

Coordenação de
Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri
e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

27



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

A Disponibilidade da Renda em Face da Dupla Tributação Decorrente do Conflito entre as Regras Brasileiras de Preços de Transferência e de Rendimentos Auferidos no Exterior

Ricardo Marozzi Gregorio

Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo.

Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro.

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

As opiniões contidas nesta publicação são reflexões acadêmicas do próprio autor e não necessariamente expressam as posições defendidas por qualquer organização a qual esteja vinculado.

Resumo

A aplicação concomitante das regras de preços de transferência e de rendimentos auferidos no exterior pode suscitar um conflito consubstanciado por uma dupla tributação sobre o lucro das empresas brasileiras. Com subsídio nas teorias elaboradas pelos financistas, o estudo investiga o conceito de renda positivado no Código Tributário Nacional, com especial destaque para suas duas especiais perspectivas: o momento de aquisição e a titularidade da disponibilidade da renda. Tais premissas permitem delinear a natureza da renda e suas perspectivas no âmbito de ambas as disciplinas legais. Com esse quadro, o estudo analisa os contornos do conflito e sua possível solução.

Palavras-chave: Direito Tributário, preços de transferência, rendimentos auferidos no exterior, dupla tributação, momento de aquisição, disponibilidade.

Abstract

The concurrent application of transfer pricing and controlled foreign corporations - CFC - rules may cause a double taxation conflict over Brazilian companies. With subsidies from finance theories which inspired the National Tax Code, the study examines the Brazilian legal concept of income and its two special perspectives: the acquisition moment and the ownership of the availability of the income. These premises give the opportunity to settle the income nature and its perspectives in both legal disciplines. With this picture, the study analyses the boundaries of the conflict and its possible solution.

Keywords: Tax Law, transfer pricing, CFC, double taxation, acquisition moment, availability.

1 - Introdução

O tema da tributação internacional no Brasil ganhou fôlego com a publicação das Leis nºs 9.249/1995 e 9.430/1996. A primeira introduziu no País a universalidade da tributação da renda das pessoas jurídicas ao prever que os lucros auferidos no exterior pelas filiais, sucursais, controladas ou coligadas das empresas brasileiras sejam considerados na apuração global do lucro a ser tributado no Brasil pelas respectivas matrizes, controladoras e coligadas. A segunda, por sua vez, trouxe para o País as regras de controle sobre a disciplina dos preços de transferência. A adoção dessas iniciativas, contudo, exige cuidados para que a confluência de ambos os estatutos não imponha um duplo ônus sobre a mesma matéria tributável.

Diante disso, investigaremos um possível conflito que as regras brasileiras de preços de transferência e de rendimentos auferidos no exterior podem proporcionar. Trata-se de uma dupla tributação em face da incidência concomitante do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido numa mesma parcela do lucro real. Com efeito, o controle dos preços de transferência exige que, na apuração do lucro real, o lucro líquido seja ajustado pela adição das diferenças encontradas entre os preços praticados e os preços parâmetros calculados nas operações efetuadas entre a empresa brasileira e as pessoas a ela vinculadas no exterior. Mas, essas diferenças constituem lucros transferidos para a empresa no exterior os quais, segundo a legislação que trata da tributação dos rendimentos auferidos no exterior, deverão ser tributados na matriz, controladora ou coligada no Brasil, também na forma de adição ao lucro líquido para se chegar ao lucro real. Então, a empresa brasileira sofre dupla tributação sobre o mesmo lucro. Primeiro, porque transferiu o lucro para o exterior através da manipulação dos preços de transferência. Segundo, porque sua filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior apurou o lucro em decorrência daquela transferência.

Assim, porque a matéria tributável (o lucro) conflitante constitui renda e porque uma melhor clareza sobre a noção desse conceito pode ser útil para a descoberta dos contornos do conflito e para a dedução de uma adequada solução, iniciaremos com uma breve incursão nessa intrincada formulação. Destarte, relataremos as teorias sobre a conceituação da renda elaboradas pelos financistas e verificaremos sua influência no conceito positivado em nosso Código Tributário Nacional - CTN. Passaremos depois a examinar o que se pode extrair da ideia de disponibilidade da renda que o Código houve por bem privilegiar. Nesse item, concederemos especial atenção ao que denominamos momento de aquisição e titularidade da disponibilidade porque são as perspectivas que levaremos para a análise do conflito objeto do estudo. A partir dessas premissas, identificaremos a natureza da renda e as perspectivas de sua disponibilidade tanto na matéria dos preços de transferência quanto dos rendimentos auferidos no exterior. Com esse quadro delineado, focaremos, por fim, na exploração do conflito entre as regras brasileiras de preços de transferência e de rendimentos auferidos no exterior e sua possível solução.

A possibilidade de ocorrer o conflito aqui tratado não é uma novidade. De fato, tal hipótese já foi algumas vezes relatada¹. Contudo, o conflito foi analisado a

¹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Aplicação concomitante da legislação de preços de transferência e da tributação do lucro em bases mundiais". In: TÔRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito Tributário*

partir de abordagens diferentes, como a ofensa a capacidade contributiva², a necessidade de coerência sistêmica do ordenamento jurídico e a rejeição a discriminações injustificadas³. Não se deixa de reconhecer sua importância e pertinência. Não obstante, o foco aqui é outro, pois, repita-se, concentra-se nas seguintes abordagens: na natureza da renda conflitante e em sua disponibilidade. Por sua vez, esta última, a disponibilidade, será investigada sob duas perspectivas: o momento de sua aquisição e sua titularidade.

2 - O Conceito de Renda

O conceito de renda tem raízes profundamente marcadas na teoria econômica. Com efeito, desde os fisiocratas, praticamente todos os grandes economistas da história se ocuparam do assunto, passando por Adam Smith, David Ricardo, Jean B. Say, Thomas Robert Malthus, John Stuart Mill, Alfred Marshall, Irving Fisher e Giuseppe Ugo Papi, entre outros. Diante de tantas respeitáveis opiniões, García Belsunce, em sua clássica obra sobre o tema, buscou identificar os elementos comuns que delas podiam se extrair, reunindo-os no seguinte conceito genérico⁴:

“Rédito es la riqueza nueva, material o inmaterial, que deriva de una fuente productiva, que puede ser periódica y consumible y que se expresa en moneda, en especie o en los bienes o servicios finales que pueden adquirirse con la conversión del metálico o bienes recibidos como renta inmediata.”

No entanto, esse conceito, concebido no âmbito da ciência econômica, ganhou outros ingredientes quando, no decorrer do século XIX, a renda começou a se firmar como forma preferida de cobrança de impostos por sua aptidão para a exteriorização da capacidade contributiva e para a eficiência da arrecadação⁵. Foram os estudiosos da ciência das finanças que, ao perceberem a insuficiência ou limitação dos conceitos econômicos para os fins práticos da imposição tributária, desenvolveram novas formulações para o conceito de renda.

Uma primeira corrente deu origem, a partir das lições dos economistas, à teoria da renda-produto, considerando a renda como um produto derivado do capi-

Internacional Aplicado. Vol III. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 239-254; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no Direito brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2006, pp. 110-118; e FERRAZ, Diogo. “O possível conflito entre os preços de transferência e a legislação CFC”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 121. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 22-33.

² Cf. FERRAZ, Diogo. “O possível conflito entre os preços de transferência e a legislação CFC”. *Op. cit.*, p. 32.

³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. *Op. cit.*, 2005, pp. 247-254.

⁴ Cf. BELSUNCE, García. *El concepto de rédito en la doctrina y en el Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1967, pp. 84-85.

⁵ Com base nos relatos históricos e assumindo que a criação do imposto de renda só ocorreu de fato quando se buscou atingir a totalidade da renda, em sua dimensão horizontal, podemos afirmar que o imposto foi criado no Reino Unido em 1799, na Itália em 1864, na Prússia em 1851, nos Estados Unidos em 1913, na França em 1914 e no Brasil em 1922. Cf. GROSSFELD, Bernhard; e BRYCE, James D. “A brief comparative history of the origins of the income tax in Great Britain, Germany and the United States”. *The American Journal of Tax Policy*. Vol. 2, 1983, pp. 214, 233 e 250; ARDANT, Gabriel. *Histoire de l'impôt. Livre II: du XVIIIe au XIXe siècle*. Paris: Fayard, 1972, pp. 406, 415; e CORREA, Walter Barbosa. “Subsídios para o estudo da história legislativa do imposto de renda no Brasil”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos sobre o imposto de renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 259.

tal, com distintas nuances e particularidades. Esse conceito é comumente rotulado na literatura como teoria da fonte e tem como definição sintética mais conhecida a que trata a renda como “o produto periódico de uma fonte permanente”. Novamente, García Belsunce procurou reunir seus elementos comuns num conceito genérico, que assim formulou⁶:

“Rédito es la riqueza nueva material (periódica o susceptible de serlo) que fluye de una fuente productiva durable y que se expresa en términos monetarios.”

Outros financistas, porém, independentes das ideias iniciais da economia, desenvolveram a teoria do incremento ou o acréscimo patrimonial, procurando dar ao conceito maior amplitude em sua base, para incluir nele hipóteses que, de outra maneira, escapariam ao estreito critério da teoria da renda-produto. García Belsunce assim redigiu o conceito genérico⁷:

“Rédito es todo ingreso neto en bienes materiales, inmateriales o servicios valuables en dinero, periódico, transitorio o accidental, de carácter oneroso o gratuito, que importe un incremento neto del patrimonio de un individuo en un período determinado de tiempo, esté acumulado o haya sido consumido y que se exprese en términos monetarios.”

Diante da complexidade do tema, muitos autores se eximem de tentar identificar no conceito positivado no artigo 43 do CTN a adesão a qualquer dessas teorias. Mas, se existiu pretensão de adesão a alguma daquelas teorias, ela não foi suficientemente explícita, de tal sorte que se possa sem uma interpretação histórica chegar a uma conclusão sobre qual a teoria eleita pelo CTN.

É necessário, portanto, uma regressão aos textos mais conceituados sobre as verdadeiras intenções perpetradas nos dispositivos do CTN. Para isso, não vemos melhor caminho do que procurá-las nas palavras do relator das comissões responsáveis pela elaboração do próprio CTN, o ilustre Rubens Gomes de Sousa. Efetivamente, já em 1950⁸, este saudoso tributarista demonstrava uma certa rejeição à teoria da fonte ao reconhecer que tal critério teria perdido terreno nas legislações e que o abandono da investigação da fonte em favor da tributação de todo o acréscimo patrimonial num período determinado podia ser coadunado, em doutrina, com a superação da “teoria das fontes” (*Quellentheorie*) pela “teoria das faculdades” (*Vermögenstheorie*)⁹.

Posteriormente, ao discorrer sobre o tema do conceito de renda num parecer de 1970¹⁰, o autor divulgou detalhes sobre a elaboração do artigo 43 que se revelaram de suma importância para esta investigação. Neste parecer, ele afirma que, em

⁶ Cf. BELSUNCE, García. *El concepto de rédito en la doctrina y en el Derecho Tributario*. *Op. cit.*, p. 132.

⁷ BELSUNCE, García. *El concepto de rédito en la doctrina y en el Derecho Tributario*. *Op. cit.*, p. 186.

⁸ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. “O fato gerador do imposto de renda”. *Estudos de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950, pp. 175-176.

⁹ A tradução para o vernáculo é do próprio Rubens Gomes de Sousa em nota de rodapé nº 38. Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. “O fato gerador do imposto de renda”. *Op. cit.*, p. 176.

¹⁰ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. “Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como lucros distribuídos no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas”. *Pareceres-1: Imposto de Renda*. Edição Póstuma. São Paulo: Ibet e Resenha Tributária, 1975, pp. 59-95.

estudos precedentes ao início de seus trabalhos nas comissões de elaboração do CTN, havia sustentado a conclusão de que “*renda* (na acepção fiscal do termo) é a soma algébrica de todos os rendimentos tributáveis e de todas as despesas dedutíveis, respectivamente realizadas e incorridas no espaço de tempo fixado pela lei para sua apuração periódica” e que “*renda* é, para efeitos fiscais, o acréscimo patrimonial líquido verificado entre duas datas predeterminadas”. Para ele, “nesta última frase, a palavra chave é *acrécimo*” e a característica fundamental da renda seria a de “configurar uma aquisição de riqueza nova que vem aumentar o patrimônio que a produziu e que pode ser consumida ou reinvestida sem o reduzir”¹¹.

Percebe-se assim que o autor, antes mesmo de ser nomeado, em 1953¹², como relator da comissão encarregada de redigir o primeiro Projeto do CTN, já defendia, para efeitos fiscais, o conceito de renda segundo a teoria do acréscimo patrimonial. Dizemos isto a despeito de García Belsunce tê-lo incluído como entre os adeptos do conceito legalista da renda, o que, segundo este autor, retrata a preferência de alguns justributaristas latino-americanos pela conceituação da renda segundo as necessidades fiscais e as normas legislativas que devem servi-las de instrumento, aceitando a autonomia mais ampla do Direito Tributário para consagrar o conceito mais adequado ao funcionamento econômico-social do imposto¹³. De fato, ainda que as opiniões de Rubens Gomes de Sousa possam, por alguns, ser mais bem classificadas como legalistas, não resta dúvida de que as revelações transcritas do mencionado parecer, fundadas na teoria do acréscimo patrimonial, como se verá, inspiraram o CTN.

Continuando no parecer, Rubens Gomes de Sousa relata que no texto fixado no primeiro Projeto o imposto teria como fato gerador “a aquisição de riqueza nova produzida pelo capital, pelo trabalho ou pela combinação de ambos”. E que a comissão elaboradora, ao justificar o dispositivo, ateu-se especialmente ao elemento da definição que falava em “riqueza nova”, cuja qualificativa “produzida” proporcionava uma ligação entre a percepção do ganho e a exploração do patrimônio. Nisso, estariam implícitos os três fundamentos do conceito de renda: a proveniência de uma fonte patrimonial permanente, o caráter periódico ou regular do ganho e a aplicação da atividade do titular na exploração da fonte¹⁴. Assim, o entendimento dessa comissão era o de que a produção de riqueza nova deveria estar associada aos fundamentos da teoria da fonte, o que, em princípio, parece ser uma contradição com a premissa de que os estudos precedentes de Rubens Gomes de Sousa, que haviam enunciado afirmativas muito mais próximas à teoria do acréscimo patrimonial, teriam sido os inspiradores do primeiro Projeto.

Essa aparente contradição fica esclarecida quando, na sequência do parecer, Rubens Gomes de Sousa relata que a outra comissão, para a qual também foi no-

¹¹ SOUSA, Rubens Gomes de. “Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como lucros distribuídos no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas”. *Op. cit.*, pp. 66-67.

¹² *Ibidem*, p. 67.

¹³ Cf. BELSUNCE, García. *El concepto de rédito en la doctrina y en el Derecho Tributario*. *Op. cit.*, pp. 193-194.

¹⁴ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. “Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como lucros distribuídos no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas”. *Op. cit.*, pp. 67-68.

meado relator e que finalmente teve por resultado a elaboração do CTN, voltou a acentuar, como “elemento essencial à conceituação fiscal de renda, o fato de se tratar de um ganho representativo de um acréscimo patrimonial, ainda que não necessariamente periódico, mas desde que destacável do capital produtor sem redução ou consumo deste”¹⁵. Assim, ao admitir acréscimos patrimoniais não necessariamente periódicos, a comissão estaria confirmando a conceituação da renda numa plataforma mais ampla do que a teoria da fonte permite. E, continua o autor, “embora não tenham sido publicados os trabalhos da comissão no tocante ao CTN (...) posso, como relator que fui da comissão, dar testemunho de que o art. 43 (...) inspirou-se nos meus trabalhos citados (...) no sentido de que o elemento definidor da renda é a sua disponibilidade pelo respectivo titular”. Para o autor, “a comissão considerou dispensável a menção expressa de tratar-se de riqueza nova”. O “requisito de tratar-se de riqueza nova está implícito” no conceito de disponibilidade porque, por este conceito, entende-se que “a renda só pode ser consumida sem redução do capital produtor”¹⁶.

Ora, então, Rubens Gomes de Sousa identificou entre a riqueza nova produzida e a disponibilidade uma relação do tipo conteúdo-continente. Ou seja, se há uma riqueza nova produzida é porque existe disponibilidade. Mas, a riqueza nova com a qualificativa produzida era justamente a sustentação que se fazia para uma eventual adesão à teoria da fonte. Por isso, só podemos concluir que, para os integrantes da comissão elaboradora do código, a teoria da fonte também estava incluída no seu conceito de renda que, de conformidade com a premissa dos estudos precedentes de Rubens Gomes de Sousa, aderiria à teoria do acréscimo patrimonial. Isto fica mais evidente quando, na sequência do parecer, Rubens Gomes de Sousa relata que a comissão “julgou mais adequado (...) dar ênfase ao requisito da aquisição da disponibilidade”. E fez questão de deixar claro que

“nem por isso, repito, o requisito da riqueza nova foi repudiado; não só está implícito no conceito da disponibilidade, como já disse, como está também expresso no art. 43 n. I, onde se diz que a renda é um produto do capital, trabalho ou da combinação de ambos, e no art. 43 n. II, onde se diz que os proventos de qualquer natureza são os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”¹⁷.

Portanto, por ter como premissa os estudos de Rubens Gomes de Sousa que, como vimos, privilegiam as ideias da teoria do acréscimo patrimonial, entendemos que essa teoria é a mais adequada para explicar o conceito de renda positivado no CTN. Ela está permeada em ambos os incisos do artigo 43. De fato, ainda no mesmo parecer, Rubens Gomes de Sousa afirma que “vale sublinhar que essa redação do inciso II implica que também a renda, de que trata o inciso I, é um acréscimo patrimonial, como já está dito pela palavra produto constante desse inciso”¹⁸. Destarte, por considerarmos que o conceito de renda que prevalece no Direito brasi-

¹⁵ *Ibidem*, pp. 68-69.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 69-70.

¹⁷ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. “Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como lucros distribuídos no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas”. *Op. cit.*, p. 70.

¹⁸ *Ibidem*.

leiro tem por fundamento a teoria do acréscimo patrimonial, cumpre-nos agora entender um pouco melhor as proposições dessa teoria. Porém, considerando os objetivos deste trabalho, faremos aqui apenas um breve relato¹⁹.

O conceito de renda elaborado pela teoria do acréscimo patrimonial tem origem nas ideias de renda psíquica, sensações, satisfações ou utilidades. Estas ideias, as quais podem ser agregadas no termo “satisfações”²⁰, significam que o financiamento do Estado deve ser suportado segundo um critério pessoal que a elas se refira. Em outras palavras, as satisfações pessoais devem constituir um critério justo para a tributação. Essa afirmação tem como pressuposto uma busca pela máxima eficiência econômica. Com efeito, quem tem satisfação pode ter habilidade para a produção, mas já não tem mais estímulo. A tributação atuária, então, para corrigir essa deficiência. Trata-se de tributar o bem satisfação, cujo valor individual é inextorável, mas que no plano socioeconômico provoca uma perda, o desestímulo à produção, que deve moralmente ser reparada.

Essas satisfações podem ser definidas como sensações de prazer que uma pessoa obtém com o consumo de bens e serviços ou com a acumulação de riquezas²¹. É o fluxo de consciência ativado nessa pessoa ao concretizar o consumo ou a acumulação. Mas, a valoração desse fluxo é uma questão subjetiva e abstrata. Portanto, é necessário o recurso a uma grandeza mensurável. Em virtude dessa busca por objetividade, escolheu-se, desta forma, para tal medida, a renda monetária. Há nessa escolha, contudo, algumas perdas porque a mesma pessoa pode ter níveis de satisfação diferentes se consumir o mesmo bem em circunstâncias diferentes ou porque pessoas diferentes podem ter níveis de satisfação diferentes se consumirem o mesmo bem nas mesmas circunstâncias. Ainda assim, a inexactidão da grandeza monetária é aceita em nome de uma medida administrativamente viável da renda²².

Por conseguinte, a renda num determinado período é medida como a soma, em valor monetário, entre o consumo de bens e serviços e o acréscimo de patrimônio verificados nesse mesmo período. Para consecução dessa renda contribuem todos os fluxos monetários e demais benefícios (que possam também ser avaliados em termos monetários) que ingressem na esfera patrimonial da pessoa durante o período considerado. Desse modo, concorrem para a realização da renda as remunerações recebidas em troca dos fatores de produção, as doações e os ganhos eventuais, os acréscimos nos valores dos ativos e a renda imputada²³. A conceituação da renda nesses termos foi historicamente elaborada a partir da colaboração dos es-

¹⁹ Para uma visão aprofundada recomendamos a excelente obra de HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. The Netherlands: IBFD, 2000.

²⁰ Kevin Holmes também trata esses termos como genéricos e sinônimos. *Ibidem*, p. 35.

²¹ HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis. Op. cit.*, p. 54.

²² *Ibidem*, pp. 46-47.

²³ Considera-se renda imputada todos os benefícios (satisfações), que possam ser monetariamente avaliados, auferidos por uma pessoa em consequência do uso de seus próprios bens e serviços. Cf. HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis. Op. cit.*, p. 522. Assim, por exemplo, é renda imputada o correspondente em aluguel do valor do uso do imóvel próprio, o correspondente em preço do valor do uso dos benefícios gerados pelas criações animais e cultivos vegetais na própria residência e o correspondente em preço do valor do uso dos serviços prestados pelo próprio automóvel.

todos dos financistas Georg Schanz, Robert Haig e Henry Simons, por isso ela é conhecida na literatura como modelo Schanz-Haig-Simons - SHS - de renda²⁴.

É importante notar os dois momentos de medição da renda. No primeiro momento, ocorrem os fluxos monetários e demais benefícios que ingressam na esfera patrimonial da pessoa e que depois concorrerão para o segundo momento. Kevin Holmes trata o primeiro momento como acréscimo de poder econômico e o identifica com o ponto de medição da renda nas teorias de Schanz e Haig²⁵. No segundo momento, ocorre a satisfação na forma de consumo ou de acréscimo patrimonial. Para Holmes, esse momento é o ponto de medição da renda na teoria de Simons²⁶. É legítima a aferição da renda em qualquer dos dois momentos. Entretanto, deve-se tomar cuidado para corretamente situar o momento dessa aferição. É comum a prática de equívocos terminológicos que acabam por confundir a leitura que identifica corretamente a natureza *stricto sensu* e o momento de medição da renda que se está tratando.

A renda conceituada segundo o modelo SHS é, assim, o parâmetro ideal de renda a quem nosso CTN escolheu aderir. Em virtude da remissão à lei complementar estabelecida no artigo 143, III, “a”, da Constituição, podemos considerá-la nosso conceito constitucional de renda. Entretanto, a amplitude desse conceito revela que a tributação sobre a renda expressa no modelo SHS é praticamente inviável e politicamente não desejada²⁷. Opera-se, então, um sopesamento de princípios na elaboração da lei tributária²⁸. Em virtude desse sopesamento, a renda a ser tributada sofre uma significativa redução em relação à renda idealmente conceituada.

No âmbito das empresas, o modelo SHS é aplicado considerando o consumo como os lucros distribuídos e o acréscimo de patrimônio como o lucro mantido na empresa depois da distribuição dos lucros aos sócios. A contabilidade, ao apurar o lucro antes da distribuição, estará, na verdade, apenas antecipando o momento da apuração da renda²⁹. Entretanto, essa antecipação não tem o condão de transportar a medição para aquele primeiro momento a pouco referido. É uma simples antecipação no momento contábil. Como sabemos, a contabilidade reúne, no momento da apuração, todos os fatos contábeis que se combinaram para a obtenção do lucro. Portanto, a apuração do lucro feita pela contabilidade atua num momento posterior àquele primeiro momento em que os fluxos monetários e demais benefícios ingressaram na esfera patrimonial da empresa. É conveniente manter o sentido mais comumente encontrado de que o lucro apurado pela contabilidade representa o acréscimo patrimonial, ou seja, a renda medida no segundo momento. Contudo, fica, aqui, a ressalva de que esse segundo momento, que corresponde à satisfação com o consumo dos lucros distribuídos e com o acréscimo do patrimônio da empresa, em tese, só ocorrerá após a distribuição de lucros.

²⁴ *Ibidem*, p. 57.

²⁵ HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis. Op. cit.*, p. 69.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Tal é o caso de se tentar tributar a renda imputada nos exemplos mencionados anteriormente. A tributação seria de praticabilidade absolutamente inviável e não necessariamente desejada.

²⁸ Cf. GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência - Arm's length e praticabilidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 216-219.

²⁹ Cf. HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis. Op. cit.*, pp. 117-118.

Por outro lado, os ajustes efetuados pela lei tributária, para do lucro contábil se chegar ao lucro tributável, são outras manifestações do mencionado sopesamento de princípios que normalmente afastam o lucro tributável do conceito ideal de renda. A bem da verdade, a própria definição contábil de lucro já assume algumas premissas que afastam o lucro contábil do conceito de renda segundo o modelo SHS³⁰. Por isso, há também ajustes que atuam no sentido contrário, ou seja, para aproximar o lucro tributável do conceito ideal de renda.

Apesar desses desvios, o conceito ideal formulado no modelo SHS, o qual, repetimos, tem aceitação constitucional, é essencial para que se conheçam os limites do legislador ordinário e dos aplicadores da legislação tributária na laboração dos diversos aspectos da tributação sobre a renda. Sua atuação deverá ter por pressuposto a ideia de que o mandamento constitucional estará sempre por exigir a tributação da renda conforme o desenho daquele modelo. Qualquer desvio terá que estar amparado por uma correta fundamentação argumentativa que demonstre a prevalência de outros princípios constitucionalmente justificados³¹. É com esse referencial que prosseguiremos, portanto, na investigação proposta neste trabalho.

3 - A Disponibilidade da Renda

Ainda sobre a definição legal positivada no CTN, o artigo 43 referiu-se expressamente à “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica”. Portanto, o conteúdo dessa expressão é também fundamental para a correta compreensão do fenômeno tributário em discussão. Começemos, então, pela polêmica distinção entre disponibilidade econômica e jurídica. Essa, talvez, seja uma das controvérsias mais improficuas do nosso Direito Tributário. Quanto mais tentamos entender o assunto, mais agregamos desconfiança sobre a utilidade dessa distinção.

Se, como fizemos na identificação da teoria sobre conceito de renda na qual se inspirou o Código, tentarmos nos socorrer diretamente dos textos de Rubens Gomes de Sousa, enfrentaremos dificuldades que não nos conduzirão a uma distinção conclusiva. Realmente, o insigne autor, em sua já mencionada obra de 1950, dizia que “o fato gerador do imposto de renda será sempre, com efeito, o aparecimento de uma relação de propriedade ou de posse entre um rendimento e o contribuinte”³². Em seguida, sem falar em disponibilidade jurídica, afirma que seria suficiente, para os fins daquele trabalho, “indicar que o fato gerador do imposto de renda, no sistema brasileiro, consiste na disponibilidade econômica”³³. Essa definição, portanto, dispensava a ideia de disponibilidade jurídica. Como bem explicou Brandão Machado³⁴, Rubens Gomes de Sousa estava nessa época influenciado pela doutrina alemã da propriedade econômica, concebida por Enno Becker e trazida para o Direito argentino por Dino Jarach, que dispensava o reconhecimento da propriedade jurídica da renda para fins tributários.

³⁰ Cf. HOLMES, Kevin. *The concept of income. A multi-disciplinary analysis*. *Op. cit.*, pp. 146-147.

³¹ Cf. GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência - Arm's length e praticabilidade*. *Op. cit.*, pp. 219-226.

³² Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. “O fato gerador do imposto de renda”. *Op. cit.*, p. 174.

³³ *Ibidem*, p. 175.

³⁴ Cf. MACHADO, Brandão. “Breve exame crítico do art. 43 do CTN”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imposto de Renda: conceitos, princípios e comentários*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 102.

Sem embargo, com o desenvolvimento dos trabalhos das comissões encarregadas da elaboração do CTN, a ideia da disponibilidade econômica foi considerada incompatível com a regulamentação estritamente jurídica do assunto se constasse em texto de lei³⁵. De fato, outros resquícios da doutrina da propriedade econômica que constavam dos projetos preliminares acabaram expulsos do texto final do Código³⁶. Mesmo assim, aquela doutrina manteve sua influência no resultado final do artigo 43 ao perfilhar a disponibilidade econômica ao lado da disponibilidade jurídica.

Já com essa realidade inserida em nosso sistema tributário, no também já mencionado parecer de 1970, Rubens Gomes de Sousa lança mão do que, segundo ele, representava o entendimento de todos os autores que trataram do assunto: “disponibilidade econômica corresponde a rendimento (ou provento) realizado, isto é, dinheiro em caixa” e “disponibilidade jurídica corresponde a rendimento (ou provento) adquirido, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro”³⁷. Portanto, a disponibilidade econômica corresponderia ao que na terminologia anglo-americana se conhece como *realized basis*, enquanto que a disponibilidade jurídica corresponderia ao *accrual basis*. Contudo, em outro parecer do mesmo ano, o autor parece ter dado uma reviravolta em suas concepções ao conceituar a disponibilidade econômica como a produção de um acréscimo patrimonial e a disponibilidade jurídica como a separação da renda de sua fonte produtora³⁸. Assim, na primeira aceção de Rubens Gomes de Sousa, a disponibilidade jurídica antepõe-se à econômica, mas na segunda, postpõe-se a ela³⁹. Em outras palavras, nesta segunda aceção, o autor considerou a disponibilidade econômica correspondendo ao *accrual basis*, opondo-se à disponibilidade jurídica (renda separada), que corresponderia ao *realized basis*. Logo, houve uma inversão de posição.

Destarte, se o próprio relator das comissões responsáveis pela elaboração do CTN parece ter oscilado no seu entendimento sobre a distinção entre disponibilidade econômica e jurídica, podemos desconfiar da utilidade desses conceitos. Neste sentido, concordamos com Luciano Amaro quando afirma que, quer se trate de renda já recebida, quer se trate de renda apenas produzida, estaremos sempre diante de um fato econômico e jurídico⁴⁰. A exigência da escolha de um signo presun-

³⁵ *Ibidem*, p. 104.

³⁶ *Ibidem*, p. 105.

³⁷ Cf. SOUSA, Rubens Gomes de. “Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como lucros distribuídos no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas”. *Op. cit.*, pp. 70-71.

³⁸ Cf. “Imposto de Renda: Ações gratuitas provenientes da capitalização, seja da correção monetária do ato imobilizado da sociedade emitente, seja do seu lucro operacional. Sua redistribuição, pela sociedade beneficiada, a seus sócios ou acionistas, pessoas físicas ou jurídicas e, sucessivamente, por estas a seus próprios sócios ou acionistas. Não incidência do imposto sobre essas redistribuições”. SOUSA, Rubens Gomes de. “Imposto de Renda: despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas. Seu tratamento fiscal como lucros distribuídos no que se refere à própria sociedade e a seus sócios ou acionistas”. *Op. cit.*, pp. 117-118.

³⁹ Cf. AMARO, Luciano. “Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Resenha Tributária/Ceeu, 1986, p. 389.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 391.

tivo de riqueza demonstra o caráter sempre econômico do fato gerador. Por outro lado, a necessária apreensão desse fato pela lei, controversamente, denota seu caráter sempre jurídico. Com efeito, o que ocorre é que a renda pode ser tributada desde o momento em que, tendo sido produzida, se incorpore ao patrimônio do titular. E isto independe de a agregação ter se dado em dinheiro, bens ou créditos⁴¹. Heleno Taveira Tôres, por sua vez, entende que não é apropriado falar numa disponibilidade econômica contraposta a uma disponibilidade jurídica porque ambas são plenamente jurídicas. Como renda, para o Direito, ambas são a mesma coisa, sendo a disponibilidade jurídica adotada em função do regime de competência, *ex vi legis*⁴². Consequentemente, se a distinção entre econômica e jurídica não tem finalidade, podemos concluir que ela é dispensável.

Resta, então, averiguar a importância da expressão “aquisição da disponibilidade”. Neste sentido, convém avaliar a expressão segundo a natureza *stricto sensu* da renda e fazer uma dupla abordagem na perspectiva dessa aquisição da disponibilidade. Temos, assim, a perspectiva do momento da aquisição e a perspectiva da titularidade da disponibilidade.

Para os propósitos deste trabalho, basta fazer, por enquanto, a análise da renda enquanto acréscimo do patrimônio. Para isso, são fundamentais as lições de Brandão Machado que, amparado no Direito Civil, recorda que o patrimônio é uma universalidade. E a universalidade é sempre de direitos, ou seja, no patrimônio só há direitos. Não existe a propriedade de um bem, o que existe é um direito real de propriedade sobre um bem. Da mesma forma, o crédito corresponde a um direito pessoal de crédito⁴³. Portanto, a rigor, o patrimônio não é o conjunto de bens de uma pessoa, mas um conjunto de direitos subjetivos reais e pessoais que diz respeito a uma pessoa (física ou jurídica). Essa noção é importante porque, quando se fala em acréscimo de patrimônio, deve-se ter em conta que tal acréscimo representa um aumento dos direitos de uma pessoa.

Assim, por exemplo, quando uma pessoa detém uma participação societária, ela detém um direito que integra o patrimônio (conjunto de direitos) dessa pessoa. Mas, a sociedade na qual aquela pessoa detém participação possui outro patrimônio, ou seja, outro conjunto de direitos. Por isso, se esta sociedade auferir lucro num determinado período, este lucro, que representa um acréscimo de direitos, enquanto não distribuído, estará contido no conjunto de direitos da sociedade. Em outras palavras, estará contido no patrimônio da sociedade. Neste sentido, não caberá falar em disponibilidade no âmbito da pessoa que é sócia, mas somente em disponibilidade da sociedade. Neste caso, só quem poderá dispor daquele direito (na verdade, o acréscimo de direitos que é representado pelo lucro) é a sociedade. O sócio, porque não tem o domínio sobre o patrimônio alheio, não tem o poder de dispor, ou seja, ainda não adquiriu a disponibilidade. Alberto Xavier fala que o sócio terá somente um “direito expectativo”⁴⁴.

⁴¹ *Ibidem*, p. 392.

⁴² Cf. TÔRES, Heleno Taveira. *Pluriributação internacional sobre as rendas das empresas*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 325.

⁴³ Cf. MACHADO, Brandão. “Breve exame crítico do art. 43 do CTN”. *Op. cit.*, pp. 100-101.

⁴⁴ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6ª ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 456.

Mesmo numa situação em que a pessoa detenha o controle societário de uma sociedade, não há que se falar em disponibilidade, porque isso dependerá sempre de um ato de gestão em que as razões minoritárias devam sempre ser consideradas. Inclusive, no caso de sociedades abertas, os artigos 116 e 117 da Lei nº 6.404/1976⁴⁵ protegem os acionistas minoritários, os empregados e a comunidade em que atua a sociedade das decisões que lhes possam ser prejudiciais. Por sua vez, o artigo 132, II, da mesma Lei, impede qualquer automaticidade da aquisição da disponibilidade porque é a assembleia dos acionistas que deve deliberar sobre a destinação dos lucros e a distribuição de dividendos⁴⁶. Portanto, é de todo apropriado reputar o lucro ainda não distribuído como disponível somente para a própria sociedade. Só esta terá “adquirido a disponibilidade” da renda. Consequentemente, só a sociedade poderá ser sujeito passivo de eventual tributação sobre a renda imposta pelo legislador ordinário.

Esse entendimento foi confirmado também pelo Supremo Tribunal Federal - STF - quando julgou inconstitucional a tributação pelo Imposto sobre o Lucro Líquido previsto no artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. Neste caso, o Plenário do STF alegou que os lucros da sociedade não poderiam ser submetidos à tributação na pessoa dos seus sócios enquanto não fossem efetivamente distribuídos. Portanto, enquanto a disponibilidade daqueles lucros não fosse adquirida pelos sócios⁴⁷.

Situação distinta está presente nos acréscimos (ou decréscimos) de direitos verificados no valor de mercado das participações societárias. Estes poderão ou não refletir os lucros (ou as perdas) da sociedade. Com efeito, não é impossível que, mesmo que uma sociedade retenha lucros, as previsões mercadológicas futuras possam refletir uma situação negativa que faça com que o valor de suas ações se mantenha em níveis abaixo dos históricos. Neste caso, enquanto a sociedade está numa situação passível de tributação, seus sócios não estão. Por outro lado, seria possível também que a sociedade estivesse acumulando prejuízos, mas que o mercado vislumbrasse perspectiva futura para seus negócios, o que poderia refletir em acréscimos nos valores de suas ações. Aqui, seria legítima a tributação desses acréscimos na pessoa dos sócios, mesmo que eles não tivessem sido ainda realizados, se a lei ordinária previsse a tributação na base acrescida (*accrual basis*). Isto porque eles teriam adquirido a disponibilidade sobre os direitos que representam tais acréscimos desde o momento em que outros investidores se propõem a comprar suas participações societárias pelos valores que o mercado atribui.

Aliás, a renda tributada na base *accrual* já corresponderia à outra natureza, diferente do acréscimo patrimonial de que aqui se analisa. Tratar-se-ia de acréscimo no valor de item do ativo, que é uma renda cuja natureza está identificada com o primeiro momento de medição da renda no modelo SHS. E é importante deixar isso bem claro. Em regra, a valorização de itens de um determinado patrimônio já está disponível à pessoa que o detém desde o momento em que se pode aferir essa valorização. Essa afirmativa é constatada pelo fato de que um título pode ser dado

⁴⁵ Lei das Sociedades Anônimas.

⁴⁶ Cf. TÓRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*. Op. cit., p. 309.

⁴⁷ Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC, julgado em 30.6.1995.

como garantia de empréstimo considerando em seu valor o acréscimo ainda não realizado. Já há disponibilidade desse acréscimo. Portanto, nada impede que a lei ordinária resolva tributar a valorização desses itens, num determinado período de tempo, segundo a base *accrual*. O nosso conceito legal de renda, que segue o modelo SHS, inclusive, recomenda essa base. Entretanto, o legislador normalmente escolhe a base realizada (*realized*). Essa escolha pode estar fundamentada em outros princípios constitucionais, como a praticabilidade da tributação. Isto é diferente de o legislador ordinário tributar, numa pessoa, um valor equivalente ao correspondente em renda que representa a valorização de item do patrimônio que pertence à outra pessoa. Neste caso, não estará tributando a renda da primeira pessoa, mas um fato econômico de outra natureza.

Cumpre enfatizar, por conseguinte, o momento da aquisição da disponibilidade da renda na forma de acréscimo no valor de item do ativo. Como dissemos, esse momento ocorre já quando se afere a valorização do item do ativo. Entretanto, a renda dessa natureza, valorização do item do ativo, não interessará na investigação proposta para este trabalho. O que nos importa é a renda cuja natureza está identificada com o segundo momento de medição da renda no modelo SHS. Portanto, importa, aqui, concluir que o momento da aquisição da disponibilidade da renda na forma de acréscimo patrimonial é o átimo de tempo em que ocorre a apuração do acréscimo dos direitos que se incorporaram ao patrimônio da pessoa num determinado período. Neste momento, a pessoa já poderá dispor de todos os direitos que constituíram o acréscimo do patrimônio desse período, ou seja, a renda do período.

Quanto à perspectiva da titularidade da disponibilidade da renda, tanto na forma de acréscimo no valor de item do ativo, quanto na forma de acréscimo patrimonial, restou claro, com os exemplos mencionados, que ela pertence à pessoa a quem diz respeito o patrimônio.

Em suma, a verificação da aquisição da disponibilidade é fundamental porque representa o momento a partir do qual a pessoa titular da renda poderá dispor dos direitos que constituam o acréscimo do patrimônio. Não devemos esquecer que nesse momento se configura aquela satisfação que justifica a tributação. E é por isso que já se pode tributar a renda. Por outro lado, deve-se ter em conta que a tributação só pode se refletir nesse acréscimo patrimonial (que representa a renda) e não sobre o patrimônio (que pode ser objeto de outro imposto, mas não do imposto sobre a renda). O legislador ordinário só estará autorizado a impor a tributação a partir do momento da aquisição e sobre a pessoa titular da disponibilidade. Por sua vez, é indiferente a referência ao caráter econômico ou jurídico dessa disponibilidade. O que importa é que a previsão legal descrita na regra-matriz de incidência do tributo considere a hipótese tributária tendo sequência cronológica posterior ou idêntica àquele momento e o critério pessoal incidindo sobre aquela pessoa.

4 - A Renda nos Preços de Transferência

O controle dos preços de transferência é efetuado através do mecanismo de ajustes que prevê a computação de adições ao lucro líquido apurado na contabilidade das pessoas jurídicas. Neste sentido, as regras que exercem esse controle tra-

tam de limitar as deduções nas operações de importação e de exigir receitas mínimas nas operações de exportação com relação às transações efetuadas entre uma empresa situada no Brasil e as pessoas físicas ou jurídicas no exterior vinculadas a esta empresa⁴⁸. Com isso, os excessos deduzidos nas importações e os resíduos não computados nas exportações configurarão as mencionadas adições ao lucro líquido apurado. Trata-se, então, de elemento componente da aferição do lucro real, que é uma das bases de cálculo prevista na regra-matriz de incidência do tributo. Portanto, quando o legislador exige que ajustes sejam efetuados no lucro líquido definido pela contabilidade, ele está promovendo alterações no conceito contábil de renda para conformar a base de cálculo do tributo.

Como já dissemos, é comum que o legislador afaste o lucro tributável do lucro contábil. A constitucionalidade desta iniciativa estará sujeita à correta fundamentação argumentativa⁴⁹. Normalmente, os ajustes afastarão o lucro tributável do conceito ideal de renda porque, em regra, o lucro contábil é quem mais se aproxima deste conceito. Todavia, haverá situações em que os ajustes a serem efetuados no lucro contábil atuarão no sentido inverso, para aproximar este do conceito ideal de renda. É o que ocorre no ajuste primário determinado pelo controle dos preços de transferência.

Se os ajustes provocados pelas regras dos preços de transferência tratam dessa aproximação com a renda ideal e se eles atuam na forma de adições é porque devem, de fato, tratar-se de renda, no sentido de satisfação, da empresa (pessoa jurídica). Como vimos, a renda da empresa se mede pelo lucro contábil antes da distribuição de lucros. O lucro retido representa o acréscimo de patrimônio, a distribuição de lucro, o consumo. Cabe indagar, então, que satisfação é aquela que ainda resta ser incluída? A nosso ver, quando uma empresa transfere o lucro para uma empresa relacionada no exterior mediante a prática dos preços de transferência, mesmo que involuntariamente, ela terá usufruído satisfação na forma de consumo. E trata-se de uma forma implícita de consumo, diferentemente daquela que ocorre quando a empresa distribui os lucros por meio dos dividendos, que o modelo SHS trata explicitamente como consumo. Aquele poderá não estar refletido na contabilidade, mas, mesmo assim, terá provocado satisfação. O ajuste dos preços de transferência teria, então, a natureza de renda consumida.

Por isso, é necessária a correção do lucro contábil que não foi apropriadamente aferido porque as empresas relacionadas, ao transferirem lucro por meio da prática dos preços de transferência, distorcem a apuração contábil⁵⁰. Em tais situações, essas empresas promovem uma distribuição implícita dos lucros mediante a manipulação dos preços de transferência de uma ou várias transações. Neste sentido,

⁴⁸ As operações de importação e exportação tratadas na legislação dos preços de transferência devem ser entendidas num sentido amplo, para incluir não só as operações que tratam de mercadorias, mas todos os bens, serviços e direitos. Os *royalties* e as transferências de tecnologia, por sua vez, têm tratamento diferenciado na legislação brasileira e não são incluídos nas regras dos preços de transferência. Cf. GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência - Arm's length e praticabilidade*. *Op. cit.*, p. 161.

⁴⁹ Cf. GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência - Arm's length e praticabilidade*. *Op. cit.*, pp. 219-226.

⁵⁰ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. *Op. cit.*, 2006, p. 11.

ocorre a satisfação na forma de um consumo implícito em cada uma dessas transações. Este consumo precisa ser mensurado e refletido na contabilidade para que esta reproduza mais corretamente a renda constitucionalmente definida segundo o modelo SHS. Neste contexto, aparece o *arm's length* como o padrão capaz de aferir o valor representativo daquele consumo porque dimensiona adequadamente o lucro transferido em cada transação⁵¹.

A questão que agora importa é saber sobre a aquisição da disponibilidade dessa renda consumida. Com efeito, o momento de aquisição da disponibilidade parece estar vinculado à satisfação expressa pelo consumo. Logo, seria o momento em que a empresa brasileira transfere o lucro. Mas não há apenas um momento, há vários momentos. Cada transação, na qual há a manipulação do preço de transferência, concorre para aquela satisfação. Portanto, é legítima a escolha da hipótese tributária em momento cronologicamente posterior a essas aquisições de disponibilidade da renda. É o que faz a legislação dos preços de transferência ao exigir a adição ao lucro contábil do lucro transferido sob a forma de preço manipulado nas transações ocorridas no período anual que se encerra.

Por outro lado, não restam dúvidas sobre a titularidade da disponibilidade da renda. No caso em que estamos tratando, da renda consumida como consequência da transferência de lucros pela manipulação dos preços, fica claro que o titular da disponibilidade da renda tributada pela lei brasileira é a empresa brasileira vinculada à pessoa no exterior para a qual foi transferido o lucro, pois é aquela quem detém o patrimônio acrescido pela renda que foi posteriormente consumida.

5 - A Renda Auferida no Exterior

Com a entrada em vigor do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, o Brasil passou a adotar o princípio da universalidade da renda, ao exigir que se tributem os lucros auferidos no exterior pelas filiais, sucursais, controladas ou coligadas das empresas brasileiras. Após uma turbulência legislativa⁵², restou estabelecido que esse dispositivo somente permitiria a tributação daqueles lucros depois que os mesmos fossem disponibilizados às matrizes, controladoras ou coligadas situadas no Brasil. Posteriormente, o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 alterou a sistemática, para o caso das controladas ou coligadas, ao prever a tributação dos lucros auferidos no exterior antes e independentemente de qualquer distribuição. De forma ampliada em relação ao que se faz no exterior⁵³, implantou no sistema

⁵¹ Para uma visão mais aprofundada sobre a adoção do padrão *arm's length* e sua compatibilização com o princípio da praticabilidade no regime brasileiro, cf. GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência - Arm's length e praticabilidade*. Op. cit., pp. 42-169.

⁵² Essa turbulência se deu com a transformação do conteúdo que constava na própria Lei nº 9.249/1995, na IN/SRF nº 38/1996 e na Lei nº 9.532/1997, e já tinha como pano de fundo a tentativa de se tributar os lucros auferidos no exterior pelas *Controlled Foreign Corporations* - CFC - mediante o princípio da transparência fiscal. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Imposto de renda e os lucros auferidos no exterior". In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. Vol. 7. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 303-313.

⁵³ No exterior, o princípio da transparência fiscal normalmente só implica tributação dos lucros que provenham das CFC e, mesmo assim, se verificados o atendimento de alguns critérios objetivos. *Ibidem*, pp. 306-313.

brasileiro a modalidade de tributação dos lucros auferidos no exterior segundo o princípio da transparência fiscal.

A constitucionalidade do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 vem sendo discutida no STF pela Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI - nº 2.588. Diante disso, parece oportuno estudarmos a aquisição da disponibilidade da renda auferida no exterior nas duas hipóteses: caso se reconheça a procedência da ADI, em que a tributação das controladas ou coligadas voltará a ser só permitida no período da distribuição dos lucros, ou caso não se reconheça a procedência da ADI, em que a tributação das controladas ou coligadas ocorrerá no período em que ocorrer a data do balanço no exterior em que os lucros forem apurados.

Considerando a primeira hipótese, a tributação dos lucros disponibilizados pelas filiais, sucursais, controladas ou coligadas no exterior, da mesma forma que o controle dos preços de transferência, também será efetuada por intermédio das adições ao lucro líquido apurado na contabilidade das empresas. Contudo, já não é tão tranquilo afirmar, como se fez para o controle dos preços de transferência, que o ajuste a ser efetuado no lucro contábil atuará para aproximá-lo do conceito ideal de renda. Com efeito, como bem demonstrou Luís Eduardo Schoueri, com apoio nas ideias de Klaus Vogel, apesar de a prática internacional vir dando preferência à tributação pelo princípio da universalidade, existem argumentos sólidos, tanto sob a ótica da eficiência, como pelo prisma da justiça, leia-se igualdade, para justificar a tributação segundo o princípio da fonte do rendimento⁵⁴. Diante disso, mesmo que a intenção da adoção do princípio da universalidade tenha sido a de fomentar a igualdade e, conseqüentemente, se aproximar do conceito ideal de renda, constatamos que a atuação não se deu neste sentido. Portanto, para que se justifique a tributação segundo a universalidade, ela deverá estar corretamente fundamentada por outro princípio constitucional.

Não nos cabe aqui investigar a correta argumentação deste sopesamento. Mas, enquanto admitida, será também oportuno registrar a natureza da renda escolhida pelo legislador. A nosso ver, o lucro auferido no exterior, uma vez disponibilizado para a pessoa jurídica residente no Brasil, contribuirá para o acréscimo do seu patrimônio. Somente existirá renda nessa pessoa jurídica se ao final do período for apurado um efetivo acréscimo em seu patrimônio, o que proporcionará a satisfação, que, por fim, evidenciará a própria renda. A natureza da renda será, portanto, de acréscimo patrimonial.

Consoante o que já analisamos, o momento da aquisição da disponibilidade da renda na forma de acréscimo patrimonial ocorrerá, neste caso, com a apuração do lucro pela empresa residente. O momento da aquisição ocorrerá, então, no mesmo tempo da apuração do lucro a ser efetivamente tributado. Configura-se, assim, legítima a escolha da hipótese tributária em momento cronologicamente idêntico à aquisição da disponibilidade da renda consubstanciada no ajuste.

⁵⁴ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, universalidade e fonte". In: FERRAZ, Roberto C. B. (org.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 356-366; e GREGORIO, Ricardo Marozzi. "Um regime para a tributação internacional: perspectivas para o Brasil". *Direito Tributário atual* nº 24. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 467-472.

A identificação do titular da disponibilidade da renda não apresenta qualquer dificuldade tendo em vista que, conforme já nos pronunciamos, a renda na forma de acréscimo patrimonial pertence à pessoa a quem diz respeito o patrimônio. Portanto, na hipótese em que estamos tratando, que parte da premissa de que os lucros auferidos no exterior já teriam sido distribuídos, a titularidade da disponibilidade é da pessoa jurídica residente no Brasil.

Considerando a outra hipótese, a tributação dos lucros auferidos no exterior por controladas ou coligadas antes e independentemente de distribuição, não há diferenças em relação às reflexões que se fez sobre o afastamento do conceito ideal de renda. Entretanto, a tarefa de tentar identificar a natureza da renda escolhida pelo legislador nessa sistemática já encontra sérios problemas.

Quando abordamos o exemplo da pessoa que detém uma participação societária no item que trata da disponibilidade da renda, concluímos que era de todo apropriado reputar disponível somente à sociedade o lucro ainda não distribuído. Por isso, só a sociedade teria adquirido a disponibilidade da renda. O sócio, porque não tinha o domínio sobre o patrimônio alheio, não tinha o poder de dispor, ou seja, ainda não havia adquirido a disponibilidade. Tais reflexões caem como uma luva para o caso em que estamos tratando nessa hipótese. Como não há distribuição para a pessoa jurídica situada no Brasil, não há que se falar na possibilidade de ela ter adquirido disponibilidade. O acréscimo patrimonial, com a correspondente satisfação, só ocorreu na controlada ou coligada no exterior. Não é possível considerar disponibilizado o lucro para a controladora ou coligada no Brasil, como quer fazer o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, sem que ele, de fato, tenha ingresado no patrimônio dessa pessoa jurídica. Como dissemos, o que está sendo tributado é um fato econômico de outra natureza, mas, não, a renda da empresa residente no Brasil⁵⁵.

Não há que se falar, neste caso, como fizemos para o controle dos preços de transferência, em renda consumida. Lá a situação era outra. A manipulação dos preços nas transações com pessoas vinculadas faz com que a empresa brasileira usufrua satisfação na forma de consumo, mesmo que implícita. Mas, aqui, não dá para considerar que a pessoa jurídica no Brasil tenha realizado alguma forma de consumo.

Por tudo isso, à luz dos fundamentos que iluminaram a conceituação da renda, não é possível identificar uma natureza de renda na escolha efetuada pelo legislador para tributar os lucros auferidos no exterior por controladas ou coligadas antes e independentemente de qualquer distribuição. Destarte, não há também qualquer possibilidade de se vislumbrar momento de aquisição ou titularidade da disponibilidade de uma renda que não se conheça como tal.

⁵⁵ Caso seja declarada a constitucionalidade desta hipótese, pelos motivos já expostos, haverá que se conviver com a realidade de que a lei tributa na empresa residente, sob o manto da “renda”, fato econômico de natureza conceitual distinta. Nada obstante, apesar dos diferentes sistemas jurídico-tributários, não é de se duvidar que os demais países que impuseram a tributação dos lucros que provenham das CFCs, mesmo em menor amplitude, tenham se socorrido de aberrações jurídicas semelhantes.

6 - O Conflito e sua Solução

Feito esse passeio pela conceituação da renda, sua disponibilidade e a forma em que ela se apresenta nas disciplinas do controle dos preços de transferência e dos lucros auferidos no exterior, é chegada a hora de tratarmos do tema que efetivamente motivou este trabalho, qual seja, o possível conflito entre as regras brasileiras de preços de transferência e de rendimentos auferidos no exterior.

A legislação de preços de transferência, tanto na hipótese em que limita os custos praticados nas operações de importação, quanto na hipótese em que exige o reconhecimento de uma receita mínima nas operações de exportação, exige a adição da renda transferida pela empresa situada no Brasil. Igualmente, a legislação que trata dos rendimentos auferidos no exterior tributa na matriz, controladora ou coligada situada no Brasil os lucros apurados pela filial, sucursal, controlada ou coligada situada no exterior, independentemente da efetiva distribuição desses lucros. Em algumas situações, entretanto, esses mandamentos legais poderão provocar uma dupla tributação do lucro.

Para explicar essa dupla tributação, vamos nos socorrer do mesmo exemplo ilustrado no estudo divulgado por Diogo Ferraz⁵⁶. Imagine-se uma empresa brasileira A que detenha 80% do capital social de uma empresa B situada no exterior. Esta empresa B será, então, uma controlada da empresa A. De acordo com o previsto na legislação de preços de transferência, há uma vinculação entre as empresas, e qualquer transação efetuada entre elas deverá se submeter aos preços parâmetros impostos pelos métodos de controle do preço praticado. Vamos, então, supor que a empresa A contrata um serviço da empresa B pelo valor de 100 mil reais. Apesar disso, os métodos de controle apontam um preço parâmetro máximo de 60 mil reais. Por conseguinte, ao final do último período de apuração no ano em que o serviço foi prestado, a empresa A terá que promover um ajuste no lucro contabilizado para refletir uma adição de 40 mil reais referentes à diferença entre o preço praticado e o preço parâmetro. A legislação que controla os preços de transferência considera que essa transação deve ser ajustada para contemplar o parâmetro máximo estabelecido. Como já dissemos, esse mecanismo de ajuste considera que a renda transferida foi consumida pela empresa brasileira. Em outras palavras, “os 40 mil reais foram consumidos pela empresa A”.

Vamos supor agora que, no mesmo período previsto pela legislação brasileira para a apuração do imposto, a empresa B só tenha prestado esse serviço e que, para fins de praticidade, não tenha incorrido em qualquer custo para prestá-lo. Neste caso, a empresa B apurará o lucro contábil equivalente ao valor recebido pelo serviço, ou seja, 100 mil reais. Tanto pelas regras atuais, em que prevalece o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, quanto na hipótese em que tenha realmente havido a distribuição de lucros naquele período, a empresa A terá que, ao final do período de apuração, adicionar ao seu lucro contábil o valor de 80 mil reais (80% de 100 mil reais).

Ora, por esse exemplo sintético é fácil constatar que alguma coisa está errada. Com efeito, a empresa B apurou seu lucro considerando a transação efetuada

⁵⁶ Cf. FERRAZ, Diogo. “O possível conflito entre os preços de transferência e a legislação CFC”. *Op. cit.*, pp. 27-32.

pelo preço praticado. Por isso, os lucros que para ela foram transferidos estão refletidos em sua contabilidade. Por outro lado, por força das regras de preços de transferência, a empresa A teve que converter a transação para o preço parâmetro, de modo que a renda que ela havia transferido teve que ser adicionada na apuração do lucro tributável. Não obstante isso, as regras de rendimentos auferidos no exterior também exigiram que os lucros transferidos refletidos na contabilidade da empresa B retornassem à empresa A para que nela fossem tributados. Acontece que, se não for feito na empresa B o chamado “ajuste correlativo”⁵⁷, parte dos lucros tributados na empresa A, pelas regras de rendimentos auferidos no exterior, já teriam sido alcançados pelas regras dos preços de transferência.

Esclarecendo. No exemplo mencionado, os 40 mil reais considerados pelas regras de preços de transferência e os 80 mil reais concernentes às regras de rendimentos auferidos no exterior serão tributados na empresa A. Esta empresa será, portanto, tributada em 120 mil reais. Se houvesse o “ajuste correlativo” na empresa B, somente o preço “arm’s length” do serviço prestado, ou seja, 60 mil reais, é que seria o lucro apurado pela contabilidade desta empresa. Então, apenas 48 mil reais (80% de 60 mil reais), segundo as regras de rendimentos auferidos no exterior, deveriam ser adicionados ao lucro contábil da empresa A. Isto, se somado aos 40 mil reais considerados pelas regras de preços de transferência, resultaria numa tributação total na empresa A no valor de 88 mil reais. Por conseguinte, a falta do “ajuste correlativo” na empresa B conduz a um acréscimo no lucro tributável da empresa A equivalente a 32 mil reais (120 mil reais menos 88 mil reais)⁵⁸.

Como já antecipamos, esse acréscimo configura uma dupla tributação. E isto ocorre porque atinge a uma mesma riqueza⁵⁹. Os 32 mil reais (80% de 40 mil reais) correspondem à participação da empresa A no lucro que ela havia transferido praticando preços superiores aos parâmetros exigidos pelo controle dos preços de transferência. Então, a dupla tributação incidiu exatamente sobre a parcela do lucro consumido pela empresa A. Portanto, nem todo o lucro transferido pela empresa A foi duplamente tributado. Os 20% que cabiam aos demais sócios da empresa B sofreram tributação na empresa A apenas através das regras de preços de transferência. Consequentemente, a riqueza que sofreu dupla tributação foi somente aquela pertinente à empresa A.

⁵⁷ O ajuste correlativo é o compromisso estatuído no parágrafo 2º do artigo 9º dos acordos de bitributação que seguem as Convenções-Modelo da OCDE e da ONU. Segundo esse compromisso, o país signatário procederá a um ajuste, chamado “correlativo”, excluindo da base tributável da empresa por ele juridicionada, a parcela do lucro que tenha sido transferido de empresa relacionada situada no outro país signatário e que tenha sofrido o chamado ajuste “primário” em consonância com os métodos definidos para a observância do padrão *arm’s length*. Nada obstante, mesmo que numa situação concreta o ajuste primário feito por uma empresa brasileira tenha observado este padrão, o Brasil não inseriu tal compromisso em sua rede de acordos, o que faz pressupor que é muito difícil que algum país concorde em fazer o ajuste correlativo sabendo que não haverá a contrapartida em situações semelhantes. Cf. GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência - Arm’s length e praticabilidade*. *Op. cit.*, pp. 237-238.

⁵⁸ A nosso ver, ao analisar seu próprio exemplo na perspectiva do conflito, Diogo Ferraz pareceu esquecer-se de atribuir somente 80% do total do lucro auferido pela empresa B. Por isso, chegou a uma conclusão, diferente da nossa, de que havia uma “supertributação” no valor de 40 mil reais. Cf. FERRAZ, Diogo. “O possível conflito entre os preços de transferência e a legislação CFC”. *Op. cit.*, p. 32.

⁵⁹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. *Op. cit.*, 2005, p. 240.

Com a dupla tributação visualizada, façamos agora uma descrição analítica do conflito consubstanciado nesse exemplo a partir do referencial teórico preliminarmente apresentado.

Em primeiro lugar, consideremos a análise da renda duplamente tributada sob o ponto de vista das regras de controle dos preços de transferência. Dissemos que essas regras refletem no ajuste do lucro contábil a renda que foi consumida como consequência da transferência de lucros pela manipulação dos preços. Preceituamos também que o momento de aquisição da disponibilidade é o momento do consumo da renda, que, por sua vez, coincide com o momento da transferência do lucro. E, além disso, que a titularidade da disponibilidade é da pessoa jurídica situada no Brasil.

Assim, a empresa A adquiriu a disponibilidade dos 32 mil reais, objeto do conflito de dupla tributação, logo no momento da transferência do lucro para a empresa B. Mas, esse lucro foi transferido através da manipulação do preço de uma prestação de serviço. Ora, sabemos que o princípio contábil da competência exige que se considere realizada a receita de uma operação de venda de mercadoria ou prestação de serviço no momento de sua efetivação, independentemente do recebimento do valor transacionado. Portanto, impõe-se concluir que a empresa A adquiriu a disponibilidade dos 32 mil reais no momento em que se efetivou a prestação do serviço pela empresa B.

Em segundo lugar, consideremos a análise da renda duplamente tributada sob o ponto de vista das regras que dispõem sobre os rendimentos auferidos no exterior na hipótese em que seja reconhecida a procedência da ADI nº 2.588, ou seja, a hipótese em que os lucros auferidos pelas filiais, sucursais, controladas ou coligadas só possam ser tributados no Brasil quando disponibilizados. Nesta hipótese, mostramos que o ajuste do lucro contábil exprime a renda na modalidade acréscimo patrimonial. E, também, que o momento da aquisição da disponibilidade dessa renda ocorre no mesmo tempo da apuração do lucro e que a titularidade dessa disponibilidade é da pessoa jurídica residente no Brasil.

Com essas perspectivas, a empresa A adquirirá a disponibilidade dos 32 mil reais somente no momento em que efetuar a apuração do lucro do período contábil em que a empresa B distribuir os 32 mil reais para a empresa A. Ou seja, este período não necessariamente será o mesmo da prestação do serviço. Na verdade, a distribuição do lucro poderá ocorrer muito depois, ou mesmo nem ocorrer. Entretanto, com certeza, neste último caso não se configuraria a dupla tributação de que aqui tratamos.

Por último, consideremos agora a análise da renda duplamente tributada sob o ponto de vista das regras que dispõem sobre os rendimentos auferidos no exterior na hipótese em que não seja reconhecida a procedência da ADI nº 2.588, ou seja, a hipótese em que os lucros auferidos pelas controladas ou coligadas possam ser tributados no Brasil antes e independentemente de qualquer distribuição. Lembremos que, nesta hipótese, não logramos identificar uma natureza de renda para a escolha efetuada pelo legislador. Por conseguinte, também não pudemos avançar para as considerações de momento da aquisição ou titularidade da disponibilidade. Este quadro, portanto, nos impede de prosseguir com a análise porque resta

claro que, se a hipótese não tributa algo que seja renda, descabe qualquer consideração sobre uma segunda tributação.

Finalizada, então, a descrição analítica, resta agora concluirmos que a aquisição da disponibilidade dos 32 mil reais pela empresa A ocorre em momento anterior no caso da renda tributada pelas regras de controle dos preços de transferência. Com efeito, a prestação do serviço foi o momento inicial de todo o processo. Depois desse momento, seguiu-se a apuração do lucro pela empresa B, a distribuição (ou não) desse lucro para a empresa A, a apuração contábil do lucro pela empresa A, a adição da renda transferida ao lucro contábil da empresa A e a adição do lucro distribuído (ou não) ao lucro contábil da empresa A.

Com a constatação de que a aquisição da disponibilidade da renda transferida ocorreu com a prestação do serviço, é imperioso dizer que a tributação efetuada pelas regras de controle dos preços de transferência é a primeira que alcança esse signo presuntivo de riqueza. Destarte, a nosso ver, o conflito se resolve repulmando uma nova tributação que posteriormente atue sobre a mesma riqueza. No nosso exemplo, isso equivaleria dizer que os 32 mil reais devem ser tributados pelas regras que controlam os preços de transferência em detrimento da tributação que também se propõe sobre a mesma riqueza pelas regras que atuam sobre os rendimentos auferidos no exterior. E essa solução pode servir para quaisquer que sejam as hipóteses que consideramos, ou seja, com ou sem o reconhecimento da procedência da ADI nº 2.588.

É interessante notar que Luís Eduardo Schoueri chega também à conclusão de que os ajustes de preços de transferência devem prevalecer sobre os ajustes das regras CFC. Para isso, argumenta que os lucros objetos de dupla tributação não teriam sido auferidos no exterior, mas no País. Por conseguinte, não há fundamento jurídico para a aplicação das regras CFC sobre esses lucros, já que elas preveem expressamente sua incidência sobre “os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior”⁶⁰.

Em nossa opinião, trata-se de ver o mesmo aspecto sob um ângulo diferente. Realmente, no nosso exemplo, o lucro só foi transferido para a empresa B porque ele havia sido produzido no Brasil. Foi essa circunstância que permitiu à lei dos preços de transferência avocar a tributação sobre a correspondente renda transferida. Depois, quando a lei dos rendimentos auferidos no exterior impõe tributação sobre o lucro resultante da transferência, ela alcança, na parte desse lucro que pertence à empresa A, a mesma riqueza já tributada pela lei dos preços de transferência. Portanto, aquela lei alcança uma parte do lucro produzido na empresa A. Como a lei dos rendimentos auferidos no exterior se propõe a tributar o lucro produzido na empresa B, essa tributação carece de legitimidade.

Uma vez constatado que o conflito deve ser resolvido pelo afastamento da incidência das regras que atuam sobre os rendimentos auferidos no exterior, a solução técnica do conflito exigirá uma correção na forma de exclusão no ajuste do lucro líquido contabilmente apurado pela pessoa jurídica brasileira. No nosso exemplo, isto equivalerá a considerar uma exclusão de 32 mil reais no ajuste que calcu-

⁶⁰ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário Internacional Aplicado. Op. cit.*, 2005, p. 246.

la o lucro real da empresa A⁶¹. Não obstante, será sempre prudente verificar se no país de residência da empresa vinculada no exterior foi feito algum “ajuste correlativo”⁶². Com efeito, essa atitude poderá já ter aliviado a dupla tributação que a lei brasileira de preços de transferência possa ter provocado naquele país. Isto faria com que a correção que aqui se propõe acabasse por retornar o problema da dupla tributação, o qual já teria sido resolvido, ou pelo menos atenuado, com o mencionado “ajuste correlativo”.

7 - Conclusão

Com este estudo, procuramos produzir uma análise original da dupla tributação decorrente do conflito que pode ser proporcionado pela atuação simultânea das regras brasileiras de preços de transferência e de rendimentos auferidos no exterior.

Para isso, identificamos que o sentido do conceito de renda positivado em nosso CTN, que tem peso constitucional, aderiu à teoria do acréscimo patrimonial. Essa adesão implica reconhecer que a renda tributável possui diferentes naturezas *stricto sensu* e que ela pode ser medida em dois momentos distintos conforme se refira aos fluxos monetários e demais benefícios que ingressam na esfera patrimonial da pessoa ou às satisfações pessoais com o consumo ou com o acréscimo patrimonial verificados num determinado período.

Além disso, identificamos também que há duas perspectivas importantes que podem ser deduzidas da ideia, também positivada pelo CTN, de disponibilidade da renda. Tratam-se do momento da aquisição e da titularidade da disponibilidade. Por outro lado, a distinção entre disponibilidade jurídica e disponibilidade econômica faz pouco sentido e pode ser desprezada.

Com apoio nessas premissas, pudemos, então, conhecer a natureza, o momento de aquisição e a titularidade da disponibilidade da renda contemplada, tanto pelas regras dos preços de transferência, quanto dos rendimentos auferidos no exterior. Esse conhecimento pôde, por fim, propiciar um referencial teórico seguro para examinar criteriosamente, com amparo num exemplo numérico, o conflito e propor a solução que pareceu mais adequada.

O resultado a que chegamos com essa metodologia indica que o problema da dupla tributação deve ser resolvido com a prevalência da tributação da renda transferida pelas regras de controle dos preços de transferência. Essa preponderância é válida tanto para a hipótese de a ADI nº 2.588, que julga a constitucionalidade do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, ser considerada procedente, quando a tributação das controladas ou coligadas voltará a ser só permitida no período da distri-

⁶¹ Devido ao mesmo esquecimento já relatado, Diogo Ferraz propõe a dedução no valor de 40 mil reais. Cf. FERRAZ, Diogo. “O possível conflito entre os preços de transferência e a legislação CFC”. *Op. cit.*, p. 33.

⁶² Apesar de o Brasil não incluir o “ajuste correlativo” em seus acordos de bitributação, as diretrizes sobre preços de transferência da OCDE sugerem que eles possam até estar previstos unilateralmente na legislação de alguns países para aliviar a dupla tributação de empresas de *bona fide*. Cf. OCDE. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Paris: OCDE, 2001, pp. IV-11.

buição dos lucros, quanto para a hipótese de ela ser considerada improcedente, quando a tributação das controladas ou coligadas continuará ocorrendo em relação ao período em que se insere a data do balanço no exterior em que os lucros forem apurados.

Neste sentido, a melhor solução que podemos propor é que se inclua uma previsão legislativa para a exclusão da parcela duplamente tributada no ajuste para obtenção do lucro real a partir do lucro líquido contabilmente apurado pela pessoa jurídica brasileira. Essa exclusão deverá ser promovida toda vez que forem efetuadas adições provenientes de lucros auferidos no exterior oriundos de renda transferida tributada pelas regras de controle dos preços de transferência.

As considerações aqui expostas servem tanto para a apuração do lucro real a ser tributado pelo imposto de renda quanto para a base de cálculo da contribuição social sobre o lucro líquido das empresas que incidam na concomitância legislativa que possa gerar o conflito suscitado.