

De LEGIBUS

IO

Dezembro de 2025

REGIME BRASILEIRO DE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR: POSSÍVEL ÓBICE À INTERNACIONALIZAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS

**BRAZILIAN TAX REGIME FOR CONTROLLED AND AFFILIATED
COMPANIES ABROAD: A POSSIBLE OBSTACLE TO THE
INTERNATIONALIZATION OF BRAZILIAN ENTERPRISES**

**PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA
JÚLIA CARDOSO BERNARDES PIRES**

**REVISTA DE DIREITO
LAW JOURNAL**

Faculdade de Direito — Universidade Lusófona
<https://revistas.ulusofona.pt/index.php/delegibus>

REGIME BRASILEIRO DE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR: POSSÍVEL ÓBICE À INTERNACIONALIZAÇÃO DAS EMPRESAS BRASILEIRAS

BRAZILIAN TAX REGIME FOR CONTROLLED AND AFFILIATED COMPANIES ABROAD: A POSSIBLE OBSTACLE TO THE INTERNATIONALIZATION OF BRAZILIAN ENTERPRISES

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA*
JÚLIA CARDOSO BERNARDES PIRES**

SUMÁRIO: Introdução; 1. Padrão internacional de tributação de controladas e coligadas no exterior e as recomendações da OCDE; 2. Panorama histórico da legislação brasileira sobre tributação de controladas e coligadas; 3. Regime de tributação instituído pela Lei nº 12.973/2014 e o “MEP impróprio”; 4. Consequências jurídicas e econômicas do regime de tributação adotado pelo Brasil; 5. Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar se o regime brasileiro de tributação dos lucros auferidos por empresas controladas e coligadas no exterior de pessoa jurídica sediada no Brasil constitui um óbice à internacionalização das empresas brasileiras. Com esse escopo, serão, primeiramente, verificados o padrão internacional de tributação de controladas e coligadas no exterior e as recomendações da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Posteriormente, será delineado um panorama histórico da legislação brasileira sobre o tema, investigando sobre as questões controversas mais relevantes. Por fim, serão analisadas as principais consequências jurídicas e econômicas do regime brasileiro, visando repensar, de forma crítica, o atual modelo de tributação.

* Professor Titular de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFMG. Especialista em International Tax Planning pela Harvard Law School e em Fiscalidad Internacional pela Universidad de Santiago de Compostela. Sócio fundador do escritório Coimbra, Chaves & Batista Advogados. E-mail: p.coimbra@coimbrachaves.com.br.

** Graduada e Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direito Tributário Crítico e do Grupo de Estudos Tributação Internacional no Século XXI, ambos da UFMG. Advogada no escritório Coimbra, Chaves & Batista Advogados. E-mail: j.pires@coimbrachaves.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação; Controladas e coligadas; Internacionalização.

ABSTRACT: This article examines whether Brazil's purported Controlled Foreign Company (CFC) Rules constitute a barrier to the internationalization of domestic enterprises. The analysis begins with an overview of international standards for the taxation of foreign subsidiaries and affiliates, alongside the recommendations of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). It then traces the historical development of Brazilian legislation on the topic, highlighting the most significant controversies. Finally, the article evaluates the main legal and economic implications of Brazil's framework, aiming to critically reconsider the current taxation model.

KEYWORDS: Taxation; Controlled Foreign Company Rules; Internationalization.

INTRODUÇÃO

No atual cenário de financeirização da economia e mundialização do capital, intensifica-se, cada vez mais, a concorrência entre os Estados nacionais pela atração de investimentos¹. Os grupos industriais e comerciais transnacionais têm usado da tecnologia e de sua liberdade de ação e mobilidade para deslocar suas plantas produtivas para países com tributação reduzida, bem como sua propriedade intelectual e seus investimentos financeiros para locais com tributação favorecida ou com regimes fiscais privilegiados (paraísos fiscais), dentre outras estratégias, visando à redução de sua carga tributária.

Nesse compasso, tem aumentado a preocupação dos Estados Nacionais com o combate da erosão das bases tributáveis e da alocação artificial dos lucros em paraísos fiscais e países com tributação favorecida, por meio de planejamentos tributários agressivos. Esse contexto globalizado apresenta crescente exigência para que os Estados Nacionais apresentem um sistema tributário que seja competitivo, coerente com os padrões internacionais, como alerta Luís Eduardo Schoueri².

1 Cf.: Onofre Alves Batista Júnior, *O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015.

2 Luís Eduardo Schoueri, "Tributação Internacional das Empresas Nacionais e Desenvolvimento: novos rumos?" In.: Eurico Marcos Diniz de Santi (coord.), *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao Prof. Aires Barreto*. (São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011), 467-486.

Com o escopo de mitigar os impactos decorrentes desses planejamentos abusivos, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) buscou definir critérios comuns a serem utilizados internacionalmente pelos Estados Nacionais para esse fim, no âmbito do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS). Em específico, por meio da Ação n.º 3 do Projeto BEPS, denominada de *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*³ ou, em tradução livre, “Elaboração de regras eficazes para empresas estrangeiras controladas”, foram estabelecidos critérios para orientar os países na elaboração ou aprimoramento de regras que efetivamente impeçam os contribuintes de transferir ou desviar receitas para empresas controladas em países com baixa tributação, a fim de evitar a erosão da base tributária do país de domicílio da fonte⁴.

Não obstante, o Brasil tem orientado sua política fiscal quanto à tributação dos lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas, principalmente, por padrões tributários domésticos, priorizando seus interesses arrecadatários em detrimento das recomendações da OCDE, como bem aponta Alexandre Alkmim Teixeira⁵. Em que pese tais recomendações não sejam cogentes para o Brasil, que ainda não é membro da OCDE, e sequer seja recomendável a sua importação de forma acrítica e dissociada das particularidades brasileiras, esse descompasso implica sérias consequências para a competitividade das empresas nacionais no cenário internacional.

Diante disso, o presente artigo almeja avaliar se o regime brasileiro de tributação dos lucros auferidos por empresas coligadas e coligadas no exterior de pessoa jurídica sediada no Brasil constitui um dificultador à internacionalização de empresas brasileiras. Para tanto, serão explicitados o padrão internacional de tributação de controladas e coligadas no exterior e as recomendações da OCDE. Na sequência, será traçado um panorama do histórico da legislação brasileira sobre o tema até a legislação vigente,

3 OECD. *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241152-en.pdf?expires=1723340605&id=id&acname=guest&checksum=A836C29B02B4CA5EBA70B058679391F9>>. Acesso em: 01 maio 2024.

4 Cf.: Sérgio André Rocha, *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*, 2.ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

5 Alexandre Alkmim Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais* (2.ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Lex Legis, 2023), 201.

debruçando sobre os pontos controvertidos mais importantes. Por fim, serão analisadas as principais consequências jurídicas e econômicas do regime de tributação adotado pelo Brasil, a fim de repensarmos o atual modelo.

1. PADRÃO INTERNACIONAL DE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR E AS RECOMENDAÇÕES DA OCDE

Conforme explicita Alexandre Alkmim⁶, no padrão internacional, quando uma empresa participa do capital social de uma entidade localizada no exterior, somente o resultado da empresa investida, não residente, é considerado para fins de tributação na empresa residente, por meio da distribuição dos dividendos em favor da empresa controladora ou subsidiária. Isto é, normalmente, apenas os lucros distribuídos à investidora são tributados pelo seu país de residência, não se alcançando o lucro ainda não distribuído pela empresa investida.

Nesse cenário, os dividendos pagos pela empresa investida à investidora estão sujeitos à tributação pelo Imposto de Renda no Estado em que se localiza a empresa investida, por força do princípio fonte, pois a renda foi lá originada. Desse modo, a empresa investidora recebe os dividendos deduzidos do Imposto de Renda pago no exterior, por retenção na fonte, como regra no contexto internacional. Por outro lado, os mesmos dividendos são submetidos à tributação no Estado de domicílio da empresa investidora, em razão do princípio da residência.

Esse padrão de tributação também é evidenciado pelo art. 7 da Convenção Modelo da OCDE (CM-OCDE), o qual estabelece que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante somente são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Por consequência, os lucros das entidades controladas e coligadas são tributados no seu Estado de domicílio, sendo alcançados pelo Estado de residência de sua controladora ou subsidiária somente quando forem a elas disponibilizados, na forma de dividendos ou de devolução do principal investido com apuração de ganho de capital.

6 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 159-162.

Apesar de não se desconhecer do fato de essa cláusula favorecer os países exportadores de capital em detrimento dos países importadores de capital, como o Brasil⁷ a cláusula de competência exclusiva prevista no art. 7 é de tamanha importância que constitui o “coração” dos tratados contra a dupla tributação, na expressão de Alberto Xavier⁸. Consoante o Autor, sem essa cláusula, o tratado fica privado de sentido, pois são abertas portas a uma guerra fiscal entre Estados Contratantes, permitindo-se que a riqueza tributável em um deles seja objeto de pretensões fiscais cumulativas de outros, invasivas de soberania estrangeira. Em paralelo, o art. 10 da Convenção Modelo propõe regras para tributação dos dividendos, estabelecendo a distribuição da competência tributária entre os Estados de fonte e residência.

Além disso, para mitigar os efeitos da dupla tributação do mesmo rendimento, vários países adotam, de forma unilateral ou bilateral, o método de imputação de crédito (*tax credit*), como o próprio Brasil⁹. Trata-se da possibilidade de dedução do Imposto de Renda pago sobre os lucros distribuídos no Estado fonte da base de cálculo do Imposto de Renda devido pela empresa investidora em seu Estado de domicílio. Esse método é previsto no art. 23-B da Convenção Modelo da OCDE, sendo aplicável quando ocorre a distribuição de dividendos à investidora.

Esse regime padrão de tributação sobre os lucros efetivamente distribuídos somente é excepcionado, na prática internacional, em hipóteses que se identifica ou em que se pressupõe haver o diferimento ilegítimo da tributação, por intermédio da aplicação das regras de *Controlled Foreign Corporations (CFCs)*. Essas regras permitem a tributação de forma imediata dos lucros auferidos no exterior pelo Estado de domicílio da investidora, independentemente de sua disponibilização a esta última, em hipóteses excepcionais.

O objetivo fundamental das regras *CFCs*, em geral, é prevenir que os contribuintes desviem renda para empresas controladas em países de baixa ou nenhuma tributação e, concomitantemente, não obstar o exercício de

7 Nesse sentido, confira: Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 361-363.

8 Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*, 4.ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995.

9 Lei n.º 9.249/1995. Art. 26. “A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.”

atividades comerciais legítimas no exterior por meio de entidades controladas, conforme Brian Arnold¹⁰. Esse objetivo de política fiscal é verificado desde a origem das regras *CFCs*, que remonta à regra antidiferimento para pessoas físicas instituída pelos Estados Unidos da América em 1937, como indica Richard Krever¹¹.

As regras *CFCs* podem ser estruturadas de duas formas, (i) considerando a entidade *CFC* como uma entidade transparente (*look through approach*) ou (ii) concebendo uma distribuição ficta dos lucros gerados pela *CFC* à controladora (*deemed profits approach*). Em ambos os casos, os acionistas serão tributados na proporção de sua participação no capital da *CFC*, podendo incidir o Imposto sobre a totalidade dos rendimentos auferidos pela *CFC* (*entity approach*) ou somente determinados rendimentos (*transactional approach*). As legislações também se diferenciam quanto ao alcance das regras de acordo com a localização da *CFC*, havendo ordenamentos nos quais tais regras se aplicam apenas a entidades estabelecidas em jurisdições consideradas de baixa tributação (*jurisdictional approach*) e casos em que as regras se aplicam independentemente do local em que a investida esteja estabelecida (*global approach*)¹².

Embora a estruturação de uma regra *CFC* possa variar de país para país, de acordo com sua estrutura social, histórica e econômica, essa espécie de regra possui, geralmente, três elementos em comum, segundo Brian Arnold¹³: (1) definição das sociedades no exterior sujeitas à regra *CFC*; (2) nível de tributação a que a controlada no exterior está submetida como requisito para aplicação da referida regra; e (3) natureza da renda auferida pela controlada no exterior submetida à tributação no país da controladora, como rendas passivas.

Nesse íterim, a OCDE emitiu recomendações não vinculantes, por meio do Relatório Final do Plano de Ação n.º 3 do Projeto BEPS, que podem ser

10 Brian J. Arnold, “The evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and beyond”, *Bulletin for International Taxation*, 2019.

11 Richard Krever, Chapter 1: Controlled Foreign Company Legislation: General Report, in Koeffler, Georg et al. *Controlled Foreign Company Legislation*. (Áustria: IBFD, 2020), 3-13.

12 Cf.: Gustavo Querotti Silva e Henrique Melião Cecchi de Oliveira, “Tributação em Bases Universais Prevista na Lei n. 12.973/2014 e os Tratados Internacionais contra a Dupla Tributação Firmados pelo Brasil”, in Luís Flávio Neto et. al. (coord.). *Tributação em Bases Universais: Desafios Atuais e Futuros para o Brasil*, (São Paulo: IBDT, 2023), 121-137.

13 Arnold, The evolution of Controlled...

consideradas pelos países que pretendem criar regras *CFCs* alinhadas com os objetivos do referido Projeto, propondo diversos parâmetros (*building blocks*) para a elaboração desses regimes, como definição de controle, renda alcançada, regras para evitar dupla tributação, etc.¹⁴

Um dos pontos mais importantes é que o Relatório aponta os critérios que podem ser utilizados para aplicar de forma excepcional as regras *CFCs*, apesar de não indicar se devem ser adotados de modo cumulativo ou alternativo. Dentre tais critérios, destacam-se o critério da renda passiva – que considera a preponderância da natureza renda da empresa investida, distinguindo se decorre de atividades operacionais ou não operacionais – e o critério jurisdicional – que verifica se a controlada se localiza fora ou dentro de país com baixa tributação ou paraíso fiscal.

A partir desses critérios, o legislador prevê hipóteses específicas de comportamentos antievasivos sobre os quais incidem as regras *CFCs*, a fim de permitir que a renda produzida no exterior nestas hipóteses seja alcançada e tributada no país de origem dos investimentos nos mesmos níveis verificados caso aquele arranjo corporativo não existisse.

Nesse sentido, as regras *CFCs* não devem ser pensadas como normas destinadas a aumentar a arrecadação, mas sim como destinadas a evitar comportamentos que, através da erosão da base tributável ou transferência artificial de lucros, afetam a igualdade, a livre concorrência e a neutralidade fiscal¹⁵.

No entanto, historicamente, o padrão brasileiro de tributação alcança, em regra, o lucro da empresa estrangeira (investida) sem que haja a realização do lucro pela investidora com base no resultado do investimento na controlada no exterior, destoando do padrão internacional, conforme será analisado a seguir.

14 Carlos Augusto Daniel Neto e Romero Lobão Soares, “Regras CFC Brasileiras e *Pillar 2: Coordenação, Superposição ou Redundância?*”, In Luís Flávio Neto et al. (coord.). *Tributação em Bases Universais: Desafios Atuais e Futuros para o Brasil*, (São Paulo: IBDT, 2023), 213-214.

15 Felipe de Carvalho Pavão, Giácomo Páro e Thales Michel Stucky, “O Regime de Consolidação de Resultados de Controladas no Exterior no Modelo Brasileiro – Instrumento para Efetiva Apuração de Renda no Âmbito da TBU ou Mero Favor Fiscal?” In Luís Flávio Neto et al. (coord.). *Tributação em Bases Universais: Desafios Atuais e Futuros para o Brasil*. (São Paulo: IBDT, 2023), 51-78.

2. PANORAMA HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TRIBUTAÇÃO DE CONTROLADAS E COLIGADAS

Desde a primeira tentativa da União Federal de tributar a renda das pessoas jurídicas em bases universais (*world wide income taxation*), o tema tem provocado diversos debates na doutrina e, por conseguinte, na jurisprudência. Não obstante o recorte metodológico deste artigo centrar-se na análise do regime tributário ora vigente, é importante examinar, brevemente, o panorama histórico da legislação brasileira sobre o tema e suas repercussões na doutrina e jurisprudência, a fim de compreender o atual contexto da tributação de controladas e coligadas detidas por pessoas jurídicas brasileiras.

Como aponta Paulo Ayres Barreto¹⁶, a primeira tentativa de se extinguir o critério da territorialidade material na fixação da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) – tradicionalmente adotado nos países latino-americanos – ocorreu por meio do Decreto-Lei n.º 2.397/1987. O art. 7º do referido Decreto-Lei¹⁷ previa que deveriam ser computados no lucro real das pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no Brasil os resultados obtidos no exterior, diretamente ou através de filiais, sucursais, agências ou representações. Além disso, o parágrafo único do mesmo dispositivo acrescentava que o imposto de renda pago no exterior deveria ser considerado redução do imposto de renda brasileiro, mas a redução não poderia implicar em imposto menor que o valor que seria devido sem a inclusão dos resultados obtidos no exterior.

Essa norma foi logo substituída pelo art. 8º do Decreto-Lei n.º 2.413/1988¹⁸, que incluiu os resultados das “explorações indiretas” através de

16 Paulo Ayres Barreto, “Tributação dos resultados auferidos no exterior”, *In: Aires Fernandino Barreto (coord.). Direito Tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, (São Paulo: Malheiros, 2011), 561-581.

17 “Art. 7º Serão computados no lucro real das pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País os resultados obtidos no exterior, diretamente ou através de filiais, sucursais, agências ou representações. Parágrafo único. O Imposto de Renda pago no exterior será considerado redução do Imposto de Renda brasileiro, mas a redução não poderá implicar imposto menor que o que seria devido sem a inclusão dos resultados obtidos no exterior. (Revogado pelo Decreto n.º 2.413, de 1988)”

18 “Art. 8º Serão computados no lucro real das pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País os resultados obtidos no exterior, diretamente, ou através de subsidiárias, filiais, sucursais, agências ou representações. 1.º A tributação dos resultados das atividades de navegação marítima, aérea, de outros transportes e meios de comunicação com países estrangeiros, continuará regida pelas

“subsidiárias” no escopo da tributação da renda das pessoas jurídicas residentes no Brasil. Conforme registra Alberto Xavier¹⁹, a inserção do Brasil entre os países que já tributavam a renda mundial das pessoas jurídicas ali domiciliadas resultou em um avanço para além do que era previsto na legislação norte-americana e inglesa, visto que estes países tributavam somente os resultados das “explorações diretas”. Nesse compasso, a legislação brasileira aproximou-se da legislação francesa, que também alcançava as “explorações indiretas”, embora estas fossem admitidas somente a título excepcional e a requerimento do contribuinte no ordenamento francês²⁰.

Contudo, dois meses após sua edição, o art. 8º do Decreto-Lei n.º 2.413/1988 foi revogado pelo art. 11 do Decreto-Lei n.º 2.429/1988, restabelecendo o princípio da territorialidade. Isto é, foi reinstituída a previsão de incidência de IRPJ somente sobre a renda produzida em território nacional, extinguindo-se a Tributação em Bases Universais (TBU) no ordenamento jurídico brasileiro.

Após sete anos, houve nova tentativa de introduzir o princípio da universalidade na tributação da renda das pessoas jurídicas, seguindo uma tendência mundial, a partir do art. 25 da Lei n.º 9.249/1995. Naquele contexto histórico, havia poucas empresas brasileiras com estrutura suficiente para atuar no exterior, e o Brasil era um país predominantemente importador de capital, não existindo, *a priori*, motivos para a adoção do Princípio da Universalidade. Como bem observa Luís Eduardo Schoueri²¹, o verdadeiro intuito do legislador era buscar mecanismos de combate à elisão e ao planejamento fiscais praticados por meio de empresas constituídas no exterior, conforme se depreende da exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 913/1995²².

disposições do artigo 63 da Lei n.º 4.506, de 30 de novembro de 1964. 2.º O imposto de renda pago no exterior será considerado redução do imposto de renda brasileiro, mas a redução não poderá implicar imposto menor que o que seria devido sem a inclusão dos resultados obtidos no exterior. (Revogado pelo Decreto Lei n.º 2.429, de 1988)”

19 Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil...*, 308-309.

20 *Ibidem*.

21 Schoueri, “Tributação internacional das empresas nacionais e desenvolvimento...”, 470.

22 Brasil. Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 7/9/1995, p. 21485 (Exposição de Motivos). Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9249-26-dezembro-1995-349062-exposicaodemotivos-149781-pl.html>>. Acesso em: 02 dez. 2024.

O art. 25 da Lei n.º 9.249/1995 estabelecia, em seu §2º, que os lucros auferidos no exterior por filiais, sucursais ou controladas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil deveriam ser computados na apuração do lucro real da controladora ou matriz, proporcionalmente à participação da pessoa jurídica residente ou domiciliada no país em seu capital. Ou seja, a norma previa a tributação do resultado positivo das empresas controladas independentemente de ter havido a distribuição de dividendos em favor da controladora sediada no Brasil. Por outro lado, somente os lucros realizados pela coligada deveriam ser adicionados ao lucro líquido da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, na proporção da participação desta última no capital social da coligada, conforme previsto no §3º, I, do art. 25 da Lei n.º 9.249/1995.

Nesse contexto, adveio um campo de hesitação quanto à legalidade da norma de tributação das controladas no exterior, uma vez que o art. 25 da Lei n.º 9.249/1995 previa a tributação de valores sobre os quais a controladora brasileira não possuía disponibilidade, violando o art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN), que exige a disponibilidade jurídica ou econômica da renda para a incidência do IRPJ. Assim, alguns Autores, como Luís Eduardo Schoueri²³, entenderam que a Lei nº 9.249/1995 elegeu novo fato gerador do IRPJ, qual seja, a apuração do lucro pela controlada, em detrimento da distribuição do lucro à controladora.

Mais ainda, Ricardo Mariz²⁴ questionou a constitucionalidade do dispositivo legal em comento, haja vista que o conceito de renda pressupõe que as rendas e proventos estejam na disponibilidade do titular do patrimônio aumentado, por força do conceito constitucional, previsto no art. 153, III, da Constituição Federal de 1988 e explicitado pelo art. 43 do CTN.

Em virtude desses questionamentos, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 38/1996, mitigando a supracitada previsão legislativa, ao estabelecer, no seu art. 2º, que, em qualquer caso, somente deveriam ser adicionados ao lucro da controladora ou coligada no Brasil, os

23 Luís Eduardo Schoueri, “Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um novo capítulo no direito tributário internacional do Brasil?”, *In*: Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Imposto de Renda: alterações fundamentais*, (São Paulo: Dialética, 1996), 145.

24 Ricardo Mariz de Oliveira, “A disponibilidade ficta de lucros de coligadas ou controladas no exterior. *In* Valdir de Oliveira Rocha, (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v. 6. (São Paulo: Dialética, 2002), 391-408.

lucros da empresa estrangeira que tivessem sido disponibilizados à empresa brasileira²⁵.

No entanto, é evidente que a Instrução Normativa extrapolou sua função normativa de regulamentar a lei ordinária, ao alterar o aspecto temporal e, por conseguinte, o aspecto material da regra-matriz de incidência do IRPJ sobre as controladas do momento de “apuração do lucro em balanço” para o momento de “disponibilização do lucro à empresa brasileira”. Desse modo, carecendo a Instrução Normativa de base legal, não demorou muito para que fosse publicada a Lei n.º 9.532/1997, a qual determinou, no seu art. 1, que somente deveriam ser adicionados ao lucro líquido da investidora brasileira, para determinação do seu lucro real, os lucros que tivessem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil naquele ano-calendário.

Posteriormente, o Poder Executivo apresentou o Projeto de Lei Complementar n.º 77/1999, transformado na Lei Complementar n.º 104/2001, a fim de, dentre outras alterações no CTN, incluir uma regra excepcional quanto ao momento de realização da renda tributável. O Projeto de Lei foi elaborado sob o pretexto de se adotar “como base primária de incidência a renda em seu conceito bruto, assim entendido a receita ou o rendimento, possibilitando, assim a instituição, por meio de lei ordinária, de um imposto de renda mínimo”, conforme exposição de motivos do PLP²⁶. A hipótese excepcional, acrescentada no §2º do art. 45 do CTN, dispõe que “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”.

A partir dessa alteração normativa, foi editada a Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, que, em seu art. 74, estabeleceu uma norma antidiferimento como regra de tributação, tanto para controladas quanto para coligadas localizadas no exterior. Esse dispositivo revigorou a previsão do supracitado art. 25 da Lei n.º 9.249/1995, ao determinar que os lucros apurados no exterior

25 Cf.: Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 165.

26 Brasil. Projeto de Lei Complementar n.º 77/1999. Diário da Câmara dos Deputados. Ano LIV, n.º 171, Sábado, 16 de out. de 199. Brasília, DF, p. 48931 (Mensagem n.º 1.459/1999 do Poder Executivo). Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16OUT1999.pdf#page=42>>. Acesso em: 02 dez. 2024.

por coligadas e controladas de empresa brasileira deveriam ser adicionados ao lucro líquido da pessoa jurídica residente no Brasil no dia 31 de dezembro do exercício em que tiverem sido apurados, independentemente de sua efetiva distribuição²⁷.

Mais uma vez, a tentativa da União Federal de instituir a tributação da renda das pessoas jurídicas em bases universais não passou isenta de críticas e controvérsias. Apesar da inserção do §2º no art. 43 do CTN, muitos juristas têm entendido que esse parágrafo deve ser compreendido, interpretado e aplicado dentro do contexto do *caput* do mesmo artigo, de forma que o legislador infraconstitucional não tem discricionariedade para eleger qualquer fenômeno como meio ou momento de disponibilização de renda. Afinal, há uma evidente limitação à tributação da renda: a necessária existência de um acréscimo patrimonial disponível ao seu titular, conforme expõem Ricardo Mariz²⁸, Caio Takano e Paulo Ayres Barreto²⁹.

Nessa perspectiva, o art. 74º da Medida Provisória n.º 2158-35/2001 extrapolou a previsão do art. 43º do CTN, pois estabeleceu a incidência de IRPJ sobre rendimentos indisponíveis ao seu titular. Por conseguinte, o art. 74 também extravasou a própria competência da União Federal para tributar a renda e os proventos de qualquer natureza, da qual o art. 43 é apenas explicitação complementar.

Além disso, os lucros não distribuídos pelas coligadas ou controladas, isto é, retidos nos seus patrimônios, pertencem a elas, não representando direitos dos seus sócios ou acionistas. Assim, não é possível afirmar, jurídica e logicamente, que haja disponibilidade de direito, pois a disponibilidade é atributo relacionado a determinado objeto. Logo, não havendo o objeto,

27 “Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento. 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. (Revogado pela Lei nº 12.973, de 2014)”

28 Oliveira, “A disponibilidade ficta de lucros de coligadas...”

29 Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano, “Tributação do resultado de coligadas e controladas no exterior, em face da Lei nº 12.973/2014”, *In* Valdir de Oliveira Rocha (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. v. 18, (São Paulo: Dialética, 2014), 352-378.

é impossível se cogitar a disponibilidade jurídica ou econômica do objeto inexistente³⁰.

Outro ponto de destaque é que o art. 74 da MP n.º 2158-35/2001 violou o princípio da razoabilidade, ao considerar como parte dos lucros da investidora sediada no Brasil o montante dos lucros das suas controladas ou coligadas no exterior, como se ambas fossem uma mesma pessoa jurídica; enquanto o §5º do art. 25 da Lei n.º 9.249/1995 proíbe expressamente que os prejuízos decorrentes dessas operações no exterior sejam compensados com os lucros das investidoras brasileiras aqui auferidos. Desse modo, a legislação respeita a diferenciação de identidades pessoais e a separação de patrimônios para apuração de prejuízos, mas, para os lucros, pretendeu adotar critério diverso, não guardando qualquer critério de razoabilidade, como salienta Ricardo Mariz de Oliveira³¹.

Outrossim, a MP em comento não restringiu a aplicação da “tributação automática” para os casos de paraísos fiscais ou de tributação favorecida e de investimentos passivos no exterior, como é a prática internacional para aplicação das regras *CFCs*, detalhada acima. Assim, o legislador desconsiderou a possibilidade de a controlada ou coligada no exterior estar servindo a propósitos alheios à evasão fiscal, como a atuação no segmento internacional do mercado, conforme pondera Schoueri³².

Nesse contexto, as empresas brasileiras com presença no exterior passaram a enfrentar um novo óbice ao seu crescimento econômico. Isso porque, além de estarem obrigadas a adicionar o resultado positivo das empresas investidas no exterior para fins de apuração do lucro devido no Brasil ainda que não tivessem recebido dividendos³³, os resultados positivos não carregavam quaisquer créditos de imposto a serem deduzidos na tributação no Brasil. Isso decorre do fato de que, em geral, o crédito de imposto pago no exterior a ser deduzido no Brasil é o imposto sobre dividendos, de modo que, na ausência de distribuição de dividendos pelas empresas controladas e coligadas no

30 Oliveira, “A disponibilidade ficta de lucros de coligadas...”

31 Ricardo Mariz de Oliveira, “O Imposto de Renda e os lucros auferidos no exterior”, *In* Valdir de Oliveira Rocha, (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v. 7. (São Paulo: Dialética, 2003), 342-361.

32 Schoueri, “Tributação internacional das empresas nacionais e desenvolvimento...”, 473.

33 Cf.: Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 168-169.

exterior, seus referidos resultados positivos não terão sido tributados no Estado de fonte, tornando inexequível a compensação de créditos na tributação da investidora no Brasil.

Nesse cenário de controvérsias, o primeiro posicionamento da jurisprudência administrativa foi no sentido de que a adição do resultado da investida na investidora no Brasil equivaleria a “dividendos fictícios”, conforme entendimento proferido no julgamento do caso conhecido como Eagle I³⁴. Contudo, esse entendimento foi superado pelo Conselho de Contribuintes no julgamento denominado como Eagle II³⁵, no qual prevaleceu o posicionamento de que a sistemática prevista pela MP n.º 2158-35/2001 equivaleria a um “Método de Equivalência Patrimonial (MEP) impróprio”, por meio do qual o resultado positivo da empresa investida se refletiria em um aumento do ativo da investidora no Brasil e esse resultado, auferido pela empresa no Brasil, que seria objeto da tributação.

A partir disso, o Conselho de Contribuintes concluiu que a tributação em comento não receberia o tratamento de operação transnacional, pois o lucro tributado seria o acréscimo patrimonial percebido pela empresa investidora no Brasil, por meio do aumento do seu próprio patrimônio, proporcional ao resultado positivo não distribuído. Por conseguinte, essas situações não estariam sujeitas aos tratados para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil, como esclarece Alexandre Alkmim³⁶.

Não tardou para que o art. 74 da Medida Provisória n.º 2158-35/2001 fosse impugnado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2.588/DF e nos Recursos Extraordinários n.º 611.586/PR e n.º 541.090/SC, julgados em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal. Após mais de uma década de debates, não houve consenso entre os Ministros, de forma que a questão foi decidida pelo voto médio do Ministro Joaquim Barbosa, distanciando-se da boa técnica na formação de precedentes.

No decurso do julgamento, foram identificados quatro posicionamentos: (i) inconstitucionalidade incondicional da norma, pois o dispositivo teria

34 Ministério da Fazenda. Primeiro Conselho de Contribuintes. Processo n.º 16327.000112/2005-34. Acórdão n.º 10195.802. Relatora Sandra Maria Faroni. Data de julgamento: 19/10/2006.

35 Ministério da Fazenda. Primeiro Conselho de Contribuintes. Processo n.º 16327.000530/2005-28. Acórdão n.º 10197.070. Relatora Sandra Maria Faroni. Data de julgamento: 17/12/2008.

36 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 174.

criado uma presunção absoluta de que o contribuinte teria a intenção de evadir o tributo e a investidora não teria disponibilidade dos lucros antes da distribuição dos dividendos (Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello); (ii) constitucionalidade incondicional, em razão do caráter antielisivo ou antievasivo da norma, bem como da submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao MEP (Ministros Nelson Jobim, Eros Grau e César Peluso); (iii) inconstitucionalidade parcial (condicional), afastando a aplicabilidade do dispositivo apenas em relação às coligadas, pois as controladoras teriam efetiva disponibilidade do lucro auferido pelas controladas (Ministra Ellen Gracie); e (iv) constitucionalidade do dispositivo, mas com a observância dos tratados internacionais e o afastamento de outras oscilações que não representariam renda, como a variação cambial (Ministro Ayres Britto)³⁷.

Diante disso, o STF julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) para conferir interpretação conforme à Constituição, afastando a aplicação do dispositivo para coligadas fora de paraísos fiscais e admitindo sua incidência sobre controladas em tais jurisdições, nos moldes do voto do Ministro Joaquim Barbosa³⁸. Quanto às demais hipóteses (controladas sediadas fora de paraísos fiscais e coligadas em paraísos fiscais), não se obteve maioria absoluta dos votos, exigida pelo art. 97 da CRFB/1988³⁹, de modo que o STF considerou constitucional a norma questionada, mas sem conferir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes a essa deliberação.

Além disso, a Excelsa Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 74 parágrafo único, da MP n.º 2.158-35/2001, que estabelecia que os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001, ainda não distribuídos, deveriam ser considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002. Desse modo, impossibilitou-se a aplicação retroativa da norma.

37 Cabe explicitar que o Ministro Gilmar Mendes se declarou impedido para julgar a ADI, pois havia atuado neste caso, anteriormente, como Advogado-Geral da União, motivo pelo qual houve apenas dez votos.

38 STF. ADI 2.588/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Redator do Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2013, DJe 14/08/2014.

39 CRFB/1988. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Naquela ocasião, o acórdão do STF foi imediatamente contestado, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade baseada na localização das empresas no exterior (paraísos fiscais/tributação favorecida ou não) provocou a atuação do STF como “legislador positivo”, hipótese vedada ao Poder Judiciário, conforme a jurisprudência da própria Corte⁴⁰. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio defendeu que a diferenciação proposta pelo Ministro Joaquim Barbosa não encontraria amparo na legislação de regência e que o instituto da interpretação conforme teria como pressuposto um preceito que pudesse ser interpretado em diversos sentidos, o que não se verificaria no caso em questão⁴¹.

De fato, o Ministro Joaquim Barbosa adotou um critério de distinção existente no Direito Comparado, nas supracitadas regras *CFCs*, que estabelecem regimes excepcionais de tributação automática de lucros para investimentos em “paraísos fiscais”, embora a MP n.º 2.158-35/2001 não tenha restringido sua aplicação aos limites de uma regra antielisiva específica⁴². Em seu voto-médio, o próprio Ministro reconhece que “estão ausentes do texto impugnado elementos de diferenciação relevantes, utilizados pelas legislações de inúmeros países europeus para identificar desvios de propósito e, com isso, não apenas negócios legítimos”⁴³. Assim, é questionável a atuação do STF nesse caso, ao inovar o sistema normativo com a importação desses critérios das regras *CFCs*.

Apesar disso e de outras críticas cabíveis ao referido julgamento, fato é que o voto-médio do Ministro Joaquim Barbosa decidiu a controvérsia na ADI e, na sequência, o entendimento foi aplicado no julgamento do RE

40 A título de exemplo, veja-se: “O STF como legislador negativo: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. [...]” (STF. ADI 1063 MC, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1994, publicado em 27/04/2001.)

41 STF. RE 541.090/SC, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Redator do Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2013, *DJe* 30/10/2014.

42 Cf.: Rocha, *Tributação de lucros auferidos por controladas...* 100-104.

43 STF. ADI 2.588/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie..., *cit.*, 236.

n.º 611.586/PR, *leading case* do Tema n.º 537 de Repercussão Geral. Nesse último caso, o contribuinte questionava a tributação de lucros auferidos por empresa controlada localizada em paraíso fiscal, especificamente em Aruba, ilha caribenha. Diante disso, o STF, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário, autorizando a tributação automática dos lucros auferidos pela referida controlada no exterior⁴⁴.

Já o RE n.º 541.090/SC foi interposto pela União Federal contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região (TRF-4), que afastou a aplicação do art. 74 da MP n.º 2.158-35/2001, com o argumento de que os resultados positivos apurados pela controlada não ensejariam, automaticamente, o aumento nominal do valor das ações da investidora, tampouco do número de ações representativas do capital social, não havendo acréscimo patrimonial apto a legitimar a cobrança de IRPJ sobre os resultados positivos da equivalência patrimonial. Nesse caso, tratava-se da tributação de empresas controladas situadas em países sem tributação favorecida (China, Itália e Uruguai), hipótese para a qual não foi firmado entendimento com efeito vinculante na ADI n.º 2.588/DF.

Não obstante, o STF, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, considerando constitucional a tributação automática de lucros auferidos por empresa controlada sediada em país sem tributação favorecida, com o fundamento de que a identificação do lucro em balanço da controlada no exterior já representaria uma disponibilidade econômica da controladora sobre os rendimentos apurados, ainda que não houvesse disponibilidade financeira (existência física dos recursos em caixa), nos moldes do voto do Ministro Teori Zavascki, que referenciou diversos trechos do voto do Ministro Nélson Jobim na ADI n.º 2.588/DF. Ato contínuo, determinou a remessa dos autos ao Tribunal de origem para este se pronunciar sobre a questão atinente à violação dos tratados internacionais, que havia sido levantada pelo contribuinte, mas não foi enfrentada pelo acórdão recorrido⁴⁵.

Em meio a tantas controvérsias, não há dúvidas de que esse julgamento não pacificou as discussões em torno do tema. Tanto o é que a Secretaria da Receita

44 STF RE 611.586/PR, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2013, *DJe* 10/10/2014.

45 STF RE 541.090/SC, Relator: Min. Joaquim Barbosa..., *cit*.

Federal do Brasil publicou a Solução de Consulta Interna n.º 18/2013, no intuito de esclarecer seu posicionamento sobre a tributação de controladas e coligadas no exterior, após o mencionado julgamento. Na ocasião, a Receita Federal informou que o art. 74 da MP n.º 2.158-35/2001 permaneceu aplicável às (i) coligadas situadas em países considerados paraísos fiscais; e (ii) controladas situadas em paraísos fiscais ou fora deles. Ademais, concluiu que o Brasil não estaria tributando os lucros da sociedade domiciliada no exterior, mas sim os lucros auferidos pelos próprios sócios brasileiros, inexistindo qualquer conflito com os tratados internacionais para evitar a dupla tributação.

Foi justamente esse entendimento da Receita Federal que parece ter inspirado a Medida Provisória n.º 627, 11 de novembro de 2013, convertida na Lei n.º 12.973, de 13 de maio de 2014, que estabelece o atual regime de tributação das empresas investidoras sediadas no Brasil, em relação ao resultado de suas controladas e coligadas situadas no exterior. É o que se passa a demonstrar.

3. REGIME DE TRIBUTAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI N.º 12.973/2014 E O “MEP IMPRÓPRIO”

Com a justificativa de estabelecer a tributação de coligadas e controladas no exterior em consonância com o entendimento do STF⁴⁶, a Lei n.º 12.973/2014 instituiu o regime de tributação da empresa investidora localizada no Brasil incidente sobre os resultados gerados pela investida no exterior na proporção da participação da empresa brasileira na investida. A partir da dualidade criada no voto do Ministro Joaquim Barbosa, o legislador trouxe conceitos de outros ordenamentos jurídicos para justificar as novas regras,

46 É o que se depreende da exposição de motivos apresentada pelo então Ministro da Fazenda, Guido Mantega, junto ao texto da Medida Provisória n.º 627/2013, convertida na Lei n.º 12.973/2014: “A Subseção II da Seção I do Capítulo VIII trata especificamente da tributação de coligadas e, em consonância com o entendimento da Egrégia Corte Constitucional, estabelece a tributação, como regra geral, apenas no momento da disponibilização dos dividendos. Não satisfeitas as condições para a regra geral de tributação de coligadas, a norma prevê em seu art. 78 um tratamento específico. [...]”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1239232&filename=Tramitacao-MPV%20627/2013>. Acesso em: 04 dez. 2024.

com um pretensão caráter antievasivo (ou antiabuso). No entanto, em virtude de sua orientação evidentemente arrecadatória, o tratamento fiscal instituído pela referida lei continua destoando da prática internacional⁴⁷.

A começar, a Lei n.º 12.973/2014 parte dos conceitos de entidades coligadas e controladas previstos na Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei de Sociedades Anônimas), com as alterações promovidas pela Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009. Esta última lei foi um dos instrumentos normativos utilizados pelo Brasil para promover a convergência da contabilidade brasileira às normas internacionais de contabilidade (IFRS). Logo, a identificação de controladas e de coligadas prevista na redação atual da Lei das S.A. segue a mesma linha das normas internacionais de contabilidade, havendo, neste ponto, semelhança com a prática internacional, como esclarece Alexandre Alkmim⁴⁸.

Conforme disposto no art. 243, §1º, da Lei das S.A., considera-se como coligada a sociedade na qual a investidora tenha influência significativa. Esse grau de influência (i) se verifica quando a investidora detém ou exerce o poder de participação nas decisões da política financeira ou operacional da investida, sem controlá-la; e (ii) se presume quando a investidora é titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la, nos termos dos §§4º e 5º, do mesmo artigo da Lei das S.A.

Por sua vez, considera-se controlada a sociedade na qual a investidora, diretamente ou por meio 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, conforme o §2º, do art. 243, da Lei das S.A.

Assim, em síntese, (i) se a investidora possui pouca ou nenhuma influência e é titular de menos de 20% (vinte por cento) do capital votante, configura-se investimento neutro; (ii) se a investidora tiver influência significativa na investida, sendo titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, ou detentora de poder de participação nas decisões políticas da investida, trata-se de coligada; e (iii) se a investidora, direta ou indiretamente, determina, de modo permanente e preponderante, a gestão da empresa, consiste em uma entidade controlada.

47 Nesse sentido, confira-se em Barreto e Takano, "Tributação do resultado de coligadas...", 358.

48 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 184.

A partir dessa classificação legal, a Lei n.º 12.973/2014 estabelece o tratamento fiscal das controladas e coligadas no exterior de pessoas jurídicas situadas no Brasil, mas acrescenta alguns requisitos e restrições para a classificação do grau de influência e, por conseguinte, para a incidência da tributação sobre o lucro auferido no exterior por meio dessas entidades.

Primeiro, tem-se a categoria de coligadas, a qual pertencem as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa, nos supracitados moldes da Lei das S.A., desde que (i) não esteja localizada em jurisdição com tributação favorecida, (ii) não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado e (iii) não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário favorecido, nos moldes do art. 81 da Lei n.º 12.973/2014⁴⁹.

Atualmente, considera-se país ou dependência com tributação favorecida aquele (i) que não tribute a renda ou que a tribute com alíquota máxima inferior a 17% (dezessete por cento), conforme art. 24, *caput*, da Lei n.º 9.430/1996; ou (ii) 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, nos termos do art. 24, §4º, da mesma Lei.

Por sua vez, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que possuir, no mínimo, uma das seguintes características, nos termos do art. 24-A, parágrafo único, da Lei n.º 9.430/1996: (i) não tribute a renda ou que o faça a alíquota máxima inferior a 17% (dezessete por cento); (ii) conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente (ii.a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; ou

49 Importante pontuar que esse dispositivo também incluía as entidades sujeitas a “regime de subtributação”, assim entendido o regime de tributação dos lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior à alíquota nominal inferior a 20% (vinte por cento), conforme previsto na redação original do art. 84, da III, da Lei n.º 12.973/2014. Essa alíquota nominal também era utilizada para identificar o país com tributação favorecida, na redação original do art. 24, *caput*, da Lei n.º 9.430/1996, de modo que a Receita Federal identificava a mesma lista de países para ambos os conceitos. Contudo, a Medida Provisória n.º 1.152/2022, convertida na Lei n.º 14.596/2023, reduziu a alíquota nominal para 17% (dezessete por cento) para caracterização dos países com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados – sob a justificativa de que houve uma redução das alíquotas nominais dos tributos sobre a renda das pessoas jurídicas em diversos países do mundo, consoante sua exposição de motivos – sem ter efetuado redução semelhante para o conceito de subtributação. Nesse contexto, a Medida Provisória n.º 1.262/2024 revogou os incisos da Lei n.º 12.973/2014 referentes ao regime de subtributação, na tentativa de eliminar a insegurança na aplicação da Lei n.º 14.596/2023, equiparando os dois conceitos, conforme a exposição de motivos.

(ii.b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; (iii) não tribute os rendimentos auferidos fora de seu território ou o faça a alíquota máxima inferior a 17% (dezesete por cento); ou (iv) não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.

Diante dessas especificações legais, a Receita Federal estabelece uma lista taxativa de jurisdições que são consideradas como países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados para fins de tributação, por meio de Instrução Normativa n.º 1.037, de 04 de junho de 2010. Nesse ponto também se diferencia da prática internacional.

Além disso, também recebe o tratamento fiscal de coligada a empresa investida que seja controlada por um acordo de forças entre a empresa investidora e outra parte não vinculada, cuja hipótese é denominada de *joint venture*. Nesse caso, a investidora possui influência significativa na investida, através do acordo entre empresas, pelo que é equiparada à coligada, desde que essa união de forças não ocorra entre partes vinculadas e a participação de ambas as empresas não supere 50% (cinquenta por cento) do capital da investida. Caso contrário, a investida será equiparada a controlada, nos moldes do art. 83 da Lei n.º 12.973/2014.

A empresa investidora se submete à tributação do lucro auferido por meio de sua coligada no exterior, em regra, somente no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido distribuídos dividendos para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, conforme previsto no *caput* do art. 81 da Lei n.º 12.973/2014. Essa previsão segue a linha adotada pelo STF na ADI n.º 2.588/DF, como antecipado.

Ocorre que o §3º do art. 81 submete as coligadas (i) sediadas em paraíso fiscal ou regime fiscal privilegiado e (ii) aquelas controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica em regime de subtributação à tributação de seus lucros na data de apuração, de forma semelhante ao regime da MP n.º 2.158-35/2001. Assim, a tributação dos lucros auferidos pela pessoa jurídica brasileira por meio de coligada que se enquadra nessas hipóteses (denominadas de “coligadas impróprias”⁵⁰) independe de o investimento ser ativo ou passivo; de a investidora possuir imediata disponibilidade

50 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 192-193.

sobre os lucros da investida; ou ainda de a coligada ser um complexo parque industrial ou mera empresa de papel⁵¹.

Desse modo, como aponta Alexandre Alkmim⁵², o tratamento fiscal das “coligadas impróprias” é uma medida com caráter evidentemente antievasivo, que impede qualquer possibilidade de diferimento da tributação e, inclusive, de apropriação de crédito. Isso porque o crédito decorre da tributação sobre os dividendos, de forma que, na cobrança do Imposto de Renda sobre lucros ainda não distribuídos, não há créditos a serem deduzidos do imposto devido. Logo, essa norma tributária induz a distribuição dos lucros anualmente, evitando o diferimento.

Diferentemente do regime de tributação das coligadas, a Lei n.º 12.973/2014 determina o cômputo das parcelas do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, equivalente aos lucros por ela auferidos no período, antes do imposto sobre a renda, 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.

A referida lei não estabelece um conceito próprio de entidade controlada e não prevê exceções ao conceito previsto na Lei das S.A., como faz em relação às coligadas. Logo, aplica-se o supracitado conceito de controle, no sentido de que se considera controlada a sociedade em que a investidora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos que lhe assegurem, permanentemente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores, conforme o §2º, do art. 243, da Lei das S.A. Essa parece ser a melhor interpretação, convergente com o disposto no art. 110 do CTN.

Assim, a situação de controle se verifica em cada caso, na apuração do poder da investidora sobre a gestão da sociedade investida. É nítido que se a investidora detiver a maioria do capital social da investida, a primeira deverá ser considerada como controladora. Contudo, o controle pode se dar a partir de um capital inferior a 50% (cinquenta por cento), por exemplo quando a entidade investida tiver o seu capital social diluído em ações na bolsa de valores ou o investidor possuir direitos especiais quanto à gestão e administração

51 Cf.: Barreto e Takano, “Tributação do resultado de coligadas...”, 352-378.

52 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 213.

da empresa, por meio de acordo de acionistas ou de *golden share*⁵³. Por outro lado, quando se verifica que o controle da investidora é minoritário, sendo detentora de menos de 20% (vinte por cento) do capital votante, trata-se investimento neutro, que não se submete às regras de controladas e coligadas (pretensamente regras *CFC*), como antecipado.

Ademais, a Lei n.º 12.973/2014, em seu art. 83, equipara à controladora a empresa coligada que possua mais de 50% (cinquenta por cento) do seu capital social subscrito pela investidora no Brasil e por pessoas a ela consideradas vinculadas (controlada indireta). Adiante, o parágrafo único do art. 83 prevê as hipóteses de vinculação, dentre as quais, por exemplo, a pessoa física ou jurídica associada à pessoa jurídica domiciliada no Brasil, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento.

A lei em comento também estabelece um regime de tributação próprio para as controladas que (i) estejam sediadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou beneficiárias de regime fiscal privilegiado; (ii) sejam investidas, direta ou indiretamente, por controladora situada em paraíso fiscal; (iii) possuam renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total; ou (iv) estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários. A adoção desses dois últimos critérios evidencia a tentativa do legislador de se aproximar das regras *CFCs*, haja vista a crescente preocupação da OCDE com os paraísos fiscais centralizada no grau de cooperação no combate ao sigilo e à opacidade das informações⁵⁴.

Para as controladoras cujas empresas investidas não se enquadram em nenhuma dessas quatro situações, há a possibilidade de se considerar de forma consolidada os resultados dos seus investimentos no exterior para fins de apuração do IRPJ e da CSLL (da controladora sediada no Brasil), de forma que os lucros e os prejuízos das controladas podem ser compensados entre si; enquanto, para as demais, a apuração deverá ser realizada de forma individualizada, registrando-se contabilmente o resultado de cada controlada direta e indireta, de forma proporcional à participação

53 Cf.: Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 194-195.

54 A respeito, vide a opinião de Barreto e Takano, "Tributação do resultado de coligadas...", 360.

da investidora em cada uma delas, nos moldes dos arts. 77 e 78 da Lei n.º 12.973/2014.

Na prática, essa restrição à consolidação do resultado auferido pelas investidas pode ensejar a tributação de rendimentos de controladas no exterior ainda que o resultado total da investidora seja negativo. Nesse compasso, tributa-se sem que tenha sido auferida renda considerada globalmente, em bases universais, que é a premissa do modelo adotado no Brasil. Como bem aponta Misabel Derzi⁵⁵, o resultado negativo ou prejuízo da pessoa jurídica empresarial significa perda de capital próprio ou perda de valor dos bens do patrimônio, sendo exatamente o conceito oposto ao de acréscimo patrimonial. Assim, a restrição em comento pode levar à tributação sobre renda inexistente, além de possuir efeito de uma sanção (consequência indesejável) às controladoras quando uma ou mais de suas controladas se encontrem em uma das quatro situações elencadas acima.

Sejam os lucros das sociedades controladas considerados de forma consolidada ou individualizada pelas controladoras brasileiras, fato é que os lucros auferidos no exterior são tributados independentemente de serem distribuídos à investidora situada no Brasil. Desse modo, o resultado percebido pela controlada deve refletir na base de apuração do lucro tributável da controladora no Brasil antes mesmo do imposto de renda ser pago no país de domicílio da controlada estrangeira, a partir da apuração da valorização do investimento por meio do “MEP impróprio”: Se o resultado for positivo, o lucro da controlada será tributado no Brasil; se for negativo, o prejuízo poderá ser acumulado para fins de dedução com lucros futuros, desde que registrado no lado B do Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR)⁵⁶.

Causa ainda mais espécie a impossibilidade de se compensar os prejuízos percebidos pelas controladas no exterior com os lucros auferidos pela controladora no Brasil. Conforme previsto no art. 79, II, da Lei n.º 12.973/2014, o prejuízo da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior somente pode ser compensado com os lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, inclusive no regime de consolidação. Ou seja,

55 Misabel Abreu Machado Derzi, “Princípio de Cautela ou Não Paridade de Tratamento entre o Lucro e o Prejuízo”, In Maria A. M. Carvalho, (Coord.), *Estudos de direito tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, (Rio de Janeiro: Forense, 1998), 255-265.

56 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 203.

mesmo quando se apura saldo remanescente de prejuízo após a consolidação de lucros e prejuízos entre as controladas, as perdas apenas podem ser compensadas, nos anos seguintes, com os lucros da mesma pessoa jurídica que tenha incorrida em tais prejuízos. Ora, no mínimo, seria razoável permitir que os prejuízos fossem consolidados e compensados com os lucros auferidos pelas empresas que participaram da consolidação, nos anos seguintes, o que é vedado pela legislação vigente⁵⁷.

À vista disso, é evidente que as pretensas regras *CFCs* brasileiras adotam critérios muito abrangentes para se tributar os lucros auferidos no exterior, conforme apontado, até mesmo, pela doutrina internacional⁵⁸, e, a contrário *sensu*, muito restritivo para compensação de prejuízos. Isso porque, em síntese, o modelo brasileiro determina (i) a adição da parcela relativa aos lucros no exterior apurada por controladas independentemente destas entidades estarem localizadas ou não em países de tributação favorecida; (ii) independentemente desses resultados terem sido disponibilizados ou não à investidora; (iii) mesmo sem a constatação de a estrutura corporativa utilizada pelo contribuinte no exterior ser abusiva em sua forma (fraude ou simulação)⁵⁹ e (iv) por outro lado, veda a compensação de prejuízos apurados pelas controladas com o resultado da controladora.

Por isso, como bem entendem Sérgio Rocha André⁶⁰, Alexandre Alkmim⁶¹, Caio Takano e Paulo Ayres Barreto⁶², a legislação brasileira não pode ser considerada propriamente uma legislação *CFC*, pois esta possui como traço típico o caráter excepcional de sua aplicação, no intuito de evitar determinados casos de abuso. Em outras palavras, embora a legislação brasileira empregue parâmetros utilizados em legislações *CFCs* de outros países, não há em nosso ordenamento jurídico genuínas regras *CFCs* que justifiquem a ficção de

57 Cf.: Tarsila Ribeiro Marques Fernandes. “A legislação brasileira de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior: momento para mudanças”, *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 26, n. 139, p. 371-395, maio/ago., 2024.

58 A título ilustrativo, vide a opinião de Arnold, “The evolution of Controlled...”

59 Pavão, Paro e Stucky, “O Regime de Consolidação...”, 55.

60 Sérgio André Rocha, *Política Fiscal Internacional Brasileira*, (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017), 303.

61 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 200-205.

62 Barreto e Takano, “Tributação do resultado de coligadas...”, 360.

distribuição de lucros, pois a “tributação automática” dos lucros das controladas não se restringe a casos excepcionais ou abusivos; não se limita aos investimentos de natureza passiva ou àqueles direcionados a paraísos fiscais; e não diferenciam situações jurídicas legítimas daquelas abusivas. Assim, não há uma clara e precisa distinção na legislação brasileira entre situações nas quais há genuíno exercício da atividade empresarial e aquelas excepcionais que, na prática internacional, ensejam a aplicação de normas *CFCs*, por possuírem o elemento “abusivo”.

Afinal, como explicitado acima, o padrão internacional de tributação de controladas no exterior alcança o lucro “realizado” pelo investimento no exterior por meio do pagamento de dividendos em favor da investidora, excepcionando-se apenas as hipóteses do planejamento tributário de *CFC*. Em contraposição, o padrão brasileiro impõe à investidora brasileira o pesado ônus de pagar tributo sobre o resultado apurado pelas “coligadas impróprias”, controladas e a elas equiparadas no exterior, independentemente da aquisição de sua efetiva disponibilidade ou realização.

Assim, o Brasil tributa o lucro apurado pela empresa investida e controlada no exterior, exigindo-o da controladora residente em seu território, sem que esta tenha auferido a efetiva disponibilidade e realização do lucro da investida, com base apenas na sua apuração, ainda que não efetivamente distribuído ou recebido⁶³. Essa divergência acarreta consequências jurídicas e econômicas negativas que não podem ser desprezadas, como se verá a seguir.

4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS DO REGIME DE TRIBUTAÇÃO ADOTADO PELO BRASIL

Como demonstrado, o atual regime de tributação dos investimentos de pessoas jurídicas brasileiras em coligadas e controladas no exterior estabelece regras de caráter notadamente arrecadatório, que não se harmonizam com os padrões internacionalmente aceitos. Ao prever a tributação dos lucros antes de sua efetiva distribuição e disponibilização, excetuando-se apenas as

63 Nesse mesmo rumo, a opinião de Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 203.

coligadas sediadas em países de tributação normal, a Lei n.º 12.973/2014 buscou assegurar, no maior grau possível, a arrecadação outrora almejada com a edição da Medida Provisória n.º 2.158/2001 após a interpretação conforme à Constituição fixada pelo STF. Contudo, tais desideratos arrecadatórios acarretam consequências jurídicas e econômicas danosas, que não podem ser desprezadas e precisam ser devidamente sopesadas.

A constitucionalidade da Lei n.º 12.973/2014 é, no mínimo, duvidosa, porquanto não foi formada decisão vinculante pelo STF, no supracitado julgamento da ADI n.º 2.588/DF, quanto à possibilidade de tributação de lucros não distribuídos de (i) coligadas em paraíso fiscal ou regime de tributação favorecida, (ii) controladas fora de paraíso fiscal ou regime de tributação favorecida e (iii) controladas indiretas. Assim, a norma é questionável à luz do conceito constitucional de renda, pois este abrange apenas os acréscimos patrimoniais realizados e disponibilizados ao seu titular, como definem Ricardo Mariz⁶⁴ e Fernando Moura⁶⁵. Mesmo na visão dos juristas que negam haver um conceito de renda de índole constitucional, a tributação em comento pode ser questionada por desprezo ao Princípio da Realização da Renda, corolário do Princípio da Capacidade Contributiva, consoante Victor Polizelli⁶⁶.

No âmbito infraconstitucional, também merece atenção o art. 43, *caput*, do CTN, que define a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza como fato gerador do Imposto de Renda. Ainda que o §2º do mesmo dispositivo permita o legislador infraconstitucional estabelecer as condições e o momento em que se considera disponível a renda para fins de tributação dos rendimentos oriundos do exterior, o §2º deve ser interpretado e aplicado dentro do contexto do *caput*, não autorizando a tributação sem a necessária disponibilidade do acréscimo patrimonial pelo seu titular, conforme já alertava Ricardo Mariz⁶⁷ desde a inclusão do §2º ao art. 43 do CTN.

64 Ricardo Mariz de Oliveira, *Fundamentos do Imposto de Renda*, São Paulo: IBDT, 2020. vol. 1.

65 Fernando Daniel de Moura Fonseca, *Imposto sobre a renda: uma proposta de diálogo com a contabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

66 Victor Borges Polizelli, *O princípio da realização da renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

67 Oliveira, “A disponibilidade ficta de lucros de coligadas...”.

Afinal, o registro do MEP na investidora possui, em regra, efeito neutro na apuração do seu lucro tributável, devendo ser dele excluído no LALUR, nos moldes do art. 426, *caput*, do Decreto n.º 9.580/2018 (RIR/2018)⁶⁸. Isso porque, nos termos do Pronunciamento n.º 18 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) (R2)⁶⁹, trata-se de um método de contabilização por meio do qual o investimento é inicialmente reconhecido pelo custo e, a partir disso, é ajustado para refletir a alteração pós-aquisição na participação do investidor sobre os ativos líquidos da investida. Logo, o MEP apenas (re)avalia os investimentos, não implicando na disponibilização dos rendimentos auferidos pela investida à investidora. Por isso, referimos que a Lei n.º 12.973/2014 utiliza do “MEP impróprio”, na expressão cunhada por Alexandre Alkmim⁷⁰.

Assim, não pairam dúvidas de que o fato econômico tributado pela referida lei, e exigido antecipada e indevidamente da investidora (controladora ou coligada em certas circunstâncias), é o lucro da controlada no exterior e não da controladora brasileira. Conforme arguta denúncia de Alberto Xavier⁷¹, exige-se tributo sem prévia realização da renda, tendo a Lei n.º 12.973/2014 utilizado de “mero eufemismo” em sua redação.

Tal exigência enseja sérias dúvidas relativas às dimensões de espaço e tempo. *Primus*, em relação à dimensão de espaço, mesmo considerando a estratégia de se buscar imprimir efeitos fiscais ao MEP, com efeito, não nos parece deter a República Federativa do Brasil competência para fazer seu *ius tributandi* alcançar resultados de empresas investidas auferidos no exterior (frise-se, em

68 RIR/2018. Art. 426. A contrapartida do ajuste de que trata o art. 425, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada para fins de determinação do lucro real, observado o disposto no art. 446 (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 23, *caput*). §1º Não serão computadas para fins de determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do *caput* do art. 421 derivados de investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionem no País (Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977, art. 23, parágrafo único). § 2º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior pelo método da equivalência patrimonial continuarão a ter o tratamento previsto nesta Subseção, sem prejuízo do disposto no art. 446 (Lei n.º 9.249, de 1995, art. 25, § 6º).

69 BRASIL. *Pronunciamento Técnico CPC 18. Investimento em Coligada, em Controlada e em Empreendimento Controlado em conjunto*. Disponível em: < https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/regulados/normascontabeis/cpc/CPC_18_R2_rev_13.pdf >. Acesso em: 12 jan. 2025.

70 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 174-218.

71 Alberto Xavier, “A Lei n.º 12.973, de 13 de maio de 2014, em matéria de lucros no exterior: objetivos e características essenciais”, *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18.

jurisdição alheia) que não tenham sido distribuídos ou disponibilizados às suas sócias (controladoras ou coligadas “impróprias”) no Brasil.

Com relação ao tempo, a exigência do pagamento de tributos, por parte da investidora (controladora ou coligada “imprópria”), incidente sobre resultado de suas investidas no exterior ainda não distribuídos, revela-se, não apenas, precipitada, mas de todo inconveniente, podendo revelar-se eventualmente indevida. Precipitada na medida em que não aguarda a efetiva realização da renda, com a aquisição de sua disponibilidade jurídica ou econômica que não prescindem (nenhuma delas) da distribuição dos resultados auferidos pela investida no exterior. Inconveniente porque penaliza o caixa da investidora brasileira (controladora ou coligada “imprópria”), porquanto dela exige o pagamento de tributo relativo a valores que não lhe estão disponíveis.

Não se pode desprezar a possibilidade de o tributo precipitadamente exigido vir a se converter em pagamento indevido, sempre que o lucro apurado na investida e não distribuído for absorvido por prejuízos supervenientes, hipótese que não pode ser desconsiderada. Sem muito esforço, basta imaginar a possibilidade (inexorável) dos valores não distribuídos, mas reinvestidos, pela investida (controlada ou coligada “imprópria”) virem a ser consumidos por prejuízos em exercícios subsequentes. Nesse caso, mesmo que o resultado do investimento, ao longo do tempo, se reduza a zero ou resulte em prejuízo, já terão sido pagos, pela investidora (controladora ou coligada) tributos brasileiros (IRPJ e CSLL) sobre lucros que, ao fim, não se realizaram.

Acaba-se, assim, por (i) prejudicar ou (ii) encarecer os investimentos de internacionalização, na medida em que a investida controlada no exterior se verá forçada a (i) postergar (ao menos em parte) o reinvestimento do lucro auferido no exterior, prejudicando suas operações, ou (ii) a investidora brasileira necessitará buscar linhas de crédito (com custos financeiros que no Brasil, como se sabe, são altíssimos) para o pagamento de tributo sobre renda ainda não realizada.

Do ponto de vista infraconstitucional, o tema também se mostra problemático quando do exame de sua compatibilidade com os Tratados internacionais para evitar a Dupla Tributação celebrados pelo Brasil, os quais seguem, em sua maioria, o modelo da OCDE. Isso porque, como demonstrado anteriormente, o art. 7 da Convenção Modelo da OCDE assegura a tributação

exclusiva, pelo Estado da Residência, dos lucros da empresa de um Estado Contratante que não mantenha um estabelecimento permanente no outro Estado; por outro lado, a Lei n.º 12.973/2014 determina a tributação dos lucros auferidos no exterior por intermédio de coligadas impróprias, controladas e equiparadas a elas, independentemente de sua efetiva disponibilização à investidora.

Perante essa aparente antinomia, discute-se se a regra do art. 7 dos Tratados de Dupla Tributação (TDT) afasta a aplicação das regras de tributação automática da Lei n.º 12.973/2014, nos casos em que há TDT firmado entre os países envolvidos. Essa discussão perdura desde a publicação do art. 74 da MP n.º 2.158-35/2001 e chegou ao Plenário do STF, por meio do RE n.º 541.090/SC. Naquela ocasião, foi considerada constitucional a tributação automática de lucros auferidos por controlada sediada em país sem tributação favorecida, sob o entendimento de que o reconhecimento contábil, pela investidora brasileira, do resultado da equivalência patrimonial dos lucros de sua controlada, por meio do MEP, já representaria uma disponibilidade econômica da controladora sobre esses rendimentos. Contudo, o STF não analisou eventual antinomia com os TDT, pois determinou a remessa dos autos ao Tribunal de origem para este se pronunciar sobre essa questão, que não havia sido enfrentada pelo acórdão recorrido⁷², como já explicitado.

Com a pretensão de superar a alegação de violação ao art. 7 dos TDT, o entendimento de que o acréscimo patrimonial obtido a partir do ajuste do valor do investimento permanente seria renda da empresa brasileira foi encampado pela já referida Solução de Consulta Interna n.º 18/2013. Esse entendimento permaneceu sendo utilizado sob a égide da Lei n.º 12.973/2014, como se depreende da Solução de Consulta COSIT n.º 400, de 05 de setembro de 2017, por meio da qual a Receita Federal recusou a aplicação da cláusula de dividendos, prevista no art. 10 do Tratado Brasil-Argentina, por entender que a tributação da controladora no Brasil não equivale à tributação de dividendos, mas sim do acréscimo patrimonial da própria investidora. A partir disso, os órgãos fazendários têm sustentado que a possibilidade de dedução dos tributos pagos no exterior, previstos pela Lei

72 STF RE 541.090/SC, Relator: Min. Joaquim Barbosa..., cit.

n.º 12.973/2014, seria um mero benefício concedido ao investidor brasileiro com controladas no exterior.

Como alerta Alexandre Alkmim⁷³, a Receita Federal do Brasil (RFB) entra em patente contradição: ao defender que se trata de tributação de lucro auferido no Brasil por empresa aqui residente e não do lucro auferido no exterior, cai por terra seu argumento de que o §2º do art. 43 do CTN permite o legislador ordinário definir o momento em que se considera disponível o rendimento auferido no exterior para fins de incidência do IRPJ. Afinal, a RFB defende que seria a tributação de lucros auferidos no próprio território nacional. Logo, a Receita Federal aplica a regra geral do *caput* do art. 43 do CTN, que requer a disponibilidade jurídica ou econômica da renda para a incidência do IR e, por isso, afasta a tributação do reflexo contábil, apurado pelo “MEP impróprio”, uma vez que não foram pagos ou deliberados dividendos em favor da empresa brasileira.

Assim, o entendimento fazendário não se sustenta. Como bem apontam Marcus Lívio e Renata Pinheiro⁷⁴, tendo a Lei n.º 12.973/2014 mantido como materialidade tributável o lucro da controlada no exterior (e não a renda auferida pela investidora brasileira, apesar da mudança na nomenclatura), sua incidência deve ser afastada na hipótese de controlada sediada em país com o qual o Brasil tenha firmado TDT, pois, evidentemente, colide com o referido art. 7.

No âmbito da jurisprudência, essa controvérsia ainda parece ter um longo caminho pela frente. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, desde o julgamento do paradigmático REsp n.º 1.325.709/RJ (conhecido como “Caso Vale”)⁷⁵, vinha entendendo, majoritariamente, pelo afastamento da regra de tributação automática dos lucros auferidos no exterior por intermédio de entidades em países com os quais o Brasil tenha celebrado TDT, em virtude do princípio hermenêutico da especialidade, previsto no art. 98 do CTN,

73 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 209-210.

74 Renata S. Cunha Pinheiro e Marcus Lívio Gomes, “A Lei n.º 12.973/2014 e os Tratados para evitar a dupla tributação da renda. *In*.: Marcus Lívio Gomes, Francisco Marconi de Oliveira e Marcos Aurélio Pereira Valadao, (Org.). *Estudos Tributários do II Seminário CARF*, (1.ª ed. Brasília: CNI, 2017, v. 1), 97-114.

75 STJ. REsp n.º 1.325.709/RJ, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Data de Julgamento: 24/04/2014, DJe 20/05/2014.

que favorece a aplicação do TDT (art. 7) em detrimento da norma brasileira geral de tributação de entidades no exterior (art. 74 da MP n.º 2.158-35/2001). Outrossim, como bem apontado pelo então ministro Napoleão Nunes Maia, relator do referido caso paradigmático, a Convenção de Viena impõe, em seu art. 27, que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Contudo, um novo capítulo se inicia com a apreciação do “Caso Vale” pelo STF, no Agravo Regimental no RE n.º 870.214/DF⁷⁶. O julgamento iniciou-se, em maio de 2024, com o voto do Ministro Relator André Mendonça pela inadmissibilidade do recurso, tendo em vista que a discussão se encontra no âmbito infraconstitucional, conforme decidido pelo STF em outras oportunidades. Além disso, mencionou que, caso o recurso fosse admitido, votaria pelo seu desprovimento, considerando que o art. 7 dos TDT impede a tributação de lucros auferidos por controladas no exterior fora do respectivo país de residência, cuja previsão deve prevalecer, e que o Brasil possui uma legislação muito distinta do padrão de *CFC*.

O julgamento foi retomado com o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes⁷⁷, que divergiu do relator para dar provimento ao Agravo Regimental, a fim de dar provimento ao Recurso Extraordinário, no intuito de reconhecer a possibilidade de computar como acréscimo patrimonial positivo da empresa os lucros auferidos por suas empresas controladas com sede na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo. Seu posicionamento causou espécie. Primeiro, o voto contraria a jurisprudência do STF no sentido de que a discussão sobre a violação de tratados internacionais está no âmbito infraconstitucional⁷⁸. Segundo, entendeu que o ponto principal do recurso não se tratava da interpretação de tratados internacionais, considerando-os

76 STF. *RE-AgR n.º 870.214/DF*. Ministro Relator André Mendonça. Plenário Virtual 10/05 a 17/05/2024. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4722409>>. Acesso em: 11 nov. 2024.

77 STF. *RE-AgR n.º 870.214/DF*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Plenário Virtual 04/10 a 11/10/2024. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4722409>>. Acesso em: 11 nov. 2024.

78 Cf.: “[...] 1. A violação constitucional dependente da análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional encerra violação reflexa e oblíqua, tornando inadmissível o recurso extraordinário. Nesse sentido: RE 596.682 Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 21/10/10, e AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 08/09/10, entre outros. [...]” (STF. AI n.º 740.321/SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJe de 05/03/2012).

inaplicáveis ao caso, mas sim a compatibilidade do art. 74 da MP 2.158-35 com o conceito de renda, afirmando que o dispositivo já fora declarado constitucional pela Corte.

Na sequência, o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes⁷⁹, que proferiu seu voto-vista no início de 2025, acompanhando a divergência aberta pelo Ministro Gilmar Mendes. Posteriormente, o Ministro Nunes Marques também acompanhou a divergência, enquanto o Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do relator. Na sequência, houve novo pedido de vista, de modo que o julgamento ainda não foi finalizado.

Também há problemas no padrão de tributação brasileiro de controladas e equiparadas a controladas localizadas em países que ainda não firmaram TDT com o Brasil. Isso porque o mecanismo adotado unilateralmente pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda consiste no método do crédito. Entretanto, como a tributação dos lucros não é feita na distribuição de dividendos pela investida e o reflexo da mera apuração do lucro da investida é tributado no Brasil, a Lei n.º 12.973/2014 permite a apropriação de crédito pela investidora quanto ao imposto sobre a renda pago pela própria investida ao Estado onde está localizada, na proporção de sua participação no capital social da investida.

Em outras palavras, o crédito não decorre do imposto sobre a renda da investidora residente no Brasil, mas sim do imposto pago pela investida por suas próprias operações no exterior. Como o reflexo do lucro da investida é tributado no Brasil – antes mesmo de sua distribuição – o legislador optou pela concessão de crédito à controladora em relação ao imposto pago no exterior pela controlada sobre esse lucro, na proporção da participação da investidora brasileira no capital social da investida. Logo, se a investidora detém 60% (sessenta por cento) do capital social de uma controlada, o mesmo percentual deverá refletir na investidora como lucro da investida e poderá ser aplicado sobre o imposto pago pela investida para fins de apuração do crédito da investidora residente no Brasil.

79 STF. *RE-AgR* n.º 870.214/DF. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. Plenário Virtual 04/10 a 11/10/2024. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4722409>>. Acesso em: 03 mar. 2025.

Esse remendo parece ensejar distorções de difícil superação, pois, quando houver a distribuição dos lucros auferidos no exterior, na forma de dividendos, para a controladora no Brasil, haverá retenção de Imposto de Renda pelo Estado de residência da controlada, mas este tributo não poderá ser compensado com o valor do Imposto de Renda devido pela controladora no Brasil, pois a entidade já terá aproveitado do crédito relativo ao Imposto de Renda devido sobre o lucro da controlada em seu resultado, mencionado acima. Dessa forma, a legislação brasileira impõe um ônus sobre a empresa investidora no Brasil, uma vez que pode haver diferença no patamar de tributação entre operação e dividendos, levando à restrição de apropriação de créditos da tributação mais onerosa⁸⁰.

Como se não bastasse, diversas exigências são impostas ao contribuinte para a compensação do imposto pago no exterior: requerimentos documentais específicos, como o apostilamento do comprovante de pagamento do imposto pago no exterior ou seu reconhecimento pelo Consulado da Embaixada Brasileira (art. 87, §9º, da Lei n.º 12.973/2014); limitações do valor do imposto compensável, como a limitação do valor a ser deduzido ao montante do imposto sobre a renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor das parcelas positivas dos resultados das controladas incluídas na base de cálculo do imposto de renda brasileiro (art. 87, §4º, da Lei n.º 12.973/2014); regras específicas nas situações de prejuízo fiscal e/ou lucro real positivo, mas inferior ao total dos lucros auferidos no exterior, entre outras questões.

As regras que preveem essas exigências não são claras e comportam diferentes interpretações, além das situações em que a legislação é silente. Desse modo, as possíveis interpretações quanto ao aproveitamento do crédito tendem a aumentar o contencioso e mitigam a segurança jurídica em torno do tema⁸¹. Diante destas e outras problemáticas acerca do padrão brasileiro de tributação de coligadas e controladas no exterior, o legislador acaba por impor ao investidor brasileiro no exterior ônus tributários que,

80 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 215-219.

81 Nesse sentido, confira-se: Gabriela Moreno Cibella e Lucas Borges Gonçalves, “Assimetrias Temporais envolvendo a Dedução de Impostos Pagos no Exterior”, *In*: Luís Flávio Neto *et. al.* (coord.). *Tributação em Bases Universais: Desafios Atuais e Futuros para o Brasil*, (São Paulo: IBDT, 2023), 39-50.

ao invés de propiciar a neutralidade almejada, ou estimular a realização de investimentos, cria óbices ao desenvolvimento de negócios no exterior a partir do Brasil.

Nesse compasso, a legislação brasileira desincentiva fortemente as empresas brasileiras a procurarem uma expansão internacional para seus negócios e a realizarem reinvestimentos no exterior, pois prejudica as controladas e as empresas equiparadas que distribuem um baixo volume de dividendos a fim de investir em seus negócios no exterior.

Cria-se, com a sistemática pretendida pela lei, uma sensível desvantagem competitiva para as empresas brasileiras com investimentos no exterior; para evitar essa consequência de todo indesejável – pelo que se tem notícia –, nenhum outro país adota critério tão agressivo e atrapalhado de tributação. Trata-se de uma jaboticaba azeda que, de forma insensível e pouco inteligente, traz amargor e desvantagem competitiva às empresas brasileiras que internacionalizam seus negócios mediante investimentos no exterior.

Desse modo, como aponta Alexandre Alkmim⁸², a legislação impõe às controladoras o “quase dever” de não acumular ou reinvestir resultados positivos no exterior, mesmo nas hipóteses em que não há qualquer intuito evasivo, indo de encontro ao fundamento de “livre iniciativa”, consagrado no art. 1º, IV, da CRFB/1988.

Além disso, ou o ônus da tributação incidente sobre o resultado apurado pela controlada será repassado à investidora, restringindo sua competitividade no país onde se situa; ou o ônus da tributação a que se submete a controladora brasileira será por ela assumido, restringindo seu potencial competitivo no Brasil, em comparação às empresas que não possuem investimentos no exterior. Assim, na contramão da disputa internacional pela atração de investimentos, enquanto outras jurisdições buscam se firmar como *hubs* ou plataformas para investimentos no exterior, a legislação brasileira desestimula a constituição de centros de controle regional de investimentos no Brasil, por meio de conglomerados econômicos internacionais, além de repelir investidores estrangeiros que poderiam aqui constituir controladoras.

82 Teixeira, *Tributação Internacional e incentivos fiscais...*, 202-207.

Em interessante dissertação de mestrado pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, Roberto Codorniz Leite Pereira⁸³ demonstrou que o regime brasileiro de tributação em bases universais, ainda sob a égide da MP n.º 2.158-35/2001, afeta a capacidade competitiva das controladas e coligadas no exterior de empresas brasileiras, impondo-lhes um ônus que as suas concorrentes não incorrem necessariamente ao competirem fora do país da sua investidora. Nesse compasso, o referido regime dificulta a internacionalização produtiva das empresas brasileiras, isto é, a internacionalização dos fatores de produção das empresas brasileiras. Tendo pouco se alterado o padrão de tributação brasileiro com a Lei n.º 12.973/2014, as problemáticas no regime em questão permanecem e constituem lamentável óbice à internacionalização das empresas brasileiras.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A peculiar sistemática brasileira de tributação de controladas e coligadas no exterior de pessoas jurídicas aqui residentes alcança, em regra, o lucro apurado pela empresa estrangeira sem que haja disponibilidade do lucro para a investidora brasileira. Sob o pretexto de se tributar a valorização do investimento da pessoa jurídica por intermédio do “MEP impróprio”, exige-se da investidora brasileira tributo sobre renda não por ela realizada, violando sua capacidade contributiva.

Esse regime destoa do padrão internacional de tributação, que alcança, em regra, o lucro “realizado” pelo investimento no exterior, por meio do pagamento de dividendos em favor da investidora, excepcionando-se apenas as hipóteses específicas de planejamento tributário abusivo, sobre as quais recaem regras *CFCs*, consoante a análise comparativa acima empreendida.

A adoção desse padrão de tributação, motivada por interesses claramente arrecadatórios, em detrimento da competitividade das empresas de capital brasileiro no exterior implica em diversas consequências de ordem

83 Roberto Codorniz Leite Pereira, *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2012.

econômica e jurídica, como (i) o aumento do custo de internacionalização das empresas brasileiras, (ii) os entraves na aplicação dos tratados para evitar dupla tributação firmados pelo Brasil – os quais preveem, em sua maioria, a competência tributária exclusiva do Estado da Residência sobre os lucros auferidos por empresa de um Estado Contratante que não mantenha um estabelecimento permanente no outro Estado, (iii) a ausência de direito creditório da investidora brasileira quanto ao imposto pago no exterior sobre os dividendos distribuídos em seu favor, onerando-a indevida e injustamente, e (iv) o desrespeito à capacidade contributiva da investidora brasileira, que se vê forçada a recolher tributo sobre lucro alheio independente de sua disponibilização de dividendos, sendo compelida a deslocar recursos financeiros de suas operações no Brasil para suportar o pagamento de tributo incidente sobre lucro apurado em outra(s) jurisdição(ões), conforme explicitado acima.

Com efeito, o regime de tributação brasileiro resulta em consequências de ordem econômica, como a redução do potencial competitivo das controladas e a elas equiparadas de empresas brasileiras no exterior, desestimulando a internacionalização produtiva das empresas brasileiras em detrimento da neutralidade fiscal. Além disso, a legislação desestimula a constituição de centros de controle regional de investimentos por investidores no Brasil, o que não favorece, por óbvio, o desenvolvimento do país, que se encontra preso à condição de importador de capital.

Portanto, o atual regime brasileiro de tributação de controladas e coligadas no exterior configura uma trava à internacionalização das empresas brasileiras, devendo ser repensada a política fiscal adotada pelo país que, caminhando na contramão do mundo, deixa de incentivar a competitividade das empresas nacionais e de atrair investidores estrangeiros. A política fiscal em comento, em agressivo oportunismo arrecadatório, parece desconsiderar o atual contexto em que o Brasil está inserido no mercado internacional e do potencial que nele pode exercer.

Data de Submissão: Outubro de 2025

Data de Aceitação: Janeiro de 2026

DOI: <https://doi.org/10.60543/dlb.vi10.10744>