



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo nº** 10880.729239/2011-11  
**Recurso nº** De Ofício e Voluntário  
**Acórdão nº** 1102-001.247 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 25 de novembro de 2014  
**Matéria** IRPJ.  
**Recorrentes** INTERCEMENT BRASIL S/A  
FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2006, 2007

LUCROS NO EXTERIOR CONSIDERADOS DISPONIBILIZADOS NOS TERMOS DO ART. 74 DA MP 2158-35/2001. DIVIDENDOS PRESUMIDOS. TRATADOS INTERNACIONAIS. CONVENÇÃO MODELO DA OCDE.

Os lucros auferidos no exterior e considerados disponibilizados nos termos do art. 74 da Medida Provisória 2158-35/2001 possuem a natureza de dividendos presumidos e, nos termos dos tratados internacionais firmados com base na Convenção Modelo da OCDE, subsumem-se ao artigo 10 daquela Convenção.

LUCROS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MP 2158-35/2001. CONTROLADA NA ARGENTINA. TRATADO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.

Nos termos do art. 23 da Convenção Brasil-Argentina, são isentos de tributação no Brasil os dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, desde que, de acordo com as disposições da própria Convenção, sejam tributáveis na Argentina.

LUCROS NO EXTERIOR. COLIGADA AVALIADA PELO CUSTO DE AQUISIÇÃO.

Nos termos da regulamentação editada pela Receita Federal, mesmo na vigência do art. 74 da Medida Provisória 2158-35/2001, no caso de investimento no exterior avaliado pelo custo de aquisição, os lucros devem ser reconhecidos pela investidora no Brasil somente quando disponibilizados mediante pagamento ou crédito, nos moldes previstos pela Lei nº 9.532/97.

LUCROS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MP Nº 2158-35/2001.  
COLIGADAS NA BOLÍVIA E PARAGUAI.  
INCONSTITUCIONALIDADE.

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588, decidiu pela inaplicabilidade, com efeitos *erga omnes*, do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, no caso de coligadas sediadas em países não sujeitos a tributação favorecida (não paraísos fiscais).

#### IMPOSTO DE RENDA PAGO NO EXTERIOR

Pode ser compensado com o imposto de renda e a contribuição social devidas no país, em razão dos lucros auferidos no exterior, o imposto efetivamente pago no exterior sobre aqueles lucros, observados os limites legais.

#### ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2006, 2007

LUCROS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MP 2158-35/2001. TRATADO BRASIL-ARGENTINA PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.

A contribuição social sobre o lucro, apesar de guardar semelhança com o imposto de renda, possui base de cálculo própria, bem como destinação distinta, e não se encontra abrangida pela Convenção Brasil-Argentina.

Recurso de ofício negado e recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício. Por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso voluntário para: (i) cancelar integralmente os lançamentos de IRPJ e CSLL relativos à adição dos lucros auferidos pela Itacamba Cimento (Bolívia) e Yguazú Cimento (Paraguai); (ii) cancelar integralmente os lançamentos de IRPJ relativos à adição dos lucros auferidos pelas empresas Holdtotal e Loma Negra (Argentina), em face do tratado celebrado entre Brasil e Argentina; (iii) determinar o aproveitamento do imposto pago pela Loma Negra (7.228.832,31 pesos, em 07/01/2008) para abater do valor da contribuição social sobre o lucro devida pela contribuinte em 2007, até o limite do valor da referida contribuição devida em razão da adição dos lucros da Loma Negra à apuração da sua base de cálculo neste ano, vencido o conselheiro Ricardo Marozzi Gregório, que negava provimento ao recurso voluntário no que concerne aos lançamentos de IRPJ relativos à adição dos lucros auferidos pelas empresas Holdtotal e Loma Negra (Argentina) em face do tratado celebrado entre o Brasil e a Argentina. O conselheiro Ricardo Marozzi Gregório apresentou declaração de voto.

*Documento assinado digitalmente.*

João Otávio Oppermann Thomé – Presidente e Relator.

*Documento assinado digitalmente.*

Ricardo Marozzi Gregório – Conselheiro.

Participaram do julgamento os Conselheiros: João Otávio Oppermann Thomé, José Evande Carvalho Araujo, Francisco Alexandre dos Santos Linhares, Ricardo Marozzi Gregório, João Carlos de Figueiredo Neto, e Marcos Vinicius Barros Ottoni.

## Relatório

Trata-se de recursos de ofício e voluntário interpostos contra acórdão proferido pela 4ª Turma de Julgamento da DRJ/São Paulo-I, que julgou parcialmente procedente a impugnação contra o lançamento de ofício efetuado.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 541/544, a recorrente, então denominada CAMARGO CORREA CIMENTOS S/A possuía, em 2006 e 2007, as seguintes participações societárias em empresas coligadas e controladas no exterior:

| Empresa                | País      | Percentual |
|------------------------|-----------|------------|
| Itacamba Cimento S/A   | Bolívia   | 16,66 %    |
| Yguazu Cimento S/A     | Paraguai  | 35,00 %    |
| Loma Negra Cimento S/A | Argentina | 24,18 %    |
| Holdtotal S/A          | Argentina | 97,00 %    |

A tabela abaixo contém os valores dos resultados apurados por essas sociedades em 2006 e 2007, de acordo com as demonstrações financeiras apresentadas pela recorrente ao fisco:

| Empresas             | Lucro (\$ local) | Tx câmbio | Conversão  | Lucro em R\$ | Lucro proporcional R\$ |
|----------------------|------------------|-----------|------------|--------------|------------------------|
| Itacamba             | 8.190.355        | 0,272572  | 31/03/2006 | 2.232.461    | 371.928                |
| Yguazu Cimento       | 6.403.977.759    | 0,000414  | 31/12/2006 | 2.648.044    | 926.815                |
| Loma Negra           | 251.622.315      | 0,706373  | 30/11/2006 | 177.739.210  | 42.977.341             |
| Holdtotal S.A        | 200.295.095      | 0,706373  | 30/11/2006 | 141.483.047  | 137.238.856            |
| <b>TOTAL EM 2006</b> |                  |           |            |              | <b>181.514.940</b>     |

| Empresas             | Lucro (\$ local) | Tx câmbio | Conversão  | Lucro em R\$ | Lucro proporcional R\$ |
|----------------------|------------------|-----------|------------|--------------|------------------------|
| Itacamba             | 3.914.269        | 0,25646   | 31/03/2007 | 1.003.853    | 167.241                |
| Yguazu Cimento       | 5.630.918.574    | 0,000375  | 31/12/2007 | 2.113.284    | 739.649                |
| Loma Negra C.        | 328.963.823      | 0,567335  | 30/11/2007 | 186.632.691  | 45.127.785             |
| Holdtotal S.A        | 271.962.702      | 0,567335  | 30/11/2007 | 154.293.960  | 149.665.141            |
| <b>TOTAL EM 2007</b> |                  |           |            |              | <b>195.699.817</b>     |

Os valores de R\$ 181.514.940 (AC 2006) e de R\$ 195.699.817 (AC 2007), por não terem sido espontaneamente oferecidos à tributação pela recorrente, foram objeto do lançamento de ofício do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, ao abrigo da legislação relativa aos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, em especial o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001.

Na manifestação de inconformidade, requereu o contribuinte o cancelamento da autuação, em razão dos argumentos a seguir, em síntese, expostos.

Em primeiro lugar, porque o auto de infração tributou lucros apurados por sociedades domiciliadas na Argentina (Holdtotal e Loma Negra), o que não é permitido face ao Tratado contra a Dupla Tributação da Renda celebrado entre o Brasil e a Argentina.

Neste aspecto, caso a qualificação seja no sentido de um lucro propriamente dito, o que a recorrente tem por correto, deve-se aplicar o art. 7º do Tratado, que consagra uma regra de competência exclusiva do país de domicílio da sociedade controlada ou coligada, no caso a Argentina, com a conseqüente exclusão de competência do país de domicílio da investidora (Brasil).

Por outro lado, caso a qualificação seja no sentido tratar-se de um dividendo (ficto), aplicar-se-ia o art. 10, que consagra uma regra de competência cumulativa do país de domicílio da controlada e do país de domicílio da controladora, porém com limitações. No caso do tratado entre o Brasil e a Argentina, o art. 23, nº 2, ao tratar dos métodos para prevenir a dupla tributação, estabelece que os dividendos distribuídos pelas sociedades argentinas detidas em mais de 10% por sociedade domiciliada no Brasil deverão ser isentos de tributação no Brasil. Assim, também por este motivo, não se justifica a tributação imposta.

Em segundo lugar, porque, especificamente em relação à controlada Holdtotal, ainda que, por hipótese, os seus lucros pudessem ser tributados no Brasil, a tributação não seria nos valores constantes do auto de infração, já que este, por equívoco, se pautou no demonstrativo que continha o resultado consolidado da Holdtotal e da Loma Negra (preparado pelo fato daquela ter participação nesta), o que gerou uma indevida dupla tributação dos lucros da Loma Negra.

Em terceiro lugar, porque, em relação à empresa Itacamba é inaplicável o art. 74 da MP nº 2.158/01, uma vez que a recorrente mantém nessa empresa participação de apenas 16,66%, o que não caracteriza coligação nos termos da legislação societária (art. 243, §§ 1º e 5º da Lei nº 6.404/76). E, ainda que assim não fosse, tal investimento é avaliado na recorrente pelo custo de aquisição, o que somente gera a obrigação de pagamento de tributos no Brasil quando o lucro é *efetivamente* distribuído, nos precisos termos do art. 8º da IN/SRF nº 213/02

Em quarto lugar, porque o auto de infração não observou o artigo 26 da Lei nº 9.249/95 e o art. 14 da IN/SRF nº 213/02, já que desconsiderou por completo, na apuração dos impostos supostamente devidos no Brasil, os tributos pagos na Argentina e no Paraguai sobre os lucros auferidos pelas sociedades coligadas e controladas com domicílio nesses países.

E, por fim, em quinto lugar porque, ainda que restasse algum lucro que pudesse ser tributado no Brasil, há que ser observado o direito da recorrente à compensação dos prejuízos e bases de cálculo negativas por ela apurados em 2006 e 2007.

Especificamente com relação à CSLL, aduz ainda a recorrente que, inobstante se trate de uma contribuição com fim específico, à luz da tipologia de tributos consagrada na Constituição Federal, a sua estrutura, face às regras do CTN, é de um imposto, e substancialmente semelhante ao imposto de renda, motivo pelo qual também se encontra abrangida pelo tratado celebrado entre o Brasil e a Argentina.

A DRJ decidiu a lide por meio do acórdão nº 16-35.170, cuja ementa transcrevo a seguir:

“TRATADO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.

Não havendo conflito com as disposições previstas nos tratados internacionais para evitar a dupla tributação deve ser aplicada a legislação brasileira relativa à tributação em bases universais.

COMPENSAÇÃO DE PAGAMENTOS REALIZADOS NO EXTERIOR.

Para poder ser compensado o imposto pago no exterior com o imposto devido no Brasil, o documento de arrecadação, e não somente a declaração do imposto de renda, deve ser reconhecido pelo órgão arrecadador do país estrangeiro e pela representação diplomática brasileira. Além disso, para terem sua validade reconhecida no processo administrativo, documentos em língua estrangeira devem estar traduzidos por tradutor juramentado.

RESULTADO CONSOLIDADO.

Foi indevidamente considerado o resultado consolidado da empresa Holdtotal que incorporava o resultado da Loma Negra. Realizado a devida retificação da base de cálculo do lançamento.”

Em síntese, reconheceu a DRJ o equívoco perpetrado pela fiscalização, que implicou a tributação em duplicidade dos lucros da Loma Negra, e retificou o lançamento nesta parte, recorrendo de ofício desta decisão, e julgou improcedentes os demais argumentos.

Segundo a DRJ, nos termos do art. 74 da MP nº 2.158/01, a lei brasileira, com relação aos lucros auferidos no exterior, tributa efetivamente os dividendos, ainda que em razão de uma ficção de disponibilização. Seguindo esta linha de raciocínio, observou a DRJ que, nos termos da Convenção para Evitar a Dupla Tributação, firmada entre o Brasil e a Argentina, os dividendos pagos pelas empresas Loma Negra e Holdtotal estariam livres de tributação no Brasil somente se houvessem sido tributados na Argentina, circunstância esta que a defesa não logrou demonstrar.

Com relação à empresa Itacamba, observou a DRJ que, ao contrário de que alega, consoante informação da fiscalização no processo nº 16561.00065/2009-86, a recorrente passou a avaliar o investimento naquela empresa pelo método da equivalência patrimonial a partir de 2004.

Com relação aos impostos que teriam sido pagos na Argentina e no Paraguai, observou a DRJ que a recorrente apresentou as declarações de imposto de renda da Yguazu e da Loma Negra, dos anos de 2006 e 2007, devidamente traduzidas, mas que, porém, no caso da Yguazu, não comprovou o recolhimento do imposto, e que, no caso da Loma Negra, não houve imposto a pagar em 2006, e em 2007 não foi comprovado o seu pagamento.

E, com relação aos prejuízos apurados pela recorrente nos anos-calendário de 2006 e 2007, consignou a DRJ que estes já foram considerados pela fiscalização nos cálculos efetuados.

Cientificada desta decisão em 11-04-2012, conforme AR de e-fls. 819, e com ela inconformada, a contribuinte interpôs recurso voluntário em 10-05-2012 (e-fls. 822-846), reafirmando suas razões de defesa (exceto com relação à compensação de prejuízos, não renovada), e acrescentando, ainda, os argumentos a seguir sintetizados.

Aduz ser equivocada a interpretação da DRJ quanto ao disposto no artigo 10 do Tratado – o qual, de qualquer sorte, entende inaplicável na medida em que a lei brasileira impõe a tributação sobre os lucros da empresa estrangeira, e não sobre seus dividendos – no sentido de que a isenção sobre os dividendos, no Brasil, estaria condicionada à efetiva tributação destes na Argentina, o que não teria sido comprovado. Isto porque a correta interpretação do termo “*sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições da presente Convenção*”, aceita pela doutrina internacional, e acolhida pela OCDE, consiste em que tal expressão (“*may be taxed*”, em inglês) significa apenas a *possibilidade* de tributação pelo Estado da fonte, e não o *efetivo exercício* dessa faculdade, como sucede na chamada cláusula “*subject to tax*”.

No que diz respeito aos impostos pagos no exterior pelas empresas Yguazu e da Loma Negra, afirmou, também, que a autoridade julgadora *a quo* não analisou corretamente os documentos trazidos aos autos.

A ausência de guia de recolhimento pela Yguazu justifica-se porque a empresa, embora tenha apurado imposto devido (718.722.779 pesos em 2006 e 568.848.856 pesos em 2007), compensou-o, em cada ano, com o saldo do exercício anterior (fls 717 e 731).

Já com relação à Loma Negra, em 2006 houve retenções do imposto da ordem de 265.097,95 pesos, o qual ficou como saldo a seu favor, e, em 2007, o imposto devido foi de 76.640.516,81 pesos, o qual, após reduzido por compensações realizadas, ainda resultou em imposto a pagar, devidamente quitado por meio de compensação (5.779.207,17 pesos, fls. 749) e de recolhimento em dinheiro (fls. 750).

A PFN apresentou contrarrazões ao recurso, requerendo seja negado provimento ao recurso voluntário e mantida a exigência fiscal nos termos em que foi decidido pela DRJ-SP1.

Na sessão de 6 de março de 2013, em face do reconhecimento pelo STF da repercussão geral da discussão sobre a constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35/2001, e à luz do art. 62-A, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF, o julgamento foi sobrestado por este colegiado (Resolução 1102-000.145). Com a revogação do artigo 62-A, retorna o processo à presente pauta.

É o relatório.

## Voto

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 05/12/2014 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 05/12/

2014 por RICARDO MAROZZI GREGORIO, Assinado digitalmente em 08/12/2014 por JOAO OTAVIO OPPERMAN THO

ME

Impresso em 11/12/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA



Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé

### **Recurso de Ofício**

Uma vez que a decisão recorrida exonerou o sujeito passivo de crédito em valor superior ao limite de alçada, fixado pela Portaria MF nº 03, de 03/01/2008, o recurso de ofício deve ser conhecido.

Este tem por objeto a reapreciação da decisão recorrida na parte em que esta reconheceu ter sido indevidamente tributado em duplicidade o resultado da empresa Loma Negra e, consequentemente, retificou o valor da base de cálculo do lançamento.

Está correto o procedimento adotado pela decisão recorrida, uma vez que, de fato, restou demonstrado que a fiscalização utilizara para os seus cálculos demonstrativos identificados como “Consolidado Holdtotal”, o qual, conforme se verifica às fls. 169 e seguintes, incluem os valores de “Loma Negra a 73,38% e de Cofesur em Loma Negra a 80,64%”. Assim, a DRJ identificou corretamente, dentre os diversos demonstrativos constantes dos autos, aqueles que contém o resultado exclusivo da empresa Holdtotal (não consolidado).

A decisão recorrida, portanto, reduziu o valor tributável relativo à Holdtotal para o montante correto, mantendo-se inalterado o valor tributável relativo à Loma Negra.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de ofício.

### **Recurso Voluntário**

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

O litígio versa sobre a tributação dos lucros auferidos no exterior, nos anos de 2006 e 2007, os quais foram, nos termos do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, considerados disponibilizados à recorrente. É a seguinte a dicção do artigo:

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

*Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.”*

Anteriormente a esta Medida Provisória, vigorava, para as controladas ou coligadas no exterior, o regime da Lei nº 9.532, de 1997, que previa que a disponibilização dos lucros se daria apenas nas hipóteses de pagamento ou crédito do valor em conta representativa

de obrigação da empresa no exterior, de sorte a mais claramente evidenciar que a tributação recairia sobre os dividendos (lucros distribuídos), e não propriamente sobre os lucros, nada obstante esta mesma lei contivesse diversas hipóteses que a doutrina costuma classificar como *presunções legais* de disponibilização, uma vez que ou não correspondentes a uma efetiva realização financeira, ou não decorrentes de um efetivo ato de gestão caracterizador da distribuição de lucros. A mesma lei, ainda, em seu art. 1º, § 1º, alínea ‘a’, dispunha que os lucros de filiais ou sucursais no exterior seriam considerados disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil na data do balanço no qual tivessem sido apurados aqueles lucros, hipótese que a doutrina (ou parte dela, ao menos) costuma classificar como *ficção legal* de disponibilização.

A Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, portanto, impôs às controladas e coligadas no exterior a mesma condição — no tocante ao momento em que deveriam ser considerados disponibilizados os lucros — que a legislação anterior já impunha às filiais e sucursais da pessoa jurídica no exterior, qual seja, a data do balanço no qual tiverem sido apurados os referidos lucros.

No cenário internacional, as regras que visam a alcançar o resultado auferido por empresas situadas no exterior, conquanto ainda não efetivamente distribuídos, mas como se distribuídos fossem, na razão da participação societária detida naquela empresa, são conhecidas pelo nome de “regras CFC” (“Controlled Foreign Corporation rules”), ou, ainda, como regras de transparência fiscal internacional.

João Francisco Bianco conceitua como transparência fiscal internacional o regime “*em que os lucros auferidos por determinadas pessoas jurídicas, sediadas em um país, passam a ser tributados diretamente na pessoa de seus sócios, residentes em outro país, como se esses últimos os tivessem auferido diretamente. É nesse sentido que a pessoa jurídica sediada no exterior, do ponto de vista fiscal do país de residência dos sócios, é chamada de transparente*”<sup>1</sup>

Em que pesem as críticas dirigidas por expressiva parte da doutrina à Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, e mesmo o resultado da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588 (que declarou a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, e a sua inaplicabilidade a certas situações), creio não subsistirem dúvidas quanto ao fato de ter este diploma introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, tais regras, ou, ao menos, de ter nelas se inspirado.

A crítica mais contundente que se faz diz respeito à amplitude da regra imposta, na medida em que tratou indiscriminadamente todo e qualquer tipo de empresa situada no exterior, independentemente do local de sua sede e da natureza dos rendimentos obtidos, ao passo que a experiência internacional demonstra que as regras CFC deveriam ser aplicadas somente em determinadas circunstâncias.

Sem pretender neste espaço fazer uma análise comparativa compreensiva das diferentes legislações estrangeiras a respeito, apenas a título ilustrativo, o Tesouro dos Estados Unidos da América publicou em 2000 interessante estudo sobre a transparência fiscal internacional, tal qual instituída por aquele país, intitulado, em livre tradução, “O diferimento



da renda auferida por intermédio de corporações estrangeiras controladas”<sup>2</sup> Sendo os Estados Unidos um país que adota o denominado “sistema clássico” de tributação (i.e., a tributação em dois níveis, o primeiro sendo o da própria companhia, e o segundo, o de seus acionistas), por “diferimento da renda” entende-se a possibilidade de a tributação no segundo nível ser diferida até o momento da distribuição dos resultados pela companhia.

Neste estudo, após registrar que as regras que restringem ou limitam a possibilidade de diferimento do imposto sobre a renda auferida no exterior para certos proprietários de corporações estrangeiras controladas, e para certos tipos de renda, encontram-se na sub-parte F do Regulamento (Internal Revenue Code), observa o Tesouro americano que o objetivo da sub-parte F é prevenir o desvio de rendas dos Estados Unidos, ou do país estrangeiro no qual ela foi auferida, para outra jurisdição considerada “paraíso fiscal” ou que imponha uma tributação favorecida para determinado tipo de renda, ou tornar inválida a vantagem fiscal assim obtida. E que, neste diapasão, a sub-parte F em geral visa às rendas consideradas “passivas” (tais como juros, dividendos, aluguéis ou “royalties”), rendas que são desmembradas das atividades produtivas dos bens e serviços que geraram a renda, e rendas obtidas em determinadas transações entre partes relacionadas. E registra que, se uma CFC auferir renda conforme a sub-parte F, cada acionista americano **deve incluir em sua renda tributável a parcela daquela renda, proporcional à sua participação societária, considerando-a como dividendos.**<sup>3</sup>

O destaque feito, a par de endossar a pertinente crítica feita ao regime implementado pela legislação nacional, tem o propósito de evidenciar, por outro lado, que, quando consideradas aplicáveis as regras de transparência fiscal, os rendimentos auferidos pela controlada estrangeira devem ser considerados ou tratados como dividendos (em inglês “*deemed dividends*”, também referidos pela doutrina pátria como “*dividendos presumidos*” ou “*dividendos fictos*”).

<sup>2</sup> The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations - A Policy Study. Office of Tax Policy - Department of the Treasury, 2000. Disponível em [www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/subpartf.pdf](http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/subpartf.pdf)

<sup>3</sup> no original:

Subpart F applies to certain income of “controlled foreign corporations” (“CFCs”). A CFC is a foreign corporation more than 50% of which, by vote or value, is owned by U.S. persons owning a 10% or greater interest in the corporation by vote (“U.S. shareholders”).<sup>19</sup> “U.S. persons” includes U.S. citizens, residents, corporations, partnerships, trusts and estates.<sup>20</sup> If a CFC has subpart F income, each U.S. shareholder must currently include its pro rata share of that income in its gross income as a deemed dividend.

The subpart F rules attempt to prevent (or negate the tax advantage from) deflection of income, either from the United States or from the foreign country in which earned, into another jurisdiction which is a tax haven or which has a preferential tax regime for certain types of income. Thus, subpart F generally targets passive income and income that is split off from the activities that produced the value in the goods or services generating the income. Conversely, subpart F generally does not require current taxation of active business income except when the income is of a type that is easily deflected to a tax haven, such as shipping income, or income earned in certain transactions between related parties. In related party transactions, deflection of income is much easier because a unified group of corporations can direct the flow of income between entities in different jurisdictions.

A major category of subpart F income is foreign personal holding company income (“FPHCI”). This category includes interest, dividends and rents and royalties. It also includes gains from the sale of property that produces passive income or that is held for investment, gains from commodities transactions, and gains from foreign currency transactions, as well as certain other income that is, in effect, the equivalent of interest or dividends. Because of its passive nature, such income often is highly mobile and can be easily deflected.

Ainda de acordo com este mesmo estudo, na parte em que traçou um painel histórico da evolução legislativa americana da matéria relativa às normas destinadas a coibir o diferimento da renda das CFC, interessante observar que a proposição original da matéria, feita pela administração do presidente Kennedy, incluía a completa eliminação do que chamou de “*privilégios de diferimento da renda*”, de forma indiscriminada, em todas situações envolvendo o uso de empresas CFC, independente de sua localização encontrar-se ou não em um país considerado “paraíso fiscal”, e do tipo de renda por ela auferida, apontando como razões para tal medida considerações sobre a equidade entre contribuintes que operam e não operam por meio de empresas CFC, e a promoção da eficiência econômica e da neutralidade fiscal.

Contudo, o Congresso americano, ao analisar a proposta presidencial, considerou que a mesma constituiria um desincentivo às empresas americanas para investirem no exterior, motivo pelo qual modificou a proposta original para aquela antes referida, de forma muito sucinta, no presente voto.<sup>4</sup>

Evidencia-se, com isto, a possibilidade de que cada país livremente decida em que medida, exatamente, deseja tornar transparentes as empresas CFC, para fins de tributação da renda ali obtida, sendo que as diferenças entre as diversas formas efetivamente adotadas por cada país refletem opções da política fiscal daquele país.

Assim, não obstante as críticas que se possa fazer quanto às regras de transparência fiscal, tal como implementadas pela lei brasileira, não podem elas ser, sob qualquer fundamento, desconsideradas pelo julgador administrativo, salvo, evidentemente, em razão de eventual declaração de inconstitucionalidade ou inaplicabilidade (“*interpretação conforme*”) pelo STF, com efeito *erga omnes*, como de fato ocorreu por ocasião do julgamento da ADIN 2588.

O que se buscou evidenciar, por meio do exemplo americano trazido, é que é da natureza das regras de transparência fiscal considerar a renda assim obtida (ou seja, quando aplicáveis ditas regras) como se dividendos fossem. Mais adiante, ao analisar especificamente a questão envolvendo a aplicação dos Tratados Internacionais (no caso específico, da Convenção Brasil-Argentina para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda), veremos que tal determinação não destoa daquela adotada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE na formulação da chamada Convenção Modelo.

No caso brasileiro, em que pese não tenha o legislador expressamente mencionado o vocábulo “dividendos”, utilizou expressamente, ao menos a partir da Lei nº 9.532, de 1997, a referência a “lucros disponibilizados” ou “considerados disponibilizados”.

---

<sup>4</sup> no original:

Preventing tax haven abuse, taxing passive income currently, promoting equity, promoting economic efficiency, and avoiding undue harm to the competitiveness of U.S. multinationals all played important roles in forming subpart F. Although Congress acknowledged the importance of equity and economic efficiency, as these goals were articulated by the Kennedy Administration, Congress was concerned that ending deferral completely would place U.S. companies at a competitive disadvantage in their foreign operations. Concerns about competitiveness thus prevented Congress from adopting the original 1961 Kennedy Administration proposal, which would have implemented capital export neutrality more fully by ending deferral on all income.

Em vista do exposto, entendo que a lei brasileira conceitua os rendimentos obtidos pela pessoa jurídica brasileira, por intermédio de suas controladas e coligadas que atuam no exterior, e os quais lhe são atribuídos na proporção da sua participação societária naquelas investidas, como *dividendos*.

Isto posto, passamos a analisar as alegações recursais quanto à aplicação dos tratados internacionais, e, no caso, especificamente, da Convenção Brasil-Argentina destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria do impostos sobre a renda, promulgada pelo Decreto nº 87.976, de 22 de dezembro de 1982.

Relativamente à prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária interna, peço vênica para transcrever o seguinte excerto de voto proferido pela ilustre Conselheira Sandra Faroni no acórdão nº 101-95.476, na sessão de 26 de abril de 2006:

“Como é sabido, a antinomia das normas se resolve pela aplicação dos critérios da hierarquia, da cronologia e da especialidade.

A questão, no presente caso, envolve matéria doutrinariamente discutida, relacionada à prevalência dos tratados internacionais sobre as normas internas. Não obstante haja ainda muita divergência sobre existência ou não de hierarquia entre tratados e legislação interna, o Supremo Tribunal Federal, com o julgado RE 80.004/SE, decidiu no sentido da inexistência de hierarquia e da possibilidade de lei interna posterior incompatível com o tratado ser validamente aplicada. Não obstante a crítica que a decisão mereceu por parte dos internacionalistas, que defendem que quando o Brasil não tem mais interesse no tratado deve denunciá-lo e não unilateralmente aprovar uma lei modificando o conteúdo do tratado, essa tese prevalece na jurisprudência da Corte Suprema.

Embora o STF tenha se posicionado no sentido de inexistência de primazia hierárquica do tratado internacional, o fato é que não se discutiu, naquela Corte, o art. 98 do CTN, que tem status de lei complementar, portanto de hierarquia superior à lei ordinária (O julgado que consagrou o entendimento de inexistência de hierarquia - RE 80.004/SE tratava da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias).

Assim, ainda que se considere não ter, o tratado internacional, primazia hierárquica sobre a lei interna, em se tratando de norma tributária, essa primazia decorreria do art. 98 do CTN. Esse é o entendimento predominante na doutrina. E para aqueles que consideram que o art. 98 do CTN não pode estabelecer essa hierarquia, a questão vai se resolver pelo critério da especialidade, posto que o tratado, geralmente, é especial em relação à lei interna.

Ricardo Lobo Torres<sup>5</sup> ensina :

*‘É particularidade do Direito Tributário brasileiro reconhecer a prevalência do tratado internacional sobre a legislação nacional. Diz o art. 98 do CTN que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’. Observe-se que não se trata, a rigor, de revogação da legislação interna, mas de suspensão da norma tributária nacional, que readquirirá a sua aptidão para produzir efeitos se e quando o tratado for denunciado.*

<sup>5</sup> Torres, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 9a edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pg. 45.

*Essa característica do Direito Tributário brasileiro não se estende a outros ramos do Direito, nem mesmo ao Financeiro, pois o Supremo Tribunal Federal não generalizou a tese do primado do Direito Internacional; admitiu, pelo contrário, que a norma internacional sobre letras de câmbio e notas promissórias, incorporada à legislação interna, fosse revogada por lei ordinária posterior.’ ”*

Assente, portanto, a prevalência dos tratados internacionais, transcreve-se a seguir os artigos da Convenção firmada entre o Brasil e a Argentina considerados relevantes para o deslinde da questão, quais sejam os artigos 7º, 10, e 23:

## **“ARTIGO VII**

### **Lucros das empresas**

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente à medida em que sejam atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

2. Com ressalva das disposições do parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente, os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.

3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.

4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.

5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições deste Artigo.

## **ARTIGO X**

### **Dividendos**

1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses dividendos podem ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga e de acordo com a legislação desse Estado.

3. O disposto nos parágrafos 1 e 2 não se aplicam se o beneficiário dos dividendos, residente de um Estado Contratante, tiver, no outro Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos, um estabelecimento permanente ou uma base fixa a que estiver efetivamente ligada à participação

geradora dos dividendos. Nesse caso, serão aplicáveis as disposições dos Artigos VII ou XIV, conforme o caso.

4. O termo "dividendos", usado no presente Artigo, designa os rendimentos provenientes de ações, ações ou direitos de fruição, ações de empresas mineradoras, partes de fundador ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos, bem como rendimentos de outras participações de capital assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação tributária do Estado Contratante em que a sociedade que os distribuir seja residente.

5. Quando uma sociedade residente da Argentina tiver um estabelecimento permanente no Brasil, esse estabelecimento permanente poderá aí estar sujeito a um imposto retido na fonte de acordo com a legislação brasileira.

6. Quando uma sociedade residente de um Estado Contratante receber lucros ou rendimentos do outro Estado Contratante, esse outro Estado Contratante não poderá cobrar qualquer imposto sobre os dividendos pagos pela sociedade, exceto à medida em que esses dividendos forem pagos a um residente desse outro Estado ou à medida em que a participação geradora dos dividendos estiver efetivamente ligada a um estabelecimento permanente ou a uma base fixa situados nesse outro Estado, nem sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a um imposto sobre lucros não distribuídos, mesmo se os dividendos pagos ou os lucros distribuídos consistirem total ou parcialmente de lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado.

### ARTIGO XXIII

#### Métodos para evitar a dupla tributação

1. Quando um residente do Brasil receber rendimentos que, de acordo com as disposições da presente Convenção, sejam tributáveis na Argentina, o Brasil, ressalvado o disposto no parágrafo 2, permitirá que seja deduzido do imposto que cobrar sobre os rendimentos desse residente um montante igual ao imposto sobre a renda pago na Argentina.

Todavia, o montante deduzido não poderá exceder à fração do imposto sobre a renda, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos tributáveis na Argentina.

2. Os dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, que sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições da presente Convenção, estarão isentos do imposto no Brasil.

3. Quando um residente da Argentina receber rendimentos que, de acordo com as disposições da presente Convenção, sejam tributáveis no Brasil, a Argentina isentará de imposto esses rendimentos, a menos que sejam considerados provenientes da Argentina.”

No âmbito dos tratados internacionais, não obstante o Brasil não seja membro da OCDE, as convenções firmadas tendo o Brasil como uma das partes seguem, em linhas gerais, a chamada “Convenção Modelo” proposta por aquele organismo internacional. Por este motivo, como forma auxiliar de interpretação dos tratados que seguem o Modelo OCDE, deve-se recorrer aos “Comentários dos Artigos”, os quais, conforme ali mesmo consta, embora não se destinem a ser por qualquer forma anexados às convenções celebradas pelos países



Membros, podem, no entanto, revelar-se extremamente úteis na aplicação e interpretação das convenções e, em particular, na resolução de eventuais litígios.<sup>6</sup>

Segundo a recorrente, o artigo 7º da Convenção impede a tributação, pelo Brasil, dos lucros auferidos pelas suas controladas na Argentina (Loma Negra e Holdtotal).

Entretanto, pelo exposto no presente voto, rejeita-se esta alegação, tendo em vista que a tributação imposta, no âmbito da legislação brasileira de tributação em bases mundiais, incide sobre lucros considerados disponibilizados, *i.e.*, dividendos.

Conforme antes mencionei, a OCDE também entende não haver incompatibilidade entre a legislação interna do país, que, nos termos das regras de transparência fiscal, confira à renda obtida por intermédio de empresas CFC o tratamento fiscal de dividendos, e a disposição constante no § 1º do artigo 7º, que determina que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante são tributáveis unicamente nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado.

A este respeito, confira-se o parágrafo 14 do Comentário ao artigo 7º, constante na versão de 22-07-2010 da Convenção Modelo<sup>7</sup> (em livre tradução, original disponível em [www.oecd.org/tax/taxtreaties](http://www.oecd.org/tax/taxtreaties), grifos acrescidos):

14. O propósito do § 1º é traçar limites ao direito de um Estado Contratante tributar os lucros de empresas situadas em outro Estado Contratante. O parágrafo **não limita o direito de um Estado Contratante tributar seus próprios residentes com base nos dispositivos relativos a sociedades controladas no exterior encontrados em sua legislação interna, ainda que tal tributo, imposto a esses residentes, possa ser computado em relação à parte dos lucros de uma empresa residente em outro Estado Contratante atribuída à participação desses residentes nessa empresa.** O tributo assim imposto por um Estado sobre seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado e não se pode dizer, portanto, que teve por objeto tais lucros (ver também § 23 dos Comentários ao art. 1º e §§ 37 a 39 dos Comentários ao art. 10).

E ainda, em Comentário ao artigo 1º da Convenção Modelo<sup>8</sup>, na parte em que aborda as diversas formas de abuso dos tratados, e questiona se as disposições da lei interna de

<sup>6</sup> no original:

29. (...) Although the Commentaries are not designed to be annexed in any manner to the conventions signed by member countries, which unlike the Model are legally binding international instruments, they can nevertheless be of great assistance in the application and interpretation of the conventions and, in particular, in the settlement of any disputes.

<sup>7</sup> no original:

14. The purpose of paragraph 1 is to limit the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents' participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (see also paragraph 23 of the Commentary on Article 1 and paragraphs 37 to 39 of the Commentary on Article 10).



um Estado Contratante que visam a prevenir o abuso em matéria tributária conflitariam ou não com as convenções, assim posicionou-se a OCDE (em livre tradução)<sup>9</sup>:

23. A utilização de “companhias de base” [*“base companies”*, em inglês] também pode ser tratada através de normas sobre sociedades controladas no exterior [*“Controlled Foreign Corporations/CFC”*, em inglês]. Um número significativo de países membros e não membros tem adotado tal legislação. Conquanto o desenho desse tipo de legislação varie consideravelmente de país para país, um traço comum dessas regras, agora internacionalmente reconhecidas como um instrumento legítimo para proteger a base tributária local, é que elas resultam na tributação, por um Estado Contratante, de seus residentes relativamente à renda proveniente de sua participação em certas entidades estrangeiras.

Argumentou-se algumas vezes, com base em certa interpretação de dispositivos da Convenção tais como o Art. 7º, § 1º, e o Art. 10, § 5º, que esse traço comum da legislação sobre sociedades controladas no exterior estaria em conflito com tais dispositivos. Pelos motivos expostos nos parágrafos 14 dos Comentários ao Art. 7º e 37 dos Comentários ao art. 10, esta interpretação não está de acordo com o texto dos dispositivos. A interpretação também não se sustenta quando os dispositivos são lidos em seu contexto. Portanto, muito embora alguns países tenham considerado útil esclarecer expressamente, em suas convenções, que a legislação das sociedades controladas no exterior não está em conflito com a Convenção, tal esclarecimento não se faz necessário. Reconhece-se que a legislação das sociedades controladas no exterior estruturada dessa forma não é contrária aos dispositivos da Convenção.

Assim, não obstante a crítica quanto ao fato de ter o Brasil adotado, nos termos da Medida Provisória 2.158-35/2001, um modelo de legislação CFC que considerou transparentes todas as sociedades controladas e coligadas, independente do país em que estejam situadas, e do tipo de renda por elas auferida, mais uma vez reafirma-se que a OCDE reconhece: (i) que as regras CFC diferem consideravelmente de um país para outro; e (ii) que o uso de regras CFC não conflita com os dispositivos da Convenção.

Na Convenção Modelo, o artigo 10, ao tratar dos dividendos, estabelece a possibilidade de tributação destes tanto pelo Estado da fonte (onde a companhia que paga os

<sup>8</sup> Este artigo determina a aplicação da Convenção a todas as “pessoas” residentes de um ou dos dois Estados Contratantes, sendo que o termo “pessoa”, conforme a definição do artigo 3º, inclui um indivíduo, uma companhia, ou qualquer outro grupo de pessoas.

<sup>9</sup> no original:

23. The use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions. A significant number of member and non-member countries have now adopted such legislation. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities. It has sometimes been argued, based on a certain interpretation of provisions of the Convention such as paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10, that this common feature of controlled foreign companies legislation conflicted with these provisions. For the reasons explained in paragraphs 14 of the Commentary on Article 7 and 37 of the Commentary on Article 10, that interpretation does not accord with the text of the provisions. It also does not hold when these provisions are read in their context. Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention.

dividendos é residente), quanto pelo Estado onde o beneficiário é residente, contudo impõe limites (conforme o parágrafo 2º do artigo) à tributação pelo Estado da fonte (5% sobre os dividendos brutos se o beneficiário for uma companhia, que não um consórcio, que detenha diretamente pelo menos 25% do capital da companhia que esteja pagando os dividendos, ou 15% sobre os dividendos brutos, em todos outros casos).<sup>10</sup>

Ainda na Convenção Modelo, sempre que houver a possibilidade de que um determinado rendimento viesse a sofrer dupla tributação jurídica, o artigo 23 propõe duas formas distintas de tratar a questão, com vistas a evitar esta dupla tributação: o método da isenção e o método do crédito. Importante observar que esses artigos prescrevem normas apenas para o Estado de residência do beneficiário dos rendimentos, e não para o Estado da fonte ou origem daqueles rendimentos, conforme esclarecido no parágrafo 8 dos Comentários aos artigos 23-A e 23-B.<sup>11</sup>

Pelo método do crédito (artigo 23-B), quando o residente de um Estado Contratante receber rendimentos\* (\*rendimentos em geral, o artigo não especifica o tipo ou a natureza específica do rendimento) que, de acordo com as disposições da Convenção, sejam tributáveis no outro Estado Contratante, o primeiro mencionado Estado permitirá que seja deduzido do imposto que cobrar sobre os rendimentos daquele residente um montante igual ao imposto sobre a renda pago naquele outro Estado, limitada a dedução, contudo, à fração do imposto sobre a renda, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos tributáveis naquele outro Estado.<sup>12</sup> Trata-se do chamado crédito ordinário, em oposição ao crédito integral, em que não haveria tal limitação, e que não é aceito pela Convenção Modelo.

---

<sup>10</sup> no original:

2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed:

a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends;

b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of these limitations. This paragraph shall not affect the taxation of the company in respect of the profits out of which the dividends are paid.

<sup>11</sup> 8. Articles 23-A and 23-B apply to the situation in which a resident of State R derives income from, or owns capital in, the other Contracting State E or S (not being the State of residence within the meaning of the Convention) and that such income or capital, in accordance with the Convention, may be taxed in such other State E or S. The Articles, therefore, apply only to the State of residence and do not prescribe how the other Contracting State E or S has to proceed.

<sup>12</sup> no original:

1. Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which, in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall allow:

a) as a deduction from the tax on the income of that resident, an amount equal to the income tax paid in that other State;

b) as a deduction from the tax on the capital of that resident, an amount equal to the capital tax paid in that other State.

Já pelo método da isenção (artigo 23-A), quando o residente de um Estado Contratante receber rendimentos\* (\*novamente, rendimentos em geral, sem especificação) que, de acordo com as disposições da Convenção, sejam tributáveis no outro Estado Contratante, o primeiro mencionado Estado, ressalvado o disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo, isentará do imposto aquele rendimento. E, no caso, o parágrafo 2º do referido artigo contém justamente uma disposição específica no tocante aos rendimentos oriundos de *juros* e *dividendos*. No que nos interessa, dispõe o parágrafo que, no caso de o residente de um Estado Contratante receber *dividendos* que, de acordo com as disposições do artigo 10 da Convenção, sejam tributáveis no outro Estado Contratante (tributação limitada a 5 ou 15%), o primeiro mencionado Estado permitirá que seja deduzido do imposto que cobrar sobre os rendimentos daquele residente um montante igual ao imposto sobre a renda pago naquele outro Estado, limitada a dedução, contudo, à fração do imposto sobre a renda, calculado antes da dedução, correspondente aos rendimentos tributáveis naquele outro Estado.<sup>13</sup>

Ou seja, o parágrafo 2º do art. 23-A na verdade estabelece uma exceção, no caso de Estados Contratantes que adotem como regra geral o método da isenção, específica para o caso de dividendos. Para estes, uma vez que são submetidos no Estado Contratante da fonte pagadora dos rendimentos apenas a uma alíquota limitada (a 5% ou a 15%, conforme o caso, nos termos do artigo 10), o parágrafo 2º do art. 23-A prescreve, na verdade, o uso do método do crédito.

Isto fica ainda mais claro nos parágrafos 31 e 34.1 dos Comentários aos artigos 23-A e 23-B, onde se afirma ser normal as partes contratantes utilizarem uma combinação entre os dois métodos (isenção e crédito), e se esclarece que o parágrafo 2º do art. 23-A tem exatamente esta função, podendo ainda ser emendado pelas partes contratantes de modo a sujeitar às suas disposições também outros tipos de rendimentos com relação aos quais possa haver uma tributação limitada no Estado da fonte ou origem dos rendimentos.<sup>14</sup>

Such deduction in either case shall not, however, exceed that part of the income tax or capital tax, as computed before the deduction is given, which is attributable, as the case may be, to the income or the capital which may be taxed in that other State.

<sup>13</sup> no original:

1. Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which, in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall, subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, exempt such income or capital from tax.

2. Where a resident of a Contracting State derives items of income which, in accordance with the provisions of Articles 10 and 11, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall allow as a deduction from the tax on the income of that resident an amount equal to the tax paid in that other State. Such deduction shall not, however, exceed that part of the tax, as computed before the deduction is given, which is attributable to such items of income derived from that other State.

<sup>14</sup> 31. Contracting States may use a combination of the two methods. Such combination is indeed necessary for a Contracting State R which generally adopts the exemption method in the case of income which under Articles 10 and 11 may be subjected to a limited tax in the other Contracting State S. For such case, Article 23 A provides in paragraph 2 a credit for the limited tax levied in the other Contracting State S (...) Moreover, States which in general adopt the exemption method may wish to exclude specific items of income from exemption and to apply to such items the credit method. In such case, paragraph 2 of Article 23 A could be amended to include these items of income.

34.1 The obligation imposed on the State of residence to exempt a particular item of income or capital depends on whether this item may be taxed by the State of source in accordance with the Convention. Paragraphs 32.1 to 32.7 above discuss how this condition should be interpreted. Where the condition is met, however, the obligation may

Tecidos estes breves comentários com relação à Convenção Modelo da OCDE, cumpre analisar o que dispõe especificamente a Convenção Brasil-Argentina, que, no tocante aos dividendos, de certa forma distanciou-se um pouco das disposições daquela.

Em primeiro lugar, porque não impôs quaisquer limites à tributação dos dividendos pelo Estado da fonte (vide parágrafo 2º do artigo 10), mantendo apenas o conceito de que os dividendos podem ser tributados, regra geral, tanto pelo Estado da fonte quanto pelo Estado do beneficiário, de acordo com as respectivas legislações internas (critério aplicável tanto ao Brasil quanto à Argentina).

E, em segundo lugar, porque, no artigo 23, que contempla os métodos para evitar a dupla tributação (e que consagrou a regra geral de que o Brasil adotaria o método do crédito, e a Argentina, o da isenção), ao contrário do que prevê a Convenção Modelo da OCDE, que ordinariamente prescreve o método do crédito para *dividendos* (mesmo nos casos em que o Estado do beneficiário adote, regra geral, o método da isenção), a Convenção Brasil-Argentina determinou que, em uma determinada hipótese, ali detalhada, de recebimento de dividendos por residente no Brasil (cuja regra geral, pela Convenção, é o método do crédito), deveria ser usado pelo Brasil o método da isenção.

Nada obstante tudo isto possa de fato causar certa estranheza, o fato é que as partes são livres para convencionar o que bem quiserem, de acordo com seus interesses, não havendo nenhum óbice a que seja convencionado que se aplique o método da isenção a dividendos.

No caso específico da Convenção Brasil-Argentina, até pode fazer algum sentido não se utilizar o parágrafo 2º do artigo 23-A da Convenção Modelo como parâmetro, pois aquele parágrafo (que prescreve o método do crédito aos dividendos) tem justamente como um de seus pressupostos, conforme acima exposto, o fato de que o rendimento estaria sujeito, no Estado da fonte, a uma tributação limitada. Contudo, no caso da Convenção Brasil-Argentina, conforme visto, não há qualquer limitação à tributação de dividendos pelo Estado da fonte, e, assim, não haveria motivo para não se utilizar, no caso, o método da isenção.

Reproduz-se mais uma vez o dispositivo específico da Convenção Brasil-Argentina:

“2. Os dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, que sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições da presente Convenção, estarão isentos do imposto no Brasil.”

O dispositivo expressamente se refere a dividendos *pagos* por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil. Por este motivo, poderia alguém entender inaplicável o dispositivo em questão ao caso concreto, uma vez que não houve efetivo *pagamento* de dividendos.

---

be considered as absolute, subject to the exceptions of paragraphs 2 and 4 of Article 23 A. Paragraph 2 addresses the case, already mentioned in paragraph 31 above, of items of income which may only be subjected to a limited tax in the State of source. For such items of income, the paragraph provides for the credit method (see paragraph 47 below). Paragraph 4 addresses the case of certain conflicts of qualification which would result in double non-taxation as a consequence of the application of the Convention if the State of residence were obliged to give exemption (see paragraphs 56.1 to 56.3 below).

Penso diferente. Entendo que não se pode reduzir os dispositivos convencionais a simplesmente nada. Não me parece concebível que o Brasil celebre com país estrangeiro uma Convenção destinada a evitar a dupla tributação da renda e que possa, por meio de legislação interna posterior à Convenção, criar uma situação em que a renda auferida por suas controladas e coligadas, situadas naquele outro país, não seja alcançada por nenhum dispositivo da Convenção, não se beneficiando nem do tratamento ali previsto para os lucros, nem do tratamento ali previsto para os dividendos.

Além disto, como entender o fato de que os dividendos pudessem ser tributados antecipadamente, por força da legislação CFC brasileira, se, por ocasião de sua efetiva distribuição, estes não poderiam ser tributados pelo Brasil? Simplesmente não faz qualquer sentido. A outra conclusão não posso chegar de que simplesmente o Brasil abriu mão de seu direito de tributar tais rendimentos, quando restar configurada a situação prevista no parágrafo 2º do artigo 10.

Quanto ao argumento utilizado pela decisão recorrida, e também endossado pela PFN em suas contrarrazões, para negar à recorrente o reconhecimento da isenção sobre tais dividendos, no sentido de que esta isenção estaria condicionada à *efetiva tributação* dos lucros considerados disponibilizados na Argentina, tenho-o também por improcedente.

Socorro-me novamente dos Comentários da Convenção Modelo, no caso, dos parágrafos 33 e 34 dos Comentários ao artigo 23-A, que trata da aplicação do método da isenção como forma de evitar a dupla tributação (abaixo, em livre tradução)<sup>15</sup>:

33. No artigo está disposto que o Estado de Residência R isentará do imposto os rendimentos ou capitais que, de acordo com a Convenção “podem ser tributados” pelo outro Estado E ou S.

34. O Estado de Residência deve isentar os rendimentos ou capitais que podem ser tributados pelo outro Estado de acordo com a Convenção, **tenha ou não o direito de tributar sido efetivamente exercido pelo outro Estado**. Este método é considerado o mais prático, pois ele desobriga o Estado de residência de investigar a real posição adotada pelo outro Estado quanto à sua tributação.

Ademais, com relação à preocupação com uma possível dupla não-tributação dos rendimentos, a Convenção Modelo da OCDE possui um parágrafo específico, no art. 23-A (parágrafo quarto), ressaltando que o Estado do beneficiário (que, no caso dos dividendos em questão, seria o Brasil) não ficaria obrigado a aplicar a isenção caso o Estado da fonte (que, no caso concreto, seria a Argentina) utilizasse *os dispositivos da Convenção* para isentar os rendimentos.

---

<sup>15</sup> no original:

33. In the Article it is laid down that the State of residence R shall exempt from tax income and capital which in accordance with the Convention “may be taxed” in the other State E or S.

34. The State of residence must accordingly exempt income and capital which may be taxed by the other State in accordance with the Convention whether or not the right to tax is in effect exercised by that other State. This method is regarded as the most practical one since it relieves the State of residence from undertaking investigations of the actual taxation position in the other State.



Ocorre que, no caso: (i) não é possível utilizar *os dispositivos da Convenção* para isentar os rendimentos, sendo o dispositivo convencional existente justamente expresso em prever a tributação, e não a isenção; (ii) ademais, na verdade a Convenção Brasil-Argentina sequer possui um dispositivo com redação semelhante à do parágrafo quarto do art. 23-A da Convenção Modelo.

Por outro lado, o parágrafo 35 dos Comentários ao artigo 23-A da Convenção Modelo observa que, havendo o interesse das partes contratantes em evitar a dupla não-tributação de algum rendimento, em face não de outros dispositivos convencionais, mas de uma realidade da legislação interna desses países (tais como uma não tributação daquele rendimento por força da legislação interna, ou um não efetivo pagamento de imposto devido à compensação de prejuízos, ou por força de decadência, por exemplo), deveriam as partes contratantes providenciar a adequada emenda ou acréscimo ao respectivo artigo relevante da Convenção.<sup>16</sup> Novamente, não há na Convenção Brasil-Argentina qualquer providência neste sentido.

Concluo, portanto, que, se nos termos da Convenção Brasil-Argentina, a Argentina pode tributar os dividendos pagos a residentes no Brasil (inclusive sem qualquer limite a essa tributação), o Brasil tem a obrigação de reconhecer a isenção a tais rendimentos.

Nestes termos, o método do crédito, previsto pela Convenção Brasil-Argentina como sendo o aplicável para os rendimentos em geral auferidos por residentes no Brasil, e que também é o método previsto pela legislação interna adotada pelo Brasil, somente seria aplicável a dividendos provenientes da Argentina acaso estes não se enquadrassem na disposição do parágrafo 2º do artigo 10 da Convenção. Sendo a isenção aplicável, como o é no presente caso, não haveria que se falar em crédito de imposto de renda pago na Argentina.

Contudo, há que se considerar a questão da CSLL.

A recorrente sustenta que a CSLL encontra-se abrangida pela Convenção Brasil-Argentina, por se tratar de tributo substancialmente semelhante ao imposto de renda, contudo, tal argumento não pode ser acatado.

Embora não se negue a semelhança entre as formas de apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, tendo ambos, como ponto de partida, o lucro líquido do exercício, não se pode confundir a CSLL com imposto, em vista do ordenamento jurídico nacional, especialmente em razão de sua destinação estar afeta à finalidade específica de custeio da seguridade social. Ademais, cediço que suas bases de cálculo, embora semelhantes, não são idênticas.

Assim, não obstante o parágrafo 2º do artigo 2º da Convenção Brasil-Argentina afirme que esta se aplicará a “*quaisquer impostos idênticos ou substancialmente semelhantes que forem posteriormente introduzidos*”, tem-se que o mesmo parágrafo estabelece que “*as autoridades competentes dos Estados Contratantes notificar-se-ão*

<sup>16</sup> 35. Occasionally, negotiating States may find it reasonable in certain circumstances, in order to avoid double non-taxation, to make an exception to the absolute obligation on the State of residence to give exemption in cases where neither paragraph 3 or 4 would apply. Such may be the case where no tax on specific items of income or capital is provided under the domestic laws of the State of source, or tax is not effectively collected owing to special circumstances such as the set-off of losses, a mistake, or the statutory time limit having expired. To avoid such double non-taxation of specific items of income, Contracting States may agree to amend the relevant Article itself (e.g.)



*mutuamente sobre qualquer modificação significativa que tenha ocorrido em suas respectivas legislações tributárias*". Neste contexto, concordo com o argumento expendido pela decisão recorrida, no sentido de que, ainda que se pudesse entender a CSLL como imposto idêntico ou substancialmente semelhante ao imposto de renda, esta notificação deve ser entendida como um requisito para que se considerasse esse novo tributo também abrangido pela Convenção.

Portanto, não estando a CSLL abrangida pelo tratado, há que se observar tão somente o que dispõe a legislação interna a respeito de sua incidência sobre os lucros considerados disponibilizados.

Tal incidência, como se sabe, foi instituída pela mesma Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, em seu artigo 21, o qual determina, por sua vez, a observância de todas as demais normas de tributação universal, e, ainda, em seu parágrafo único, dispõe que o imposto de renda pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda devido no Brasil, pode ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros oriundos do exterior, até o limite acrescido em decorrência dessa adição.

Em razão deste fato, necessário se torna analisar a questão quanto aos créditos do imposto que tenha sido pago na Argentina, para fins de compensação com a CSLL devida sobre os lucros considerados disponibilizados. Todavia, deixo a análise desses créditos para o final, juntamente com a análise dos créditos alegados relativos à empresa Yguazu (Paraguai).

Resta antes, ainda, para ser analisada, a alegação recursal relativa à empresa Itacamba (Bolívia). Sustenta a recorrente a inaplicabilidade do art. 74 da MP nº 2.158/01 ao caso, uma vez que a recorrente mantém nessa empresa participação de apenas 16,66% do capital, o que não caracteriza coligação nos termos da legislação societária, e afirma, ainda, que o seu investimento naquela empresa é avaliado pelo custo de aquisição, de sorte que a obrigação de pagamento de tributos no Brasil se daria, no caso, somente quando o lucro fosse *efetivamente* distribuído.

O art. 384 do RIR/99, que tem sua base legal na Lei nº 6.404, de 1976, e no Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, tem a seguinte redação:

*"Art. 384. Serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido os investimentos relevantes da pessoa jurídica (Lei nº 6.404, de 1976, art. 248, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 67, inciso XI):*

*I - em sociedades controladas; e*

*II - em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social.*

*§ 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la (Lei nº 6.404, de 1976, art. 243, § 1º).*

*(...)"*

Assim, como estamos tratando de lucros disponibilizados pela empresa Itacamba relativos aos anos calendário de 2006 e 2007, e a própria recorrente reconhece que

sua participação nessa empresa é de 16,66% do capital, não há dúvidas de que, naquelas datas, a referida empresa era considerada coligada da recorrente, nos termos da legislação societária. Somente com a alteração legislativa posterior (Lei nº 11.941, de 2009) é que foi alterado o dispositivo da lei societária, para passou a considerar coligadas apenas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa, estabelecendo, ainda, o percentual de 20% do capital votante da investida como um indicador de presunção desta influência. Confira-se a nova redação do art. 243 da Lei 6.404/76:

*“Art. 243. (...)*

*§ 1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009);*

*§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”*

Contudo, o mero fato de ser considerada coligada não torna necessariamente obrigatória, para a lei fiscal, a adoção do método da equivalência patrimonial, conforme visto na redação do art. 384 do RIR/99, acima transcrita, sendo necessário, para que o método se tornasse obrigatório para este fim, que a participação societária fosse igual ou superior a 20% do capital social, ou então, que tivesse influência sobre a administração.

Nenhuma dessas condições restou demonstrada pela fiscalização. Aliás, sequer há qualquer menção no corpo do Termo de Verificação Fiscal quanto ao método que teria sido utilizado para avaliação do investimento na empresa Itacamba. Foi apenas a decisão recorrida, por meio de uma referência transversa a um outro processo administrativo 16561.00065/2009-86, que afirmou que a recorrente teria utilizado o método da equivalência patrimonial a partir de 2004 para aquela empresa. Confira-se:

23. No caso, conforme mencionado pela fiscalização no processo nº 16561.00065/2009-86 a Impugnante começou a aplicar o método da equivalência patrimonial a partir de 2004, quando recebeu da CMV o certificado de companhia aberta.

O processo em questão foi recentemente julgado pelo CARF, estando disponível para consulta pública o Acórdão 1402-001.713, no qual consta, no seu relatório, o seguinte trecho que corresponde a uma transcrição do relatório da decisão recorrida daquele processo:

*“De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (...)*

*As participações societárias iniciaram-se em 1997 na Itacamba, a partir de 2000 na Yguazú e nas demais apenas em 2005. Até o ano de 2003 os investimentos eram avaliados pelo custo de aquisição, que foi substituído em 2004 pelo método da equivalência patrimonial, tendo em vista que a empresa recebeu da CVM, naquele ano, o certificado de Companhia Aberta.*

**Ressalta o autuante ainda que o contribuinte continuou a avaliar, a partir de 2004, o investimento na Itacamba pelo método do custo de aquisição, o que poderia fazer, já que a participação é inferior ao limite mínimo previsto na legislação do imposto de renda e pela Instrução CVM nº 247/96 Versão Consolidada para a obrigatoriedade da utilização do método da equivalência patrimonial.”**

A decisão recorrida no presente processo, portanto, omitiu a relevante informação de que a fiscalização (ao contrário do que se poderia supor pela referência feita pela decisão recorrida), na verdade reconheceu que a contribuinte continuou a avaliar o seu investimento na Itacamba pelo método do custo de aquisição, e que, inclusive, confirmou ser correto tal procedimento.

O art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, mesmo desconsiderando-se o fato de que o STF, na ADIN 2588, declarou-o inaplicável no caso de empresas coligadas situadas em países considerados sem tributação favorecida (não “paraísos fiscais”), caso da Bolívia, onde está situada a Itacamba, já expressamente referia que a disponibilização dos lucros nele referida seria feita “*na forma do regulamento*”.

O regulamento editado pela Receita Federal do Brasil (Instrução Normativa SRF nº 213/02), no seu art. 8º, prescreve que, no caso de investimento no exterior avaliado pelo custo de aquisição, os lucros deveriam ser reconhecidos pela investidora no Brasil somente quando disponibilizados mediante *pagamento ou crédito*, nos precisos moldes em que previa a anterior Lei nº 9.532/97. Entretanto, tal regulamentação foi simplesmente desconsiderada pela fiscalização (tanto naquele quanto neste processo).

Este foi, aliás, o motivo pelo qual, naquele processo, a DRJ já afastara a tributação sobre os lucros apurados pela Itacamba, decisão a qual, no ponto, foi confirmada pelo Acórdão 1402-001.713.

Curiosa e contraditoriamente, no presente processo, contudo, a DRJ manteve o lançamento fiscal. Entretanto, conforme acima demonstrado, as mesmas razões lá aduzidas para afastar a tributação sobre os lucros da empresa Itacamba são aqui aplicáveis. Os lucros desta empresa somente poderiam ser alcançados pela tributação no Brasil quando pagos ou creditados nos termos da Lei nº 9.532/97.

Deve ser afastada, portanto, esta parcela do lançamento.

Com relação à empresa Yguazú, esta sim coligada com avaliação incontestemente feita pelo método de equivalência patrimonial, e cuja submissão de seus resultados à tributação foi originalmente corretamente feita à luz do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, cumpre avaliar o impacto da decisão do STF proferida na ADIN nº 2588 em relação a ela.

De fato, no caso, trata-se de empresa coligada (participação de 35%) e domiciliada no Paraguai, país tampouco considerado como um país com alguma forma de tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado. Nestes casos, conforme já referido, decidiu o STF, ao dar uma interpretação conforme ao artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, ser ele inaplicável.

Deve ser igualmente cancelada, portanto, esta parcela do lançamento.

A decisão proferida pelo STF, contudo, não se aplica nem à Holdtotal, nem à Loma Negra, ambas empresas sediadas na Argentina.

A condição da Holdtotal como empresa controlada pela recorrente, de pronto, não gera qualquer dúvida, em face do seu percentual de participação de 97% naquela empresa.

A condição da Loma Negra como controlada pela recorrente, que poderia à primeira vista suscitar alguma dúvida, em razão do seu percentual de participação direta naquela empresa, de apenas 24,18%, na verdade é indubitosa, e reconhecida pela própria recorrente.

De fato, conforme se evidenciou no presente relatório e voto ao norte, a recorrente detém na empresa Loma Negra, além da participação direta de 24,18%, também uma participação indireta de 73,38%, justamente por meio da sua participação na Holdtotal, e desta (Holdtotal) naquela (Loma Negra). Esta questão foi abordada ao norte, quando se analisou o recurso de ofício, ante os argumentos aduzidos pela própria recorrente, e que levaram ao cancelamento parcial da autuação.

Para dirimir completamente qualquer dúvida que pudesse ainda remanescer desta condição de controle, transcrevo a seguir um quadro contido no “Relatório da Administração da INTERCEMENT BRASIL S.A. E CONTROLADAS, do exercício findo em 31/12/2013” (disponível em [http://www.valor.com.br/sites/default/files/upload\\_element/28-03\\_intercement\\_brasil\\_balanco.pdf](http://www.valor.com.br/sites/default/files/upload_element/28-03_intercement_brasil_balanco.pdf)), onde constam todas as empresas controladas pela recorrente, conforme a seguir:

#### Consolidação

As informações consolidadas incluem as seguintes controladas e operações em conjunto:

|                                              | 2013                       |          | 2012                       |          |
|----------------------------------------------|----------------------------|----------|----------------------------|----------|
|                                              | Participação - %<br>Direta | Indireta | Participação - %<br>Direta | Indireta |
| <b>Controladas:</b>                          |                            |          |                            |          |
| Cauê Finance Limited                         | 100,00                     | —        | 100,00                     | —        |
| CCCimentos Participações Ltda.               | 98,99                      | —        | 98,99                      | —        |
| Companhia Camargo Corrêa Energia             | 99,99                      | 0,01     | 100,00                     | —        |
| Transviária Logística e Transportes Ltda.    | 98,56                      | 1,44     | —                          | —        |
| InterCement Portugal, SGPS, Lda.             | 100,00                     | —        | 100,00                     | —        |
| Holdtotal S.A.                               | 97,00                      | 2,97     | 97,00                      | 2,99     |
| Loma Negra C.I.A. S.A.                       | 24,18                      | 73,38    | 24,18                      | 73,38    |
| Betel S.A.                                   | —                          | 97,56    | —                          | 97,56    |
| Cofesur S.A.                                 | —                          | 85,52    | —                          | 85,52    |
| Compañía Argentina de Cemento Portland S.A.  | —                          | 97,56    | —                          | 97,56    |
| Compañía de Servicios a la Construcción S.A. | —                          | 97,56    | —                          | 97,56    |
| Recycomb S.A.                                | —                          | 97,56    | —                          | 97,56    |
| Rios Primeira Limitada                       | 99,99                      | —        | 99,99                      | —        |
| Yguazú Cementos S.A.                         | 32,00                      | 30,57    | 35,00                      | 30,57    |
| <b>Operação em conjunto-</b>                 |                            |          |                            |          |
| BAESA - Energética Barra Grande S.A.         | 9,00                       | —        | 9,00                       | —        |
| <b>Consórcios:</b>                           |                            |          |                            |          |
| Consórcio Estreito Energia - CESTE           | 4,44                       | —        | 4,44                       | —        |
| Consórcio Machadinho                         | 5,28                       | —        | —                          | —        |

Restaram devidas, portanto, nos termos do presente voto, somente as exigência da CSLL sobre os lucros das controladas Holdtotal e Loma Negra.

De se ressaltar que, nada obstante a sua incontestável condição de empresa controlada pela recorrente, os lucros da Loma Negra que foram submetidos à tributação pelo

fisco foram somente aqueles proporcionais à participação detida de forma direta sobre aquela empresa (24,18%), tornando desnecessário aqui discutir-se quaisquer questões ou argumentos relativos a uma eventual desconsideração da personalidade jurídica da Holdtotal, ou à possibilidade (ou impossibilidade) de alcance dos lucros auferidos pela recorrente de forma indireta.

Passa-se, a seguir, à análise do pleito de aproveitamento dos impostos que teriam sido pagos na Argentina e no Paraguai.

O pleito com relação ao imposto pago no Paraguai deve ser desconsiderado, uma vez que a tributação sobre os lucros da coligada paraguaia restou afastada.

Com relação ao imposto pago na Argentina pela Loma Negra, consignou a decisão recorrida que foram trazidas aos autos as correspondentes declarações de imposto de renda dos anos de 2006 e 2007, contudo, em 2006 não haveria imposto a pagar, e, em 2007, não teria sido comprovado o seu pagamento.

E a recorrente sustenta que, em 2006, houve retenções do imposto da ordem de 265.097,95 pesos (fls. 743), o qual ficou como saldo a seu favor, e, em 2007, o imposto devido foi de 76.640.516,81 pesos (fls. 746), o qual, após reduzido por compensações realizadas, ainda resultou em imposto a pagar, o qual foi devidamente quitado, parte por meio de compensação (5.779.207,17 pesos, fls. 749), e parte por recolhimento em dinheiro (fls. 750).

De acordo com o art. 26, § 2º, da Lei nº 9.249/95, para que possa ser feita a compensação do imposto, o documento de arrecadação no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto. Já a Lei nº 9.430/96, no seu art. 16, § 2º, estabelece uma hipótese de dispensa desta obrigação de reconhecimento, no caso de a pessoa jurídica comprovar que a legislação do país de origem do lucro prevê a utilização daquele documento de arrecadação apresentado.

Confira-se os dispositivos:

**“Lei nº 9.249 de 26 de dezembro de 1995:**

**Art. 26.** *A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.*

(...)

*§ 2º Para fins de compensação, o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.”*

**Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.**

**Art. 16.** (...)

*§ 2º Para efeito da compensação de imposto pago no exterior, a pessoa jurídica: (...)*



*II - fica dispensada da obrigação a que se refere o § 2º do art. 26 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, quando comprovar que a legislação do país de origem do lucro, rendimento ou ganho de capital prevê a incidência do imposto de renda que houver sido pago, por meio do documento de arrecadação apresentado.”*

Tendo-se em conta que, no caso, a lei claramente dispõe apenas acerca da possibilidade de compensação de imposto efetivamente *pago*, por meio de *documento de arrecadação* apresentado, de pronto não se pode considerar o alegado crédito a favor do contribuinte no ano de 2006, que seria oriundo de retenções sofridas pela Loma Negra. Não há nos autos qualquer comprovação dessas retenções que tenham sido feitas, mas apenas e tão somente uma cópia da declaração apresentada pela Loma Negra ao órgão arrecadador da Argentina, contendo o valor pleiteado. Trata-se, portanto, apenas de uma declaração unilateral, sem qualquer espécie de confirmação por parte do órgão arrecadador daquele país, de modo que, de forma alguma, pode ser considerada apta para os pretendidos fins.

Com relação ao ano de 2007, apresenta a recorrente uma cópia da declaração apresentada pela Loma Negra ao órgão arrecadador da Argentina, onde consta que o imposto devido seria de 76.640.516,81 pesos. Contudo, este valor teria sido reduzido, ainda de acordo com esta mesma declaração, por força de “Pgto a cta. Imp.Renda Min. Presumido”, e de “Retenções e/ou recebimentos” (conforme tradução apresentada), a 35.675.122,44 pesos, valor o qual teria sido quitado por meio de um “Valor lançado em forma não bancária” de 5.779.207,17 pesos, e, por fim, por um recolhimento de 29.895.915,27 pesos.

Embora o recurso, nesta parte, sequer deixe claro qual é, afinal, o valor que está sendo pleiteado, deve-se de pronto afastar, pelos mesmos motivos já expostos, a possibilidade de compensação das parcelas que teriam reduzido o imposto devido de 76.640.516,81 pesos para 35.675.122,44 pesos, pois não há nos autos nenhuma efetiva comprovação dos “pagamentos” em questão.

Da mesma forma, com relação à parte relativa ao “Valor lançado em forma não bancária” de 5.779.207,17 pesos, que corresponderia a uma compensação com algum crédito que deteria a Loma Negra em face do órgão arrecadador argentino, igualmente inexistente qualquer espécie de reconhecimento pelo órgão arrecadador do suposto crédito, senão apenas uma cópia da declaração unilateral apresentada pela interessada, por meio da qual tal compensação é pleiteada. Ademais, não caberia aqui tampouco equiparar dita compensação a pagamento.

A normatização editada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, neste aspecto, possui o seguinte comando (Instrução Normativa SRF nº 213/2002):

*“Art. 14. (...)*

*§ 8º Para efeito de compensação, o tributo será considerado pelo valor efetivamente pago, não sendo permitido o aproveitamento de crédito de tributo decorrente de qualquer benefício fiscal.”*

Resta apenas o valor de 29.895.915,27 pesos para ser analisado.

Neste caso, em que pese a equivocada menção feita pela recorrente ao número da folha do processo em que se encontraria o comprovante de recolhimento (a folha

750 referida contém apenas a tradução juramentada de um “volante electrónico de pagamento” – VEP 55473712, em que consta apenas o valor *a pagar* de 29.895.915,27 pesos), foi possível localizar, às fls. 775, a tradução juramentada deste mesmo documento (VEP 55473712), porém agora denominado “comprobante de pago”, no qual constam os dados da operação bancária. As cópias dos respectivos documentos originais que foram traduzidos encontram-se, no processo, às fls. 689 e 698, respectivamente.

Neste caso, deve ser reconhecido o efetivo recolhimento do valor de 29.895.915,27 pesos, efetuado pela Loma Negra, relativo ao ano calendário de 2007.

Há, portanto, direito à dedução daquele imposto pago, nos termos da lei, ou seja, proporcionalmente ao montante dos lucros que competirem à recorrente em razão de sua participação societária na empresa que pagou o imposto. Como esta participação, no caso, é de 24,18%, tem-se que o montante do imposto passível de compensação em 2007 é de 7.228.832,31 pesos.

E, no caso, uma vez que, pelo presente voto, não restou imposto de renda devido no Brasil em decorrência do reconhecimento, pela recorrente, dos lucros da Loma Negra, este montante de 7.228.832,31 pesos (após a sua conversão em Reais, tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem, fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data de seu efetivo pagamento, no caso, 07/01/2008) pode ser integralmente deduzido, até o limite da contribuição social devida pela recorrente em 2007, em decorrência da adição desses mesmos lucros à base de cálculo da referida contribuição.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de ofício, e dou parcial provimento ao recurso voluntário para: (i) cancelar integralmente os lançamentos de IRPJ e CSLL relativos à adição dos lucros auferidos pela Itacamba Cemento (Bolívia) e Yguazú Cemento (Paraguai); (ii) cancelar integralmente os lançamentos de IRPJ relativos à adição dos lucros auferidos pelas empresas Holdtotal e Loma Negra (Argentina), em face do tratado celebrado entre Brasil e Argentina; (iii) determinar o aproveitamento do imposto pago pela Loma Negra (7.228.832,31 pesos, em 07/01/2008) para abater do valor da contribuição social sobre o lucro devida pela recorrente em 2007, até o limite do valor da referida contribuição devida em razão da adição dos lucros da Loma Negra à apuração da sua base de cálculo neste ano.

*Documento assinado digitalmente.*

João Otávio Oppermann Thomé - Relator

## Declaração de Voto

Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório

Não obstante a costumeira qualidade contida nas razões do voto do ilustre Relator, peço vênia para discordar de alguns aspectos de suas conclusões.

Primeiramente, uma pequena observação sobre o entendimento segundo o qual haveria “prevalência” do tratado sobre a legislação interna com base: ou na primazia hierárquica prevista no artigo 98 do CTN, ou no critério da especialidade.

Entendo que a questão nem entra nas discussões sobre os critérios de solução de antinomias. O problema é anterior a isso, está no nível da competência. O país que celebra um acordo de bitributação renuncia a determinados aspectos de sua competência tributária perante o outro país. Por isso, não há jurisdição tributária para que a lei interna possa incidir sobre a matéria fática alcançada pela renúncia.

Nada obstante, o resultado acaba sendo o mesmo daquele obtido com a ideia da prevalência. Trago essa observação apenas para deixar clara minha visão sobre o assunto.

Mais objetivamente, não concordo com o entendimento do ilustre Relator ao concluir que os lucros considerados disponibilizados têm natureza de dividendo presumido.

Ele se baseia em um estudo divulgado no sítio do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, na *internet*, acerca das regras CFC americanas, o qual sugere que “*each shareholder must currently include its pro rata share of that income in its gross income as a deemed dividend*”.

Apesar de ser bastante convincente o argumento fundado nas regras que inspiraram as legislações CFC no mundo, o fato é que eu vejo problemas em dar o tratamento de dividendos aos chamados “lucros auferidos no exterior que são considerados tributados na esfera da pessoa jurídica brasileira”.

Primeiro, porque o dividendo é um conceito bem delineado no âmbito da legislação societária. Assim, não basta a mera deliberação dos sócios para que todo o lucro auferido num determinado período se converta em dividendos. Como se sabe, há diversas situações em que os lucros devem ser destinados, por determinação legal ou estatutária, a pessoas distintas dos sócios. Então, não se pode garantir que todo o lucro deve ser dividido segundo as participações societárias.

Segundo, porque quando o dividendo é, de fato, distribuído, seguindo o método de alívio da bitributação jurídica utilizado pela maioria dos países, deve se dar o crédito do imposto retido pelo país da fonte. Porém, a legislação brasileira não faz exatamente isso. Como não houve, de fato, a distribuição do dividendo, não há imposto retido na fonte. Então, o que se possibilita é a compensação do imposto pago sobre o lucro pela empresa não residente. Veja bem, não se trata de alívio da bitributação jurídica, mas, sim, da bitributação econômica através da compensação de parcelas do imposto apurado pela empresa residente (a brasileira), segundo os complicados critérios estabelecidos no artigo 14 da IN/SRF nº 213/02 (interpretação administrativa para os artigos 26 da Lei nº 9.249/95, 16, § 2º, da Lei nº 9.430/96,

e 1º, § 4º, da Lei nº 9.532/97). Perceba-se que existe até a possibilidade de compensar aquele imposto do exterior com a CSLL devida pela empresa brasileira (artigo 15 da mesma IN, com base legal no artigo 21, § único, da MP nº 2.158-35).

Terceiro, porque, salvo melhor juízo, não há na legislação nada que garanta que se houver uma efetiva distribuição de dividendos *a posteriori*, estes deixarão de ser tributados, tanto pelo país da fonte, quanto pelo Brasil. Ademais, inexiste qualquer previsão acerca dos efeitos daquela tributação sobre os “dividendos presumidos” em face da eventual tributação dos dividendos efetivamente distribuídos.

Por fim, a própria OCDE não trata os rendimentos tributados pelas legislações CFC como dividendos. Veja-se que os Comentários da Convenção-Modelo citados pelo Relator confirmam essa assertiva: (i) o § 23 do Comentário ao artigo 1º diz que “um traço comum dessas regras, agora internacionalmente reconhecidas como um instrumento legítimo para proteger a base tributária local, é que elas resultam na tributação, por um Estado Contratante, de seus residentes relativamente à renda proveniente de sua participação em certas entidades estrangeiras”; e (ii) o § 14 do Comentário ao artigo 7º fala no “direito de um Estado Contratante tributar seus próprios residentes com base nos dispositivos relativos a sociedades controladas no exterior encontrados em sua legislação interna”.

Por outro lado, os §§ 38 e 39 do Comentário ao artigo 10 deixam aberta a possibilidade de uma determinada legislação CFC tratar ou não os rendimentos tributados na categoria dos dividendos. Nada obstante, o conteúdo desses §§ é claro quanto à possibilidade de que haja problemas na efetivação de benefícios concedidos no âmbito do acordo no caso de a legislação CFC tratar os rendimentos tributados na categoria dos dividendos.

Em minha opinião, a lei brasileira tributa uma renda ficta da própria empresa brasileira. Em outras palavras, ela olha para a empresa brasileira e, sopesando o fato de que ela possui participação societária (é controladora, de acordo com a constitucionalidade declarada pelo STF na ADI nº 2.588) em uma empresa que apurou lucro no exterior, assume que há disponibilidade de renda e determina que se tribute como lucro da empresa brasileira um determinado valor estimado com base no lucro apurado pela empresa do exterior.

A adequação dessa determinação ao conceito constitucional de renda é uma decisão que deve ser levada a efeito por quem tem competência para isso, no caso o STF (que aliás já se manifestou na ADI nº 2.588), à luz dos princípios constitucionais envolvidos (igualdade, capacidade contributiva, praticabilidade, etc.). Nem se pode estranhar que seja assim, afinal, em várias situações a legislação do imposto de renda tributa algo que não é necessariamente renda. Basta ver as margens predeterminadas do controle dos preços de transferência. Aliás, as próprias adições e exclusões ao lucro líquido, que o legislador arbitrariamente elege para se chegar ao lucro real, não deixam de ser uma prova de que o lucro real é muito mais uma ficção do que uma renda ideal. A bem da verdade, nem mesmo o lucro líquido contábil pode se enquadrar exatamente no conceito financeiro de renda (modelo SHS – Schanz/Haig/Simons) da teoria do acréscimo patrimonial que inspirou os elaboradores do CTN na posituação do seu artigo 43.

E não há nenhuma ofensa aos artigos 7º dos acordos de bitributação quando se adota esse tipo de tributação.

Isso porque a parte desses dispositivos que diz que “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado” não pode ser compreendida

de maneira desvinculada da parte seguinte: “a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado”. Trata-se da forma que a Convenção-Modelo escolheu para dizer que o país da fonte só pode tributar o lucro do seu não residente se este exercer atividade neste país por intermédio de um estabelecimento permanente.

A Convenção-Modelo disse que, de maneira geral, os lucros de uma empresa só são tributáveis pelo país da residência porque isso é o que normalmente ocorre. É a tributação pelo critério de conexão da residência. Só se houver alguma conexão com o país da fonte (como no caso a existência de um estabelecimento permanente) é que este poderá exercer jurisdição tributária internacional. Não se pode querer exercê-la sem uma conexão.

No caso presente, a empresa brasileira não tem conexão com o lucro produzido pela empresa Argentina. A nossa lei não pode alcançar esta última sem que algum critério de conexão se estabeleça. Portanto, o que a nossa lei faz é tributar a nossa empresa, residente, pelo natural critério da residência. Apenas o cálculo da renda tributada nesta empresa, conforme determinado pela lei interna, é que é baseado nos lucros apurados pela empresa no exterior. A compensação do imposto pago sobre o lucro pela empresa não residente, para alívio da bitributação econômica, é mera liberalidade da lei interna. Assim como, se existisse determinação para não tributação dos dividendos efetivamente distribuídos *a posteriori*, esta seria também outra liberalidade.

Portanto, com a devida vênia, dirijo do ilustre Relator neste ponto. Não acho que houve ofensa ao Acordo Brasil-Argentina. Nem pelo artigo VII, como quer a recorrente, nem pelo artigo XXIII, § 2, como diz o Relator (como também não haveria ofensa ao artigo X, caso se invocasse a limitação de o Brasil tributar dividendos baseada em algum dispositivo inspirado nos textos deste artigo elaborados pela Convenção-Modelo da OCDE).

Por último, também gostaria de acrescentar algo ao entendimento do Relator segundo o qual não se aplica o tratado à CSLL porque esta teria base de cálculo própria e destinação distinta.

De fato, no acordo Brasil-Argentina, o texto do artigo II, “2”, diz que a convenção se aplicará também a “quaisquer impostos idênticos ou substancialmente semelhantes que forem posteriormente introduzidos”. Mas, é difícil dizer que a CSLL é substancialmente distinta do IRPJ.

A meu ver a questão se resolve pelo texto do artigo III, “2”, o qual diz que para a aplicação da convenção por um Estado Contratante, “qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante”.

Assim, é na legislação brasileira que devemos procurar o conceito da expressão “impostos” contida no artigo II, “2”. Bem, todos sabemos que CSLL não é propriamente um “imposto”. Então, concordo com o Relator que o Acordo não se aplica à CSLL, mas acrescento tal fundamento.

Por tais razões, oriento meu voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário no que concerne aos lançamentos de IRPJ relativos à adição dos lucros auferidos pelas empresas Holdtotal e Loma Negra (Argentina) em face do tratado celebrado entre o Brasil e a Argentina.



Processo nº 10880.729239/2011-11  
Acórdão n.º **1102-001.247**

**S1-C1T2**  
Fl. 995

---

*Documento assinado digitalmente.*

Ricardo Marozzi Gregório - Conselheiro

CÓPIA