

PALESTRA ALBERTO XAVIER – ABDF – 20.07.2010

País ou Dependência de Tributação Favorecida e Regime Fiscal Privilegiado: Aspectos Polêmicos da Lei nº 12.249/2010; a IN RFB 1.045/2010 e os ADEs RFB 10 e 11 de 2010

A referência ao “país ou dependência de tributação favorecida” recai sobre o ente ou a entidade tributante, com característica subjetiva, inicialmente puramente no tocante ao percentual máximo de tributação (até 20%) e, depois, relacionando também aspectos de opacidade (falta de informação etc.).

Quando se fala em “regime fiscal privilegiado”, cuidamos de zonas de paraísos fiscais incrustadas em verdadeiros infernos fiscais. São áreas, e não jurisdições.

Tanto a OCDE como também a UE têm consideráveis trabalhos sobre o tema.

No direito positivo brasileiro, o conceito de “país ou dependência de tributação favorecida” se desenvolveu a partir dos seguintes dispositivos legais principais (**art. 24 da Lei nº 9.430/96**, com o § 3º incluído pela Lei nº 10.451/02 e o § 4º incluído pela Lei nº 11.727/08):

Países com Tributação Favorecida

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

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

§ 2º No caso de pessoa física residente no Brasil:

I - o valor apurado segundo os métodos de que trata o art. 18 será considerado como custo de aquisição para efeito de apuração de ganho de capital na alienação do bem ou direito;

II - o preço relativo ao bem ou direito alienado, para efeito de apuração de ganho de capital, será o apurado de conformidade com o disposto no art. 19;

III - será considerado como rendimento tributável o preço dos serviços prestados apurado de conformidade com o disposto no art. 19;

IV - serão considerados como rendimento tributável os juros determinados de conformidade com o art. 22.

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

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

São idéias-forças que merecem atenção. Inicialmente, o conceito de país ou dependência de tributação favorecida foi restrito à baixa tributação (<20%). O conceito de sigilo acionário ou composição societária (e não fiscal) compunha conceito diverso. Em seguida, houve o encampamento da opacidade na noção própria de país ou dependência de tributação favorecida.

Em paralelo, cabe mencionar que a Lei nº 9.779/99 previa que:

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

Verifica-se, portanto, que no início a consequência jurídica do enquadramento como país ou dependência de tributação favorecida era focada nas questões de preços de transferência. Em seguida, agregou-se também o agravamento do WHT.

Cabe registrar que as consequências jurídicas dos 2 regimes (país ou dependência com tributação favorecida e regime fiscal privilegiado) não são coincidentes. Daí não se falar em listas negras ou cinzas. São categorias diversas, e não espécies de um mesmo gênero.

A lista prevista na IN 1.037 é **taxativa**, seja pela autovinculação das autoridades administrativas no ato do lançamento, seja em razão do princípio da segurança jurídica (se, conseqüentemente da proteção da confiança e da boa-fé). É inaceitável a idéia de não taxatividade da lista.

Não confundir essa lista (da IN 1.037) com a lista da OCDE que classifica jurisdições em relação ao padrão internacional de troca de informações e sigilo fiscal. De acordo com esta última lista, há divisão tripartite, pela qual as jurisdições são classificadas em relação ao cumprimento ou não das normas internacionais. Hoje, não há nenhum país que não tenha se curvado ao *International Standard*. Ex.: Suíça promoveu as modificações recentemente.

Voltando à lista da IN 1.037, das 65, 42 são ilhas ou arquipélagos, 25 estão na América, 13 na Ásia, 2 na Oceania, 2 no Pacífico, 7 na África etc. Essa lista parece não se referir a qualquer estudo técnico mais sério, já que levanta algumas dúvidas quanto à sua exatidão. Serão esses TODOS os possíveis países ou dependências com tributação favorecida? Será que não há outros na África, Ásia etc.?

Quanto ao “**regime fiscal privilegiado**”, surgiu com o acréscimo do art. 24-A na Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.727/08:

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

~~Parágrafo único. Para efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que: [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)~~

~~Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008\)](#)~~

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se regime fiscal privilegiado aquele que apresentar uma ou mais das seguintes características: [\(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009\)](#)

I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento); [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)

II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência; [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)

III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território; [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)

IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas. [\(Incluído pela Lei nº 11.727, de 2008\)](#)

Destaca-se, desde logo, o caráter NÃO cumulativo das características enumeradas no parágrafo único.

O **inciso I** cuida da **tributação nula ou baixa**. Ver ainda hipóteses de incentivos fiscais direcionados, como por exemplo, para exportações.

O **inciso II** trata do *ring fence*. Ex.: Madeira, Dublin.¹

O **inciso III** traz a hipótese da **territorialidade**, que vigorou no Brasil até o advento da Lei nº 9.249/95.

O **inciso IV** se refere ao fenômeno da **opacidade** quando, apesar de considerar a operação, o foco central é na opacidade.

Quais são as **consequências jurídicas** dessa classificação? Temos quatro consequências que são comuns tanto aos países ou dependências com tributação favorecida como também aos regimes fiscais privilegiados e apenas uma que é inerente tão só àquela.

1) **Preço de transferência**: limitações de dedutibilidade.

2) Lei nº 12.249/10: arts. 25 a 27

2.1) **Art. 27: perda de residência da pessoa física** > obriga ao atendimento das características explicitadas.

¹ Ring fence: “A restriction placed round certain transactions or circumstances in order to isolate them for tax purposes. Ring fences are used to restrict the application of particular provisions to transactions or circumstances inside the ring fence or to prohibit the application of general provisions to transactions or circumstances inside the ring fence. For example, losses arising in one category may be ring fenced from profits in another and accordingly cannot be set off against those profits. Typically encountered in connection with particular activities, such as those relating to petroleum tax rules or in the context of scheduler tax system. Also encountered in the context of certain offshore tax regimes under which benefits of the regime are ring fenced such that they are only available, e.g. to companies which are not owned by local residents” (IBFD INTERNATIONAL TAX GLOSSARY, fifth edition, editor Barry Larking, Amsterdam – The Netherlands, 2005, p.347 e 348).

2.2) **Art. 26: regras de restrição à dedutibilidade** para residentes que estejam em país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado (ocorrem requisitos adicionais que quase chegam a subverter o ônus da prova, levando em conta a substância ou substantividade da operação).

2.3) **Art. 25: subcapitalização** (*thin capitalization*).

- 3) **Conseqüência específica** para o país ou dependência com tributação favorecida: **agravamento da alíquota retida na fonte**. Há exceções, como por exemplo: Res. 2.689, leasing, etc.

No tocante ao **regime fiscal privilegiado**, podemos dividi-lo em:

- 1) **Holdings**: Luxemburgo, Dinamarca e Países Baixos (que não exerçam atividade substantiva), ETVes espanholas e Malta.
- 2) **Ring fences**: Safi uruguaia e LLC (cuja participação seja de não residente não submetido à tributação no país onde está domiciliado).
- 3) **Tradings** de Malta e Islândia.
- 4) Em categoria de **outros**: Kft Offshore húngara.

Críticas:

- a) O regime de tributação da LLC é inerente a qualquer sociedade transparente.
- b) No relatório da OCDE sobre *Harmful Tax Competition* (2004), consta a Kft Offshore húngara como abolida!
- c) Quanto à listagem das *holdings*, o que é uma *holding*? Deve funcionar na base da *participation exemption*, justamente para eliminar a dupla tributação econômica dos lucros distribuídos para evitar o eventual efeito cascata, embora operacionalmente o lucro da sociedade e do sócio seja o mesmo. Cabe registrar que no Brasil não há tributação de dividendos de PJ distribuídos para PF.
- d) É curioso que o Brasil, que privilegia tanto a *holding* na sua legislação interna, tenha sido tão duro com as *holdings* de outros países.
- e) Qual é a conseqüência natural do uso da *holding*? Não é a mudança de residência, a subcapitalização ou a dedutibilidade de despesas. A inclusão das *holdings* nessa listagem é irracional.
- f) No mundo hoje, todas as *holdings* citadas na IN 1.037 foram consideradas como não constituindo regime fiscal privilegiado (isto é, *not harmful*). Foram consideradas normais. A inclusão das *holdings* nessa listagem é *misleading*.
- g) É quanto à necessária substância econômica? A *holding* pode prescindir de eventual substância econômica, já que se trata de um fenômeno meramente abstrato. É diferente da *trading* e da prestadora de serviços de engenharia, por exemplo.
- h) O que vem a ser atividade econômica substantiva? Designa-se o caso que se exige substância (adequação da estrutura à função) para evitar a aplicação de medidas anti-elisivas.
- i) A lista é desatualizada, mal pensada e mal elaborada, que chega até a criar verdadeiro mal-estar no ambiente internacional.
- j) Isso tem conseqüências psicológicas no investidor estrangeiro, já que o pânico que venha a assolar as sociedades estrangeiras é prejudicial ao desenvolvimento dos negócios.