Crivelli Filho e Santos: Receita e trusts, mais dúvidas que respostas

Recentemente, a Receita Federal do Brasil (RFB), por meio da Solução de Consulta Cosit nº 41/2020 [1] , concluiu que incide o IRPF sobre rendimentos recebidos de *trust* por beneficiário (e herdeiro). No caso analisado, a consulente alega ser beneficiária de *trust* com sede nas Bahamas, instituído por seu marido, falecido em 2016. Devido à sua condição de beneficiária (e herdeira), afirma que passou a receber "rendimentos" provenientes do referido *trust*. Daí questionar a RFB se sobre tais "rendimentos" incidiria

Analisando a questão, a Cosit concluiu que a situação narrada pela Consulente se enquadraria na hipótese do artigo 8º da Lei nº 7.713/88, incidindo, pois, o IRPF, sujeito a recolhimento mensal pelo carnê-leão.

A generalidade e a falta de elementos adicionais que permitam compreender melhor o caso analisado pela Cosit implicariam em reconhecer a ineficácia da consulta por descumprimento do artigo 3º, III, da IN nº 1.396/13 [2], especialmente porque o seu artigo 9º, além de estabelecer o efeito vinculante das soluções de consulta para a RFB, respalda o sujeito passivo que a observa, desde que demonstre que se enquadra na hipótese por ela abrangida, o que é dificultado (senão frustrado) graças à sua exposição lacônica.

Apesar das dúvidas que a resposta da Cosit suscita, é difícil imaginar como se chegou a essa conclusão, já que as possíveis situações envolvendo o *trust* e a beneficiária levam à conclusão de que a interpretação adotada pela Cosit provavelmente não se sustenta.

Uma primeira leitura possível da solução de consulta leva a crer que qualquer transferência de patrimônio do *trust* ao beneficiário ensejaria a incidência do IRPF. Tal hipótese, todavia, seria inviável, porque violaria a repartição de competências prevista nos artigos 153 e 155 da Constituição Federal de 1988.

De fato, o texto constitucional é claro: à União compete tributar a '*renda e proventos de qualquer natureza"*; aos estados, a "*transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos"*. Segundo a solução de consulta, o marido (*settlor*) da beneficiária falecera em 2016, de sorte que eventual transmissão de bens ou direitos configuraria fato gerador do ITCMD (e não do IR).

Essa conclusão é corroborada pelo artigo 6º, XVI, da Lei nº 7.713/88, que isentou do IRPF "*o valor dos bens adquirido por doação ou herança"*, ressalvada a possibilidade de sua exigência sobre o ganho de capital verificado entre esse valor e aquele constante da declaração do *de cujus* ou doador caso a

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

transferência ocorra pelo valor de mercado.

A exigência do ITCMD sobre bens localizados no exterior dependeria da edição de lei complementar — não editada até o momento —, nos termos do artigo 155, §1º, III, "b", da Constituição Federal de 1988. Nesse ponto, a solução de consulta é lacônica, pois não esclarece a localização dos bens e direitos que compõem o *trust*.

Hipótese pouco provável é aquela em que o beneficiário, sucessor ou cônjuge meeiro seria pessoalmente responsável pelo recolhimento dos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da partilha ou adjudicação, conforme o inciso II do artigo 131 do CTN. Não parece ser esse o caso narrado pela Cosit, já que a beneficiária alega receber valores desse *trust*, situação incompatível com a prescrita pela regra mencionada.

De todo modo, é relevante (e isso passou ao cabo da análise das autoridades fiscais) identificar o grau de "revogabilidade" do *trust* pelo *settlor*. Afinal, isso pode influenciar no poder do *settlor* e/ou beneficiário sobre o patrimônio conferido ao *trust fund* e, assim, na eventual disponibilidade que eles têm sobre os rendimentos do *trust*.

Diz-se que o *trust* é revogável se o *settlor*, quando da constituição do *trust*, reserva para si poderes de gestão do patrimônio e a prerrogativa de poder determinar quando os bens serão transferidos aos beneficiários. Por outro lado, é irrevogável o *trust* constituído pelo *settlor* quando há transferência dos bens ao *trust*, que passam a ser integralmente geridos pelo *trustee*, valendo-se de verdadeira propriedade fiduciária.

Nessa linha, no caso de um *trust* revogável, é possível sustentar que os bens que compõem o *trust fund* continuam integrando o patrimônio do *settlor* e, por isso, haveria bons argumentos para sustentar que não há transferência patrimonial, tampouco incidência de IR ou ITCMD na constituição do *trust*. Consequência disso é que, a partir do falecimento do *settlor*, os bens seriam transmitidos ao beneficiário a título de herança (com a devida incidência de ITCMD) e os rendimentos decorrentes da exploração destes bens seriam tributáveis na pessoa do beneficiário pelo IRPF.

Por outro lado, na hipótese de se constituir um *trust* irrevogável, os bens seriam, efetivamente, transferidos ao *trust*, cogitando-se, aí, sim, a incidência de ITCMD (em razão da cessão gratuita dos bens por parte *do settlor* para o *trustee*) ou mesmo de IRPF caso a transferência se desse a valor superior ao registrado na Declaração de Bens e Direitos do *settlor*. Só caberia ao beneficiário recolher o IRPF quando este recebesse, do *trustee*, os rendimentos decorrentes da exploração do *trust fund*. Eventual transferência gratuita dos bens do *trustee* para o beneficiário poderia sujeitar-se ao ITCMD (caracterizando doação, e não propriamente herança, uma vez que os bens não integravam a esfera patrimonial do *de cujus* quando do falecimento [3]).

Já se o beneficiário também atua como *trustee* (ou *co-trustee*), com poderes de gestão sobre determinados bens do *trust*, seria possível cogitar a incidência do IRPF, ao invés do ITCMD, quanto aos rendimentos por ele auferidos [4]. Para tanto, é fundamental que haja uma relação direta entre o rendimento percebido pelo beneficiário e o bem sobre o qual recai o seu poder de gestão [5].

A tributação, portanto, dos rendimentos auferidos pela exploração de bens transferidos a *trusts* não implica, automaticamente, a incidência do IRPF

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

— como faz crer a Cosit.

Como a figura do *trust* não tem previsão expressa no Direito brasileiro, é necessário avaliar esses aspectos de gestão e de propriedade jurídica e econômica dos bens alocados ao *trust fund* para que se possa averiguar em que hipóteses há ou não transferência patrimonial. Assim, de duas uma, ou bem a Receita Federal deveria ter exposto, com mais detalhes, quais foram as circunstâncias específicas da consulta realizada (restringindo sua orientação a esse tipo de caso específico), ou bem deveria ter realizado análise mais abrangente, contemplando as diversas hipóteses possíveis de constituição de um *trust*. Problemática, enfim, é a solução simplista adotada pela Cosit, gerando dúvidas para contribuintes e auditores fiscais.

[1] Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108304>

[2] Artigo 3º — A consulta deverá ser formulada por escrito, conforme os modelos constantes nos Anexos I a III a esta Instrução Normativa, dirigida à autoridade competente da Coordenação mencionada no caput do artigo 7º e apresentada na unidade da RFB do domicílio tributário do consulente. […] III – circunscrever-se a fato determinado, conter descrição detalhada de seu objeto e indicação das informações necessárias à elucidação da matéria.

[3] OLIVEIRA, Ricardo Mariz, "O Instituto do Trust na Perspectiva do Direito Brasileio". In: SCHOUERI, Luis Eduardo, BIANCO, João Francisco, **Estudos de Direito Tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann**, São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 403-404

[4] CALIL, Ricardo, "A incidência do Imposto de Renda e do ITCMD em operações com trusts", **Revista de Direito Tributário Internacional**, nº 04, 2018, p. 190-191.

[5] *Ibidem*, pp. 197.

Date Created
29/04/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.