líquido da pessoa jurídica no Brasil proporcionalmente à sua participação no capital social (art. 1º, § 4º);

(ii) para tanto, estabelece a regulamentação que a contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior, avaliado pelo método da equivalência patrimonial, será registrada para efeitos de apuração do lucro da pessoa jurídica no Brasil (art. 7º);

(iii) os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no balanço da controlada ou coligada para efeito de determinação do IRPJ e da CSLL da beneficiária no Brasil (tributação de controladas indiretas; art. 1º, § 6º) (princípio da consolidação vertical);

(iv) os lucros oferecidos devem ser considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem (art. 1º, §7º);

(v) os prejuízos de filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, apurados segundo as normas do seu país de domicílio, não podem ser compensados com os lucros auferidos pela pessoa jurídica no Brasil, mas somente poderão ser compensados com os lucros da mesma controlada ou coligada que os apurou;

(vi) as demonstrações financeiras das filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, serão elaboradas segundo as normas da legislação comercial do país de seu domicílio (art. 6º), ou brasileira se não dispuser de sistema contábil próprio (art. 5º), sendo que, no primeiro caso as contas e subcontas, depois de traduzidas e convertidas para Reais, deverão ser classificadas segundo as normas da legislação comercial brasileira, nas demonstrações financeiras elaboradas para serem utilizadas na determinação do IRPJ e da CSLL;

(vii) o imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, inclusive os tributos pagos correspondentes a lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos por meio de outras pessoas jurídicas nas quais tenha participação societária e consolidados na controlada ou coligada, poderão ser compensados com o IRPJ e a CSLL devidos no Brasil, proporcionalmente aos lucros que houverem sido computados na determinação desses tributos (art. 14).<sup>85</sup>

Destaca-se, ainda, quanto ao ponto (iv) acima citado, em relação ao regime das demonstrações financeiras, que a data base a ser considerada para a conversão do câmbio utilizado na apuração dos lucros, realizada conforme as leis do país do domicílio da sociedade no exterior, será a data do balanço final da apuração da investida, e não a data do balanço levantado a cada 31 de dezembro no Brasil. condizente com o art. 143 CTN, uma vez que estaria ocorrido, por presunção, do fato gerador do IR. Tal entendimento seria condizente com o art. 143 do CTN, uma

---

<sup>85</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., pp. 439 - 440.

vez que, segundo a lei, a data da demonstração financeira no país de domicílio representa, por presunção, a ocorrência do fato gerador jurídico tributário do IR.<sup>86</sup>

À época, a Medida Provisória nº 2.158-35/2001 foi alvo de duras críticas, uma vez que abrangia todas as sociedades controladas e coligadas no exterior, sem fazer quaisquer ressalvas quanto (i) ao local de residência das investidas, (ii) a existência ou não controle societário; (iii) a existência ou não de propósito comercial legítimo; (iv) a existência ou não de distribuição regular de dividendos em percentual aceitável prescrito em lei<sup>87</sup>, de modo que Heleno Taveira Tôres, em sua lições, sequer as considerava regras CFC:

Algo, porém, merece registro: art. 74, da MP nº 2.158-34/01 não tem qualquer relação com o regime do chamado CFC – *legislation*, porquanto seu objetivo não é precipuamente a adoção de medida antielusiva ou o controle de países com tributação favorecida. Trata-se, sim, de regra de lucros auferidos no exterior por IRPJ ou CSLL, independentemente de qualquer “teste” quanto à localização, ao controle, ao tipo societário ou à distribuição dos lucros.<sup>88</sup>

Levantaram-se, portanto, inúmeros debates acerca de sua constitucionalidade, em relação ao momento da disponibilidade da receita ou rendimento auferido no exterior, afirmando-se que a mera expectativa da disponibilidade da renda para fins de tributação automática dos lucros sem sua devida distribuição afrontaria a redação original do art. 43 do CTN.

Embasada nesses argumentos, e objetivando a declaração de inconstitucionalidade do aludido art. 74, caput e parágrafo único da MP, bem como da redação conferida pela LC nº 104/2001 ao art. 43, § 2º do CTN, a Confederação Nacional da Indústria - CNI ajuizou, em 21/12/2001, a ADI nº 2.588/2001 perante o Supremo Tribunal Federal - STF, amparando-se na fundamentação constitucional dos arts. (i) 62, devido à ausência de urgência e relevância para a edição da MP; (ii) 146, III, por ofender a competência privativa da Lei Complementar em relação à definição do fato gerador do IR; (iii) art. 150, III, alíneas “a” e “b”, pois a norma teria implicado a tributação de lucros acumulados relativos a períodos anteriores à edição

<sup>86</sup> TÔRES, Heleno Taveira. Tributação de controladas e coligadas no exterior e seus desafios concretos. In: TÔRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. vol. vi. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 408-409.

<sup>87</sup> OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de. **Ação direta de inconstitucionalidade e análise de um caso prático**. In: OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de (Coord.). **Direito tributário e gestão corporativa**. Recife: CEPE, 2019, p. 61.

<sup>88</sup> TÔRES, Heleno Taveira. Op. cit., p. 401.

e também de lucros do mesmo exercício financeiro, ofendendo, assim as regras da irretroatividade e anterioridade tributárias; (iv) art. 153, III, uma vez que a tributação incide sobre lucros fictamente distribuídos<sup>89</sup>; (v) art. 195, I, alínea c, ante à exigência de imposto e contribuição sobre situação que não configura renda ou lucro.<sup>90</sup>

Discutia-se, ainda, a violação ao princípio da capacidade contributiva, previsto pelo art. 145, § 1º da CF, em relação à capacidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*), posto que o contribuinte é obrigado a antecipar o pagamento de IRPJ e CSLL, a despeito da ausência de distribuição da renda, isto é, a tributação por presunção prescinde da disponibilização financeira do caixa e mesmo jurídica do direito de crédito, obrigando o contribuinte a recolher tributos sem que esse disponha da posse jurídica ou econômica da renda que ensejou a incidência do fato gerador.<sup>91</sup>

### 3.2. Julgamento da ADI 2.158-35/2001

O julgamento da ADI 2.158/2001, cuja relatoria foi atribuída originariamente à Ministra Ellen Gracie e, em momento posterior, passou ao Ministro Joaquim Barbosa, se prolongou por 12 anos, sendo encerrado apenas em 10 de abril de 2013. No decorrer do julgamento, os 9 Ministros proferiram votos divergentes, que sistematizaram quatro diferentes vertentes.

A primeira, representada pelo voto único da Ministra Ellen Gracie, defendeu a parcial procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade apenas em relação à tributação automática dos lucros auferidos pelas sociedades coligadas. Em seu entendimento, no caso das sociedades controladas, por estarem submetidas ao poder de controle acionário do contribuinte residente, haveria a disponibilização automática dos lucros, de modo que, nesta hipótese, votou pela constitucionalidade do regime instituído pelo art. 74 da MP.

---

<sup>89</sup> ROSENBLATT, Paulo; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Op. cit., p. 456.

<sup>90</sup> STF. Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) – 2588. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2588&processo=2588>. Acesso em 26/12/2019.

<sup>91</sup> SILVEIRA, Rodrigo Maito da; MORAES e CASTRO; Leonardo Freitas de. A regra CFC brasileira e o posicionamento do CARF e do STF. In: BRITTO, Demes; CASEIRO, Marcos Paulo Leme Brisola. **Direito tributário internacional: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 197.

Nesse sentido, decidiu, portanto, pela inconstitucionalidade do termo “coligada” no caput do referido artigo, sob a justificativa de que o sócio residente, na hipótese da sociedade coligada no exterior, não dispõe de controle acionário, de modo que não se poderia presumir a disponibilidade de renda na apuração dos lucros pela sociedade estrangeira.<sup>92</sup>

A segunda vertente, por sua vez, a qual aderiram os Ministros Nelson Jobin, Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso, considerou a constitucionalidade dos dispositivos abordados, votando pela total improcedência da ADI, segundo entendimento de que o controle e a coligação conferem o acréscimo patrimonial imediato e disponível no patrimônio do sócio residente, de modo que o art. 74 da MP foi responsável apenas por alterar a aplicação do regime de caixa para o regime de competência em relação ao momento de tributação.<sup>93</sup>

Ademais, defenderam a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (MEP)<sup>94</sup> na apuração dos resultados auferidos pelas sociedades controladas e coligadas no exterior, uma vez que “*tal método determina o investimento de cada sócio, analisando a participação de cada um no capital social da empresa situada no exterior, dando relevância exclusiva ao acréscimo patrimonial*”.<sup>95</sup> O Ministro Carlos Ayres Britto destacou ainda, o dever de respeito aos tratados internacionais tributários firmados pelo Brasil, objetivando-se evitar a dupla tributação.<sup>96</sup>

Já a terceira corrente, apoiada pelos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, e Celso de Melo, votou pela procedência total da ação, a fim de considerar a tributação automática dos lucros auferidos por ambas as sociedades, controladas e as coligadas, nos termos do art. 74 da MP, totalmente inconstitucional, ante à inexistência de acréscimo patrimonial para o sócio residente.

---

<sup>92</sup> OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de. Op. cit., p. 66.

<sup>93</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 442.

<sup>94</sup> Segundo pronunciamento do Comitê de Pronunciamentos Contábeis: “Método da equivalência patrimonial é o método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo e, a partir daí, é ajustado para refletir a alteração pós-aquisição na participação do investidor sobre os ativos líquidos da investida. As receitas ou as despesas do investidor incluem sua participação nos lucros ou prejuízos da investida, e os outros resultados abrangentes do investidor incluem a sua participação em outros resultados abrangentes da investida”. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. **Pronunciamento técnico CPC 18 (R2): Investimento em coligada, em controlada e em empreendimento controlado em conjunto**. Disponível em: [http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/263\\_CPC\\_18\\_\(R2\)\\_final.pdf](http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/263_CPC_18_(R2)_final.pdf). Acesso em 26/10/2019.

<sup>95</sup> ROSENBLATT, Paulo; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Op. cit., p. 457.

<sup>96</sup> Ibid., p. 497.

O Ministro Ricardo Lewandowski destacou que, a despeito do ínclito empenho apresentado pela norma no combate à elisão fiscal, o regime instituído pelo art. 74 era demasiadamente abrangente.<sup>97</sup>

O voto final, sustentado pelo Ministro Joaquim Barbosa, concluiu pela constitucionalidade parcial da ADI, de modo a limitar a aplicação do art. 74 à tributação automática das investidoras no Brasil, cujas sociedades controladas e coligadas no exterior estejam localizadas em países de tributação favorecida. Apesar de entender pela não disponibilização dos lucros das investidas para o sócio residente no Brasil, razão pela qual negava a existência de mecanismos oportunizados pelo poder de controle e rejeitava a aplicação do MEP, como formas legítimas para amparar a incidência tributária, entendia ser constitucional a aplicação da tributação automática nos casos de investidas localizadas em paraísos fiscais, com o propósito de combater práticas de elisão e evasão fiscal.<sup>98</sup>

A votação dos Ministros nas quatro aludidas vertentes pode, portanto, ser assim sintetizada:

Inconstitucionalidade parcial do art. 74 quanto à tributação das controladas	Constitucionalidade total do art. 74 em relação à tributação das coligadas e controladas	Inconstitucionalidade total do art. 74 em relação à tributação das coligadas e controladas	Constitucionalidade parcial do art. 74 quanto à tributação das coligadas e controladas situadas em países com tributação favorecida
1 voto	4 votos	4 votos	1 voto

Após profusas discussões, o julgamento final da ADI nº 2.588/2001 resultou na declaração com efeito vinculante e *erga omnes* (i) da inconstitucionalidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 em relação à tributação das empresas coligadas no Brasil, por meio de suas coligadas no exterior, não localizadas em países com tributação favorecida; (ii) da constitucionalidade da tributação automática do lucro em relação às empresas controladoras no Brasil, através de suas empresas controladas no exterior, localizada em países com tributação favorecida; e (iii) da

<sup>97</sup> Ibid., p. 497.

<sup>98</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 442.

inconstitucionalidade da previsão retroativa disposta no parágrafo único do art. 74 tanto para controladas como para as coligadas, localizadas ou não em países com tributação favorecida.<sup>99</sup>

Entretanto, não alcançaram quórum constitucional as questões referentes (i) à tributação do lucro das empresas coligadas no Brasil, por meio de suas coligadas no exterior, localizadas em países com tributação favorecida; e (ii) à tributação do lucro referente às empresas controladoras no Brasil, por meio de suas controladas no exterior, não localizadas em países com tributação favorecida.<sup>100</sup>

Seguindo-se do julgamento da ADI nº 2.158-35/2001, foi publicada a MP nº 627/2013, que veio a ser convertida, em 13 de maio de 2014, na Lei nº 12.973/2014, responsável pela revogação do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 e estabelecimento de um novo regime de tributação em bases universais para as pessoas jurídicas.

### **3.3. Inovações decorrentes da Lei nº 12.973/2014**

A Lei nº 12.973/2014, entre seus artigos 76 e 92, instituiu um regime inovador, formulado a partir das diretrizes fixadas pelo STF em sede de julgamento da ADI nº 2.158-35, dentre as quais se destaca o estabelecimento de sistemáticas distintas para as sociedades controladas e coligadas, sujeitando-se as primeiras à tributação automática dos lucros das controladas diretas e indiretas, e, as segundas, à tributação quando há a disponibilização efetiva dos lucros, desde que cumpridos determinados requisitos legais.

Segundo Alberto Xavier, a nova lei ultrapassou os parâmetros do regime de transparência fiscal, antes posto pela Lei nº 9.249/1995, buscando, precipuamente (i) evitar que prejuízos incorridos por investidas no exterior, direta ou indiretamente, viessem a erodir a base tributária da investidora nacional; e (ii) obstar tecnicamente a constituição de entidades domiciliadas em países signatários de tratados contra a dupla tributação contendo cláusulas proibitivas ou limitativas das pretensões fiscais brasileiras, na hipótese em que o Brasil figura como *parent jurisdiction*.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de. Op. cit., p. 69.

<sup>100</sup> Ibid., p. 69.

<sup>101</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 445.

Ramon Tomazela Santos, por sua vez, discorda quanto à pretensão da lei brasileira, afirmando que seu objetivo não seria evitar a erosão das bases tributáveis das investidoras, mas sim garantir o aumento da arrecadação fiscal por parte do governo nacional, em detrimento da competitividade das empresas brasileiras no mercado internacional, afastando-se da proposta do projeto de combate ao BEPS.<sup>102</sup>

Esse capítulo se propõe, assim, a analisar a redação de determinados artigos da nova lei, tecendo alguns comentários sob a ótica das orientações previamente traçadas pela Ação nº 3 da OCDE.

Desse modo, iniciando a apreciação apontada com as regras de tributação das controladas, verifica-se que a redação do art. 76<sup>103</sup> estipulou, para a controladora brasileira, a aplicação de uma regra de contabilização dos resultados tanto das controladas diretas como das indiretas através do MEP em subconta da conta investimento da controladora.<sup>104</sup>

A grande inovação da nova legislação foi, propriamente, a tributação individualizada das controladas indiretas, denominada por alguns doutrinadores de "tributação *per saltum*", uma vez que a legislação anterior previa apenas a tributação individualizada quanto às controladas e coligadas diretas.

---

<sup>102</sup> "Esse (os limites para a aplicação das regras CFC) é um dos blocos de construção que mais se distancia do regime brasileiro de tributação em bases universais, pois a Lei nº 12.973/2014 não está preocupada em evitar a erosão de bases tributáveis e a transferência artificial de lucros, mas, sim, em aumentar a arrecadação fiscal do governo brasileiro, em detrimento da competitividade internacional das pessoas jurídicas brasileiras que atuam no exterior". SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 106.

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. Op. cit., p. 473.

O art. 77 foi responsável por instituir a regra de tributação dos lucros das sociedades controladas.<sup>105</sup> A despeito de tal dispositivo fazer referência à tributação sobre a parcela do ajuste do valor do investimento, em oposição aos "valores relativos ao resultado positivo de equivalência patrimonial", previsto anteriormente pela IN nº 213/2012, segundo Sérgio André Rocha, "*por mais que se fale em tributação da "parcela do ajuste do valor do investimento", deixou-se claro que tal parcela será "equivalente aos lucros". Em outras palavras, o que se segue tributando são os lucros*".<sup>106</sup>

Alberto Xavier, por sua vez, destaca que, haja vista a tributação também dos lucros auferidos pelas controladas indiretas diretamente nas controladoras nacionais, a parcela de ajuste do valor de investimento não se refere à figura da equivalência patrimonial, posto que não reflete o lucro do sócio, mas, sim, o lucro de terceiro, que não mantém relações societárias com a controladora brasileira.<sup>107</sup>

Apesar disso, Sérgio André Rocha, em sua obra "*Brazil's International Tax Policy*", na qual destrincha os 6 blocos de construção da Ação nº 03, ao comentar, conjuntamente, a correspondente adequação ou inadequação da legislação brasileira no tema, afirma que a adoção *do full-inclusion system* pelo ordenamento pátrio, apesar de provocar desvantagens na competitividade internacional das empresas multinacionais brasileiras, não implica na violação das diretrizes propostas pelo projeto BEPS, uma vez que a própria OCDE prevê tal possibilidade.

Brazil's system is what the report refers to as a "full-inclusion system". Since the OECD is concerned with preventing base erosion and profit shifting, it follows that it would not oppose systems such as Brazil's.

<sup>105</sup> Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76.

§ 1º A parcela do ajuste de que trata o caput compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior.

§ 2º O prejuízo acumulado da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior referente aos anos-calendário anteriores à produção de efeitos desta Lei poderá ser compensado com os lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB.

(...)  
<sup>106</sup> ROCHA, Sérgio André. **Tributação dos lucros auferidos no exterior: Lei nº 12.973/2014**. São Paulo: Dialética, 2014, pp. 90-91.

<sup>107</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., 449.

The only point raised by the OECD is that, from a tax policy perspective, a "full inclusion system" might put the country that adopts it, as well as its MNEs (multinational enterprises), at a competitive disadvantage in the international marketplace. However, this issue should be dealt domestically by the countries, as there is no incompatibility between the "full-inclusions system" and the BEPS Project's Action 3 Report.

Therefore, the Report seems to validate the interpretation that the Brazilian regime of taxation on profits earned by controlled foreign companies has, in fact, the characteristics of a type of "CFC rules".<sup>108</sup>

Comentários mais receosos foram, entretanto, realizados por Tomazela Santos, que, apesar de reconhecer que a adoção de um sistema de inclusão total *per se* não resulta em um corolário descumprimento das orientações do bloco "*Definition of CFC income*", frisou que isso tampouco significa que o regime nacional seja adequado para os padrões da OCDE, sendo necessário analisar paralelamente a conformidade com os demais critérios da Ação nº 03.

É importante esclarecer que, embora a OCDE mencione a possibilidade de adoção de regras de CFC baseadas em um sistema de inclusão total, as recomendações apresentadas nos 6 blocos de construção da Ação 3 são direcionadas a um sistema de inclusão parcial, que busque alcançar um equilíbrio entre a preservação das bases tributáveis e a competitividade das empresas no mercado internacional.

Além disso, note-se que o sistema de inclusão diz respeito apenas à atribuição do valor total do lucro auferido pela entidade no exterior à sociedade controladora, o que não afasta a necessidade de observância dos demais critérios previstos na Ação 3 do Projeto BEPS para a identificação das entidades CFC e dos países de baixa tributação Assim, o reconhecimento da possibilidade de adoção de um sistema de inclusão total não significa, necessariamente, que a OCDE aprova o regime brasileiro de tributação em bases universais.<sup>109</sup>

A Lei nº 12.973/2014, quanto à regulamentação das sociedades controladas, reproduziu a sistemática instituída pelo revogado art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, de tributação automática dos lucros apurados no balanço contábil das empresas controladas no exterior<sup>110</sup>, na proporção da participação da controladora nacional ou a coligada a ela equiparada, nos termos do inciso II, parágrafo único, do art. 83, da Lei nº 12.973/14.<sup>111</sup>

<sup>108</sup> ROCHA, Sérgio André. **Brazil's international tax policy**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 228.

<sup>109</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 108.

<sup>110</sup> Apesar da nova lei não abordar o momento da disponibilização dos lucros, antes definido pelo art. 74 da MP 2.158-35, essa leitura é dada pelo art. 8º da IN nº 1.520/2014.

<sup>111</sup> Art. 83. Para fins do disposto nesta Lei, equipara-se à condição de controladora a pessoa jurídica domiciliada no Brasil que detenha participação em coligada no exterior e que, em conjunto com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil ou no exterior, consideradas a ela vinculadas, possua mais de 50% (cinquenta por cento) do capital votante da coligada no exterior.

Tal previsão do art. 83, portanto, vincula a caracterização da controlada ao conceito de controle jurídico, onde a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe garantem, permanentemente, preponderância nas deliberações sociais e poder de eleger a maioria dos administradores da controlada. Nessa perspectiva, durante a análise do tópico *"Rules for Defining a CFC"*, Sérgio André Rocha declarou que *"The Report provides forms of joint-control - similar to cases where affiliated companies are considered to be "acting-in-concert", as provided for Article 83 of Law No. 12,973 of 2014 (...)"*.

A regra do art. 83, representa, assim, uma regra antifragmentação do poder de controle, fundamentada no vínculo existente entre os investidores. Segundo as lições de Ramon Tomazela:

Embora a Lei nº 12.973/2014 não contenha regras suplementares relativas à caracterização dos chamados "poder de controle econômico" e "controle de fato", cabe mencionar que o artigo 83 da Lei nº 12.973/2014 prevê uma regra antifragmentação do poder de controle, que se aproxima das regras propostas pela OCDE para o controle exercido de forma conjunta por acionistas minoritários que sejam considerados partes relacionadas.<sup>112</sup>

Retomando a análise do aludido art. 77, nota-se que seu parágrafo 2º restringiu, ainda, a possibilidade de compensar os prejuízos acumulados pela controlada no exterior, referentes aos anos-calendário anteriores à produção de

---

Parágrafo único. Para efeitos do disposto no caput, será considerada vinculada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil:

I - a pessoa física ou jurídica cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora, direta ou indireta, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 ;

II - a pessoa jurídica que seja caracterizada como sua controlada, direta ou indireta, ou coligada, na forma definida nos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

III - a pessoa jurídica quando esta e a empresa domiciliada no Brasil estiverem sob controle societário ou administrativo comum ou quando pelo menos 10% (dez por cento) do capital social de cada uma pertencer a uma mesma pessoa física ou jurídica;

IV - a pessoa física ou jurídica que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

V - a pessoa física que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus conselheiros, administradores, sócios ou acionista controlador em participação direta ou indireta; e

VI - a pessoa jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal privilegiado, conforme dispõem os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, desde que não comprove que seus controladores não estejam enquadrados nos incisos I a V.

<sup>112</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 108.

efeitos da Lei nº 12.973/2014, com apenas os lucros auferidos pela mesma entidade CFC.

Essa restrição quanto à compensação dos prejuízos apurados pelas controladoras no exterior, isto é, a desconsideração do conjunto de elementos positivos e negativos, como se compartimentos herméticos fossem, já era reprovada pelos doutrinadores desde a legislação anterior. Nota-se:

"Desse modo, a legislação tributária vigente adotou o critério da universalidade de modo parcial, de modo que adotou determinou o cômputo nos resultados da controladora dos lucros auferidos pelas controladas no exterior e tratou os prejuízos escriturados pelas controladas no exterior como uma realidade à parte".<sup>113</sup>

Nas palavras de Bruno Fajersztajn, a opção nacional por um sistema que adota o princípio da universalidade para a tributação da renda e o princípio da territorialidade para a compensação do prejuízo não encontra fundamento na Constituição Federal.<sup>114</sup>

Em inovação trazida pelo art. 78<sup>115</sup>, superou-se o limite temporal apresentado pela MP nº 627/2013 quanto à possibilidade de consolidação dos lucros auferidos

<sup>113</sup> BECHARA, Carlos Henrique Trajan; NETO, Emir Nunes de Oliveira. Vedação à compensação de prejuízos apurados por controladas localizadas no exterior - inconstitucionalidades e ilegalidades. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Op. cit., p. 719.

<sup>114</sup> FAJERSZTAJN, Bruno. Dedução de prejuízos e perdas apurados no exterior. Diferentes perspectivas, uma conclusão: invalidade do art. 25, parágrafo 5º da Lei n. 9.249. In: SAUNDERS, Ana Paula Saunders (Coord.). **Estudos de tributação internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 259-281.

<sup>115</sup> Art. 78. Até o ano-calendário de 2022, as parcelas de que trata o art. 77 poderão ser consideradas de forma consolidada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora no Brasil, excepcionadas as parcelas referentes às pessoas jurídicas investidas que se encontrem em pelo menos uma das seguintes situações:

I - estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários;

II - estejam localizadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ou estejam submetidas a regime de tributação definido no inciso III do caput do art. 84 da presente Lei;

III - sejam controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso II do caput ; ou

IV - tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total, nos termos definidos no art. 84.

§ 1º A consolidação prevista neste artigo deverá conter a demonstração individualizada em subcontas prevista no art. 76 e a demonstração das rendas ativas e passivas na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

§ 2º O resultado positivo da consolidação prevista no caput deverá ser adicionado ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pelas empresas domiciliadas no exterior para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil.

pelas controladas no exterior na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora nacional, até o ano-calendário de 2022.

Dessa forma, permite-se a compensação dos prejuízos com os lucros das controladas diretas e indiretas a serem tributados no Brasil, acarretando um modelo de horizontalização, pelo qual as sociedades intermediárias na cadeia vertical de controle passam a assumir, em relação à controladora brasileira, posição idêntica, como denominado "empresas irmãs".<sup>116</sup> O artigo obsta, contudo, a consolidação para as pessoas jurídicas que:

(i) estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários; ou

(ii) estejam localizadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado, ou estejam submetidas a regime de subtributação - aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior a alíquota nominal inferior a 20%; ou

(iii) sejam controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso II do caput; ou

(iv) tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total, consideradas como aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas decorrentes de: a) royalties; b) juros; c) dividendos; d) participações societárias; e) aluguéis; f) ganhos de capital, salvo na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de 2 anos; g) aplicações financeiras; e h) intermediação financeira.<sup>117</sup>

---

§ 3º No caso de resultado negativo da consolidação prevista no caput, a controladora domiciliada no Brasil deverá informar à RFB as parcelas negativas utilizadas na consolidação, no momento da apuração, na forma e prazo por ela estabelecidos.

§ 4º Após os ajustes decorrentes das parcelas negativas de que trata o § 3º, nos prejuízos acumulados, o saldo remanescente de prejuízo de cada pessoa jurídica poderá ser utilizado na compensação com lucros futuros das mesmas pessoas jurídicas no exterior que lhes deram origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela RFB.

§ 5º O prejuízo auferido no exterior por controlada de que tratam os §§ 3º, 4º e 5º do art. 77 não poderá ser utilizado na consolidação a que se refere este artigo.

§ 6º A opção pela consolidação de que trata este artigo é irretratável para o ano-calendário correspondente.

§ 7º Na ausência da condição do inciso I do caput, a consolidação será admitida se a controladora no Brasil disponibilizar a contabilidade societária em meio digital e a documentação de suporte da escrituração, na forma e prazo a ser estabelecido pela RFB, mantidas as demais condições.

<sup>116</sup> FERRARI, Bruna Camargo. Op. cit., p. 226.

<sup>117</sup> "Ressalta-se que os critérios estipulados pelo art. 78 não são para definir os critérios de tributação das controladas diretas e indiretas, mas sim a possibilidade da consolidação - limitada no tempo - dos lucros ou prejuízos destas com lucros ou prejuízos da controlada brasileira. Ou seja, mais uma vez o Brasil não seguiu os parâmetros internacionais das regras CFC que estipulam critérios como estes para fins de definição de tributação da controlada estrangeira." LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. Op. cit., pp. 474-475.

Anteriormente, segundo redação do art. 1º, §5º, da IN RFB nº 213/02295, o regime de consolidação horizontal era vedado às controladas e coligadas diretas. Conforme ensinamentos de Alberto Xavier:

Anteriormente à Lei nº 12.973/2014, a tributação individualizada apenas vigorava quanto às coligadas e controladas diretas no exterior. A lei estabelecia que os lucros das controladas e coligadas diretas deveriam ser considerados de forma individualizada (Lei nº 9.430/1996, art. 16), de tal modo que os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, somente poderiam ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada (Instrução Normativa nº 213/2002, art. 4º, § 2º), não podendo, conseqüentemente, ser compensados com lucros da sociedade investidora domiciliada no Brasil. (art. 25, § 5º, da Lei nº 9.249/1995). Estava assim definida a proibição da consolidação horizontal, isto é, a que opera entre empresas situadas no mesmo nível, em relação à investidora comum (empresas irmãs). Todavia, no caso de participações indiretas no exterior, os resultados auferidos pelas sociedades participadas deveriam ser consolidados no balanço da controlada ou coligada direta para efeito de determinação do lucro real da beneficiária, no Brasil (Instrução Normativa nº 213/2002, art. 1º, §§ 6º e 8º). Assim se consagrou a possibilidade de consolidação vertical, ou seja, a que opera entre empresas situadas em patamares distintos de uma mesma cadeia vertical de participações.<sup>118</sup>

Não havendo consolidação, o art. 79 prevê que a parcela do ajuste do valor do investimento, isto é, os lucros e/ou prejuízos da sociedade investida no exterior, deverá ser considerada individualmente na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da controladora nacional, sendo os resultados positivos incluídos na apuração do IRPJ e da CSLL, e devendo os prejuízos serem compensados futuramente com lucros da mesma controlada.<sup>119</sup>

Com efeito, as restrições à consolidação dos prejuízos apurados no exterior, essencial para a tributação do efetivo acréscimo patrimonial das controladoras<sup>120</sup>, foi

<sup>118</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 455.

<sup>119</sup> Art. 79. Quando não houver consolidação, nos termos do art. 78, a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela auferidos deverá ser considerada de forma individualizada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas:

I - se positiva, deverá ser adicionada ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela empresa domiciliada no exterior; e  
II - se negativa, poderá ser compensada com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

<sup>120</sup> É que "o regime de consolidação atenua os efeitos da tributação individualizada e direta dos lucros auferidos por controladas diretas e indiretas no exterior. Isso porque, ao prever a tributação *per saltum* das controladas indiretas, a Lei nº 12.973/2014 passou a permitir que uma sociedade brasileira, que não auferiu resultado positivo em suas operações internacionais, seja obrigada a pagar

alvo de inúmeras críticas por doutrinadores brasileiros, segundo os quais tal disposição advém de uma "xenofobia fiscal" e contradiz a própria denominação de "tributação em bases universais"<sup>121</sup>, quando opta pela presunção da manipulação contábil na apuração dos prejuízos, deslocando o dever de fiscalização do Fisco para a expansão da base de cálculo incidente sobre o imposto.

O art. 81<sup>122</sup>, que, por sua vez, trata da tributação das sociedades coligadas, buscou harmonizar-se com as determinações do julgamento da ADI nº 2.588/2001, estabelecendo um regime de tributação incidente sobre os lucros auferidos no exterior efetivamente distribuídos, como previsto anteriormente pela Lei nº

---

IRPJ e CSLL sobre resultados isolados de sociedades controladas indiretas lucrativas. Como as controladas indiretas passaram a ser alcançadas individualmente, a pessoa jurídica no Brasil passa a ser obrigada a recolher IRPJ e CSLL sobre lucros que, economicamente, foram absorvidos por resultados negativos apurados em degraus superiores da cadeia de investimento. Obviamente, essa tributação é incompatível com o conceito de renda, motivo pelo qual o regime de consolidação os resultados do exterior deve se tornar definitivo." SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 115.

<sup>121</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 445.

<sup>122</sup> 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;

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.

§ 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º, considera-se:

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

II - pago o lucro, quando ocorrer:

a) o crédito do valor em conta bancária, em favor da coligada no Brasil;

b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;

c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; ou

d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da coligada, domiciliada no exterior.

§ 3º Os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior que não atenda aos requisitos estabelecidos no caput serão tributados na forma do art. 82.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses em que a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil for equiparada à controladora nos termos do art. 83.

§ 5º Para fins do disposto neste artigo, equiparam-se à condição de coligada os empreendimentos controlados em conjunto com partes não vinculadas.

9.532/1997. Contudo, tal dispositivo restringe essa modalidade tributária ao grupo de sociedades beneficiárias qualificadas nas designações de seus incisos I, II e III.<sup>123</sup>

O art. 82<sup>124</sup> foi responsável, portanto, por prever a hipótese de tributação automática dos lucros auferidos no exterior pelas sociedades coligadas, modalidade essa aplicável às empresas que não se enquadram nos critérios do art. 81. Assim, em regra geral, os lucros auferidos pela sociedade coligada no exterior deverão ser tributados a partir de sua disponibilização, todavia, caso não sejam atendidos os requisitos legais propostos pelo artigo anterior, a modalidade de tributação aplicável será então a automática, incidente sobre os lucros ainda pendentes de disponibilização.<sup>125</sup>

Ressalta-se, ainda, que a nova legislação, em seu art. 85<sup>126</sup> e seguintes (arts. 86 a 89), fixou algumas deduções incidentes sobre o IR, quais sejam:

- (i) dedução de participação dos lucros no Brasil;
- (ii) dedução de valores sujeitos a regras de preço de transferência e subcapitalização;
- (iii) deduções de Imposto sobre a Renda e CSLL: (iii.i) dedução do imposto sobre a renda pago no exterior; (iii.ii) dedução do imposto de renda retido incidente sobre rendimentos recebidos; (iii.iii) dedução do imposto de renda retido sobre dividendos distribuídos pelas coligadas tributadas pelo regime de caixa; (iii.iv) dedução do crédito presumido de imposto de renda.<sup>127</sup>

<sup>123</sup> ROSENBLATT, Paulo; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Op. cit., 460.

<sup>124</sup> Art. 82. Na hipótese em que se verifique o descumprimento de pelo menos uma das condições previstas no caput do art. 81, o resultado na coligada domiciliada no exterior equivalente aos lucros ou prejuízos por ela apurados deverá ser computado na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica investidora domiciliada no Brasil, nas seguintes formas:

I - se positivo, deverá ser adicionado ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela empresa domiciliada no exterior; e  
II - se negativo, poderá ser compensado com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques de prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

§ 1º Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a coligada no exterior mantiver qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no seu balanço para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da coligada no Brasil.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses em que a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil é equiparada à controladora nos termos do art. 83.

<sup>125</sup> ROSENBLATT, Paulo; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Op. cit., 460.

<sup>126</sup> Art. 85. Para fins de apuração do imposto sobre a renda e da CSLL devida pela controladora no Brasil, poderá ser deduzida da parcela do lucro da pessoa jurídica controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior, a parcela do lucro oriunda de participações destas em pessoas jurídicas controladas ou coligadas domiciliadas no Brasil.

<sup>127</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., pp. 464-465.

O objetivo comum a essas deduções, exceto àquela referente ao crédito presumido, advém da necessidade de evitar, no Brasil, a dupla tributação de lucros previamente tributados, conforme previsto no bloco *"Rules to prevent or eliminate double taxation"* do relatório da Ação nº 03.

Em relação a esse ponto, Tomazela reconhece que *"a Lei nº 12.973/2014 está alinhada às recomendações da OCDE, na medida em que permite a utilização do crédito do imposto de renda pago no exterior e não tributa os dividendos oriundos de lucros previamente tributados no Brasil"*.<sup>128</sup>

Não obstante, sob uma síntese geral, em pese tenha a Lei nº 12.973/2014 sido fruto de um longo processo de busca por efetivas regras de combate à erosão da base tributária das empresas nacionais que possuem controladas ou coligadas no exterior, diz-se que a sistemática implantada, mais rígida que a legislação anterior, ultrapassou o regime de transparência fiscal proposto no âmbito internacional.

A legislação foi, desse modo, contra a corrente que preconizava uma maior competitividade fiscal das "empresas multinacionais brasileiras", como votou o Ministro Joaquim Barbosa na ADI nº 2.588/2001, dito por Alberto Xavier favorável a "uma verdadeira Lei CFC".<sup>129</sup>

Quanto à posição dos doutrinadores acerca da adequação da Lei nº 12.973/2014 aos parâmetros sugeridos pela Ação nº 03 do projeto de combate ao BEPS, o parecer majoritário é de que as regras nacionais transpassam o escopo das diretrizes da OCDE, preocupando-se não em evitar a erosão da base tributária das empresas controladoras em território nacional, mas sim em privilegiar a arrecadação tributária.

Paulo Rosenblatt afirma que apesar da implementação de inovações pela legislação, sua análise substancial revela ainda uma vagueza sobre o tema, sem

---

<sup>128</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., 122.

<sup>129</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 445.

uma aplicação condizente com as normas constitucionais brasileiras e com o padrão de tributação das CFC aplicado internacionalmente.<sup>130</sup>

Isso porque, na legislação brasileira, a tributação dos lucros decorrentes da participação na sociedade investida, independente de qualquer critério, conflita com o modelo internacional, o qual prega a tributação dos rendimentos desde que cumpridos determinados requisitos, a exemplo das localização da investida em um PTF ou das rendas passivas. A ausência da excepcionalidade e da finalidade antielisiva, tendo em vista *"a tributação da totalidade do lucro das controladas e coligadas no exterior, independentemente da natureza dos rendimentos que o integram e do nível de tributação a que se sujeitam no país de seu domicílio"*<sup>131</sup>, afasta a comparação da lei nacional com as regras CFC.<sup>132</sup>

Por consequência, a severidade e inflexibilidade do regime de tributação dos lucros auferidos no exterior pela legislação pátria, distante do modelo internacional proposto, implica em uma prejudicialidade competitiva quanto às empresas brasileiras atuantes no mercado internacional.<sup>133</sup>

Ressalta-se, por fim, que a edição da nova Lei não solucionou a problemática de inconstitucionalidade quanto à tributação dos lucros auferidos no exterior sem sua devida disponibilização, alcançando as empresas controladas, coligadas que não obedecem aos requisitos fixados pela lei, e coligadas equiparadas a controladora. Nesse sentido, *"a tributação automática dos lucros, além de ir contra o que já fora previamente estabelecido na legislação brasileira, como foi o caso do artigo 43 do CTN, não possui ligação com o regime de tributação das CFC indicado pela OCDE."*<sup>134</sup>

---

<sup>130</sup> ROSENBLATT, Paulo; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Op. cit., p. 460.

<sup>131</sup> XAVIER, Alberto. Op. cit., p. 495.

<sup>132</sup> LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. Op. cit., pp. 477.

<sup>133</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., 115.

<sup>134</sup> ROSENBLATT, Paulo; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. Op. cit., p.461.

## CONCLUSÃO

As práticas de planejamento tributário, enquanto comportamentos consequentes da constante busca por resultados mais econômicos na esfera empresarial, uma vez que os tributos integram as parcelas componentes das despesas, concebem a problemática da elisão fiscal.<sup>135</sup> Com a expansão do capitalismo, redução de fronteiras, surgimento de paraísos fiscais e internacionalização das empresas, esse fenômeno adquiriu, por conseguinte, proporções globais.

Enquanto alguns autores defendem que a elisão fiscal, por se tratar de ato lícito que antecede o fato gerador da obrigação, evitando assim a incidência tributária, estaria dentro das prerrogativas do contribuinte, que possuiria, em tese, autonomia e direito de esquivar-se dos tipos tributários com o objetivo de potencializar sua gestão patrimonial<sup>136</sup>, é moderado perceber que tal cenário afeta, como resultado, a arrecadação fiscal do domicílio da sociedade investidora.

Nesse sentido, a elisão fiscal, na história, sempre foi vislumbrada enquanto uma questão de direito tributário doméstico de cada país, o que ensejou a atual pluralidade de concepções diversas, tanto em relação ao fenômeno elisivo, quanto às práticas para seu combate. Entretanto, com a expansão das multinacionais, essa questão passou a ser pauta também das relações transfronteiriças.<sup>137</sup> Nesse sentido, nota-se:

Cientes dos prejuízos generalizados que práticas tributárias danosas lhes causam, principalmente no tocante à diminuição de receitas tributáveis, a solução encontrada pelos países foi se unir na tentativa de, mediante um

<sup>135</sup> "Alfredo Augusto Becker determina o planejamento tributário como sendo a aspiração naturalíssima do contribuinte, correlacionada à vida econômica, ao buscar resultados econômicos com maior economia, isto é, a menor despesa, e os tributos que incidirão nos atos e fatos necessários para a obtenção do resultado econômico, sendo estes parcelas que integram a despesa." BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário. São Paulo: Lejus, 1999, apud. IGLESIAS, Marcelo Bloizi; ARGÔLO, Arthur Tadeu de Oliveira. **Paraísos fiscais: elisão ou evasão fiscal? Uma análise desta estratégia de planejamento tributário nas negociações empresariais internacionais.** Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/n-5-2019/paraissos-fiscais-elisao-ou-evasao-fiscal-uma-analise-desta-estrategia-de-planejamento-tributario-nas-negociacoes-empresariais-internacionais/#return-note-1162-22>. Acesso em: 28/10/2019.

<sup>136</sup> IGLESIAS, Marcelo Bloizi; ARGÔLO, Arthur Tadeu de Oliveira. Op. cit. Acesso em: 28/10/2019.

<sup>137</sup> ROSENBLATT, Paulo. **Normas gerais antielisivas como princípio de direito internacional: os desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS.** Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/2/normas-gerais-antielisivas-como-principio-de-direito-internacional-os-desafios-do-brasil-em-se-compatibilizar-ao-beps/>. Acesso em 28/10/2019.

diagnóstico preciso e a adoção de práticas harmônicas e eficientes, inibir a utilização de brechas legais dos ordenamentos nacionais que viabilizam a erosão das bases tributáveis.<sup>138</sup>

As dificuldades derivadas, entretanto, da necessidade de execução de reformas tributárias requerem especial atenção quando se trata de economias emergentes.<sup>139</sup>

No Brasil, o histórico legislativo quanto à tributação dos lucros auferidos pelas sociedades controladas e coligadas no exterior foi marcado por inúmeras alterações, conforme exposto ao longo desse trabalho, desde a alteração do princípio da territorialidade ao de universalidade através da Lei nº 9.249/1995, até a análise da constitucionalidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 pelo STF em 2013, que culminou na publicação, no ano subsequente, da Lei nº 12.973/2014, atualmente vigente, responsável pelo estabelecimento de um novo regime de tributação para essas sociedades.

A despeito de toda a bagagem histórica antecedente à elaboração da nova lei, essa tem sido duramente criticada. Muitos alegam, inclusive, a manutenção da inconstitucionalidade da norma em relação ao conceito de renda do art. 43 do CTN, afirmando que *“as regras de CFC brasileiras não são regras antiabuso, consubstanciando-se em mera técnica arrecadatória que, como já apontado, apresentam efeitos danosos para o país, dificultando ou impossibilitando o investimento internacional de empresas brasileiras”*.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa; PIMENTEL, João Otávio Martins Pimentel. **O plano de ação BEPS e as mudanças de paradigmas na tributação: The action plan BEPS and changes in paradigms in taxation**. Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, vol. 88, n. 2, p. 88, jul./dez, 2016.

<sup>139</sup> "Avoidance requires tax planning and advice, and it is something that mostly large companies and wealthy taxpayers can afford. For this reason, avoidance tends to be more harmful to developing countries, since it probably affects the distributional and progressive features of the tax system. A GAAR (general anti-avoidance rule) could be a useful tool for emerging countries, in this context, and it would operate similarly as those from advanced economies. However, all the challenges to effective tax reforms faced by developing countries suggest a more careful design of the rule and the introduction of safeguards for taxpayers." ROSENBLATT, Paulo. **Tax avoidance in emerging countries: is a GAAR a suitable measure?** Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/1/tax-avoidance-in-emerging-countries-is-a-gaar-a-suitable-measure/>. Acesso em: 28/10/2019.

<sup>140</sup> PICONEZ, Matheus Bertholo. Lucros no exterior, equivalência e tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” à luz dos acordos de bitributação brasileiros. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos**. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2015. p. 413.

A grande nocividade, contudo, da rigidez e austeridade da sistemática instituída pela Lei nº 12.973/2014 encontra-se na sua adoção isolada pelo Brasil, o que gera uma discrepância entre as despesas tributárias suportadas pelas empresas brasileiras e aquelas de países que adotam legislações mais convenientes. Entretanto, caso os concorrentes das empresas nacionais estivessem, igualmente, sujeitos à tributação residual de seus lucros no Estado de residência da sociedade da fonte, *"o impacto na competitividade voltaria a ficar restrito às diferenças de alíquotas entre os países"*.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 113.

## REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. São Paulo: Lejus, 1999.

BOTELHO, José Manuel Macedo. **Internacionalização de empresas: contributos para a construção de um modelo de suporte à análise à implementação de estratégias de internacionalização**. 2015. 348 f. Tese (Doutorado em Gestão) - Universidade de Évora. Évora, 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal. **Tributação da renda no Brasil pós-real**. Brasília: Ministério da Fazenda, 2001.

BÜHLER, Ottomar. **Principios de derecho internacional tributario** (tradução castelhana de Fernando Cervera Torrejon). Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968.

Câmara dos Deputados. **Ata da 31ª reunião ordinária realizada em 11 de setembro de 2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1807888.htm>. Acesso em 02/10/2019.

Câmara dos Deputados. **Ata da 31ª reunião ordinária realizada em 11 de setembro de 2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/integras/1807888.htm>. Acesso em 02/10/2019.

CARVALHOSA, Modesto. Imposto de renda. Conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional. In: **Revista de direito público**, n. 1, jul./set, 1967.

CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Comitê de Pronunciamentos Contábeis. **Pronunciamento técnico CPC 18 (R2): Investimento em coligada, em controlada e em empreendimento controlado em conjunto**. Disponível em: [http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/263\\_CPC\\_18\\_\(R2\)\\_final.pdf](http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/263_CPC_18_(R2)_final.pdf). Acesso em 26/10/2019.

Confederação Nacional das Instituições Financeiras - CNF. **Receita altera conceito de paraíso fiscal e tributo sobre remessas cai**. Disponível em: <https://cnf.org.br/receita-altera-conceito-de-paraíso-fiscal-e-tributo-sobre-remessas-cai/>. Acesso em 02/09/2019.

DE CARVALHO, Felipe Reis. **As razões tributárias e econômicas das inversões corporativas**. 2017. 111 f. Tese (Mestrado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2017.

DE MIRANDA, Fabiana Francisco. **O momento da tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior**. 2015. 123 f. Tese (Mestrado

em Direito Tributário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

DE OLIVEIRA, Matheus Bueno; BASTOS, Frederico Silva. **Atualizações na lista de paraísos fiscais**. Disponível em: <https://www.pvg.com.br/publicacoes/atualizacoes-na-lista-de-paraissos-fiscais>. Acesso em 30/09/2019.

DIAS, Ana Carolina. **A ação 3 do BEPS - compatibilidade com o direito da União Européia e desafios para o legislador português**. 2016. 58f. Tese (Mestrado em Direito Fiscal) - Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa, Faculdade de Direito. Lisboa, 2016.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Elisão e evasão fiscal**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971.

DUEÑAS, Sebastian. **CFC rules around the world**. Disponível em: <https://files.taxfoundation.org/20190617100144/CFC-Rules-Around-the-World-FF-659.pdf>. Acesso em 12/10/2019.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FERRARI, Bruna Camargo. **Negócios híbridos e normas CFC: impactos para as multinacionais brasileiras da incorporação do projeto BEPS no direito brasileiro**. 2016. 194 f. Tese (Mestrado em Direito Tributário Aplicado) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial: o estatuto do estabelecimento e a empresa mercantil**, vol. 6. São Paulo: Saraiva, 1962.

HUCK, Hermes Marcelo. **Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário**. São Paulo: Saraiva, 1997.

**Hybrid and branch mismatch rules**. Disponível: <https://taxpolicy.ird.govt.nz/sites/default/files/2018-sr-beps-hybrids.pdf>. Acesso em 13/10/2019.

IGLESIAS, Marcelo Bloizi; ARGÔLO, Arthur Tadeu de Oliveira. **Paraísos fiscais: elisão ou evasão fiscal? Uma análise desta estratégia de planejamento tributário nas negociações empresariais internacionais**. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/n-5-2019/paraissos-fiscais-elisao-ou-evacao-fiscal-uma-analise-desta-estrategia-de-planejamento-tributario-nas-negociacoes-empresariais-internacionais/#return-note-1162-22>. Acesso em: 28/10/2019.

LANG, Michael; PISTONE, Pasquale. **Tax treaties: building bridges between law and economics**. IBFD, 2010.

LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. **As regras brasileiras de tributação de controladas e coligadas no exterior: verdadeiras Controlled Foreign Company (CFC) Rules?** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 2, pp. 464-488, 2017.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa; PIMENTEL, João Otávio Martins Pimentel. **O plano de ação BEPS e as mudanças de paradigmas na tributação: The action**

**plan BEPS and changes in paradigms in taxation.** Revista acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, vol. 88, n. 2, p. 88, jul./dez, 2016.

Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Perguntas e respostas - pessoa jurídica**, 2016. Disponível em: <http://sped.rfb.gov.br/estatico/26/4AA9CC575B7776BE1B8B3333E64CECE4886188/perguntas-e-respostas-irpj-2016.pdf>. Acesso em 30/09/2019.

MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Coord.). **Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos**. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2015.

NISHIOKA, Alexandre Naoki. **Planejamento fiscal e elusão tributária na constituição e gestão de sociedades: os limites da requalificação dos atos e negócios jurídicos pela administração**. 2010. 225 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

OECD. **Comments received on public. Discussion draft - BEPS action 3: strengthening CFC rules - Part 1**. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-3-strengthening-cfc-rules-part1.pdf>. Acesso em 13/10/2019.

\_\_\_\_\_. **Comments received on public. Discussion draft - BEPS action 3: strengthening CFC rules - Part 2**. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-beps-action-3-strengthening-cfc-rules-part2.pdf>. Acesso em 17/10/2019.

\_\_\_\_\_. **Designing effective controlled foreign company rules, action 3: 2015 final report**. OECD Publishing, Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action3/>. Acesso em 18/09/2019.

\_\_\_\_\_. **Glossary of tax terms**. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>. Acesso em 30/09/2019.

\_\_\_\_\_. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**. OECD Publishing, Paris, 1998.

Office of tax policy department of the treasury. **The deferral of income earned through U.S. controlled foreign corporations: a policy study**. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/Report-SubpartF-2000.pdf>. Acesso em 12/10/2019.

OLIVEIRA, José André Wanderley Dantas de (Coord.). **Direito tributário e gestão corporativa**. Recife: CEPE, 2019, p. 61.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREIRA, Roberto Cordoniz Leite. **O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos**. 2012. 257 f. Tese (Mestrado em Direito e

Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2012.

POMERLEAU, Kyle. **A hybrid approach: the treatment of foreign profits under the tax cuts and jobs act**. Disponível em: <https://taxfoundation.org/treatment-foreign-profits-tax-cuts-jobs-act/>. Acesso em 12/10/2019.

REDMILES, Melissa Redmiles; WENRICH, Jason. **A history of controlled foreign corporations and the foreign tax credit**. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/historycfcftc.pdf>. Acesso em 12/10/2019.

ROCHA, Daniela Cristina Comin. **Internacionalização de empresas, estado e desenvolvimento: a internacionalização das empresas brasileiras na América do Sul (2003-2014)**. 2018. 361 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP. Araraquara, 2018.

ROCHA, Sérgio André. **Tributação dos lucros auferidos no exterior: Lei nº 12.973/2014**. São Paulo: Dialética, 2014.

RODRIGUES, Pedro Prates. **O paradigma eclético de Dunning e a internacionalização de uma empresa brasileira de software**. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/2419/1/PPRodrigues.pdf>. Acesso em: 18/10/2019.

ROESSING NETO, Ernesto. **Elisão tributária internacional: o uso dos “paraísos fiscais” como ferramenta**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Ernesto\\_Neto.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Ernesto_Neto.htm). Acesso em 30/09/2019.

\_\_\_\_\_. **Normas gerais antielisivas como princípio de direito internacional: os desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS**. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/2/normas-gerais-antielisivas-como-principio-de-direito-internacional-os-desafios-do-brasil-em-se-compatibilizar-ao-beps/>. Acesso em 28/10/2019.

\_\_\_\_\_. **Tax avoidance in emerging countries: is a GAAR a suitable measure?** Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/1/tax-avoidance-in-emerging-countries-is-a-gaar-a-suitable-measure/>. Acesso em: 28/10/2019.

\_\_\_\_\_; CABRAL, Rodrigo Torres Pimenta. **Regime de transparência fiscal na tributação dos lucros auferidos no exterior (CFC rules): lacunas e conflitos no direito brasileiro**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 2, p. 454, 2017.

SANTOS, Ramon Tomazela. **A ação 3 do projeto BEPS e o regime brasileiro de tributação em bases universais na Lei nº 12.973/2014**. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT. Belo Horizonte, ano 15, n. 88, p. 99-115, jul./ago. 2017.

SAQID, Kerrie. MCCREDI, Bronwyn. SAWYER, Adrian. **Jurisdictional responses to base erosion and profit shifting: a study of 19 key domestic tax systems**. E-Journal of Tax Research, vol. 16, n. 3, p. 752. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/eJTR/2019/21.pdf>. Acesso em: 18/10/2019.

SAUNDERS, Ana Paula Saunders (Coord.). **Estudos de tributação internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

Receita Federal. **SC COSIT nº 575/2017**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=88968>. Acesso em 01/10/2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRITTO, Demes; CASEIRO, Marcos Paulo Leme Brisola. **Direito tributário internacional: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Pareceres 2: imposto de renda**. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

STAL, Eva. **Políticas públicas e a inovação em subsidiárias de empresas multinacionais: uma avaliação da lei de informática brasileira**. Revista Espacios, vol. 31, n. 1, p. 13. 2010. Disponível em: <https://www.revistaespacios.com/a10v31n01/10310142.html>. Acesso em 18/10/2019.

STF. **Ação direta de inconstitucionalidade (Med. Liminar) – 2588**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2588&processo=2588>. Acesso em 26/12/2019.

TAVARES, Romero J. S. **Política tributária internacional: OCDE, BEPS e Brasil – como deve se posicionar o setor industrial brasileiro?** Revista Brasileira de Comércio Exterior - RBCE. Rio de Janeiro, n. 121, pp. 52-61, out./dez., 2014.

TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito tributário internacional aplicado**. vol. vi. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.