



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS**

**Processo nº** 11052.000921/2010-63  
**Recurso nº** Especial do Contribuinte  
**Acórdão nº** 9101-002.330 – 1ª Turma  
**Sessão de** 04 de maio de 2016  
**Matéria** IRPJ e CSL. Tributação de lucros no exterior.  
**Recorrente** PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

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

Ano-calendário: 2007

LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ) e da CSLL os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior são considerados disponibilizados para a controladora no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados. Lançamento procedente.

LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. CONVENÇÃO BRASIL-PAÍSES BAIXOS DESTINADA A EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTO SOBRE A RENDA. ART. 74 DA MP Nº 2.158 35/2001. NÃO OFENSA. Não há incompatibilidade entre a Convenção Brasil-Holanda (Países Baixos) e a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, não sendo caso de aplicação do art. 98 do CTN, por inexistência de conflito.

Recurso Especial do Contribuinte Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Recurso Especial do Contribuinte conhecido por unanimidade de votos e, no mérito, negado provimento por voto de qualidade, vencidos os Conselheiros Luis Flávio Neto (Relator), Helio Eduardo de Paiva Araújo (Suplente Convocado), Ronaldo Apelbaum (Suplente Convocado), Nathália Correia Pompeu e Maria Teresa Martinez Lopez. Designando para redigir o voto vencedor, o Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão.

(Assinado digitalmente)

CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente

(Assinado digitalmente)

LUÍS FLÁVIO NETO - Relator

(Assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO, LUÍS FLÁVIO NETO, ADRIANA GOMES REGO, HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO (Suplente Convocado), ANDRE MENDES DE MOURA, RONALDO APELBAUM (Suplente Convocado), RAFAEL VIDAL DE ARAÚJO, NATHALIA CORREIA POMPEU, MARIA TERESA MARTINEZ LOPEZ e CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO.

## Relatório

Trata-se de recurso especial interposto por **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.** (doravante “**PETROBRÁS**”, “contribuinte” ou “recorrente”), em que é recorrida a Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante “**PFN**” ou “**recorrida**”), em face do acórdão n. **1302-001.630** (doravante “**acórdão a quo**” ou “**acórdão recorrido**”), proferido pela r. 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara desta 1ª Seção (doravante “**Turma a quo**”).

O auto de infração e imposição de multa (doravante “**AIIM**”) lavrado em face do contribuinte lhe exigiu, em relação ao ano-calendário de 2007, IRPJ e CSLL incidentes sobre os lucros auferidos por empresa domiciliada na Holanda e controlada pela recorrente (PETROBRAS NETHERLANDS B.V., doravante “**PNBV**” “**controlada holandesa**” ou “**controlada no exterior**”), acrescidas de juros de mora e de multa de ofício de 75%, bem como multa isolada pelo não recolhimento das estimativas mensais de IRPJ e CSLL.

Ao analisar a impugnação administrativa apresentada pelo contribuinte, DRJ, por meio do Acórdão **12-037.583**, julgou-a parcialmente procedente, afastando as multas isoladas impostas por falta de recolhimento da estimativa mensal do IRPJ e da CSLL, bem como admitiu-se a compensação do imposto pago no exterior. Manteve-se, contudo, as demais exigências, sob o entendimento de que a tributação do IRPJ e da CSLL, com base no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, não viola o acordo internacional para evitar a dupla tributação celebrado entre Brasil e Países Baixos em 08.03.1990 e promulgado pelo Decreto nº 355, de 2.12.1991 (doravante “**acordo Brasil-Países Baixos**” ou “**tratado Brasil-Países Baixos**”). A decisão restou assim ementada:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 2010*

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. APRECIÇÃO PELO JULGADOR ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.*

*É vedado aos órgãos administrativos de julgamento afastar a aplicação de lei validamente inserida no ordenamento jurídico, sob o fundamento de inconstitucionalidade (art. 26-A do Decreto nº 70.235/1972, introduzido pela Lei nº 11.941/2009).*

*ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*

*Ano-calendário: 2007*

*TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. OBSERVÂNCIA PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNA.*

*Os tratados e as convenções internacionais deverão ser observados pela legislação tributária interna que lhes sobrevenha (art. 98 do CTN).*

*TRATADOS INTERNACIONAIS DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADOS COM BASE NA CONVENÇÃO-MODELO DA OCDE. FUNÇÃO INTERPRETATIVA DOS COMENTÁRIOS DAQUELA ORGANIZAÇÃO.*

*Conquanto não possuam natureza vinculante, os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE, elaborados pelo Comitê de Assuntos Fiscais daquela Organização, constituem importante referência interpretativa para os tratados de bitributação celebrados pelo Brasil com base no referido modelo.*

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

*Ano-calendário: 2007*

*LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR ATRAVÉS DE COLIGADAS E CONTROLADAS. MOMENTO DA DISPONIBILIZAÇÃO.*

*Para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior consideram-se disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço em que foram apurados (art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001).*

*ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/2001 E O ART. 43 DO CTN. INOCORRÊNCIA.*

*O art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, ao definir a data do balanço como momento da disponibilização do lucro, não maculou a regra-matriz do art. 43 do CTN. Para que esteja configurado o fato gerador do imposto de renda, não é necessário que o lucro da coligada ou controlada estrangeira tenha sido efetivamente distribuído à investidora brasileira (disponibilidade financeira). Basta que tenha havido o efetivo acréscimo patrimonial (disponibilidade econômica).*

*ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 74 DA MP 2.158-35/2001 E O ART. 7º, PARÁGRAFO Iº, DO TRATADO BRASIL-HOLANDA. INOCORRÊNCIA.*

*O Tratado Brasil-Holanda, a exemplo de outros acordos que adotam o texto-base da Convenção-Modelo da OCDE, estabelece, em seu Artigo 7, Parágrafo I, uma cláusula de competência exclusiva em favor do Estado de residência da pessoa jurídica. De acordo com esta regra, os lucros de uma empresa só podem ser tributados no Estado onde ela está domiciliada.*

*A referida cláusula não limita, todavia, o direito de um Estado Contratante adotar regras de transparência fiscal em sua legislação interna, com o objetivo de tributar, na pessoa de seus residentes, o lucro apurado por empresa domiciliada no outro Estado Contratante, na proporção da participação societária destes residentes naquela empresa. Comentários da OCDE ao Artigo 7º, Parágrafo Iº, da Convenção-Modelo.*

*Por revestir a natureza de uma regra de transparência fiscal, o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não confuta com o Artigo 7º, Parágrafo I, do Tratado Brasil-Holanda.*

*COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR.*

*O imposto de renda pago no país de domicílio da controlada ou coligada, relativo aos lucros que houverem sido computados no lucro real, poderá ser compensado com o que for devido no Brasil. Na vigência da Lei nº 9.532/1997 — em que a disponibilização dos lucros dependia de sua efetiva distribuição aos sócios —, o direito à compensação ficava condicionado a que os referidos lucros fossem distribuídos em até dois anos-calendário.*

*Já no regime do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 — em que os lucros consideram-se disponibilizados no momento de sua apuração no balanço —, o direito à compensação não sofre qualquer limitação temporal.*

*MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DA ESTIMATIVA MENSAL. ABSORÇÃO PELA MULTA DE OFÍCIO SOBRE OS TRIBUTOS DEVIDOS.*

*Incabível a aplicação concomitante da multa isolada por falta de recolhimento da estimativa e da multa de ofício pela falta de pagamento do tributo definitivo. O não recolhimento da estimativa mensal caracteriza etapa preparatória para a redução do imposto devido ao final do ano. Pelo critério da consunção, a primeira infração é absorvida pela segunda.*

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

*Ano-calendário: 2007*

*LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR ATRAVÉS DE COLIGADAS E CONTROLADAS. DECORRÊNCIA.*

*As regras do imposto de renda relativas à tributação dos lucros auferidos no exterior aplicam-se, também, à contribuição social sobre o lucro líquido (arts. 21 e 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001).*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Crédito Tributário Mantido em Parte.*

Nesse seguir, foi interposto pelo contribuinte recurso voluntário e houve, ainda, recurso de ofício ao CARF (**fls. 1.693 e seg. do e-processo**). Ao julgar o caso, a Turma a quo, por unanimidade dos votos, negou provimento ao recurso de ofício (mantendo o cancelamento da multa isolada) e, por voto de qualidade, negou provimento ao recurso voluntário (mantendo as demais cobranças).

O Acórdão nº 1302-0001.630 restou assim ementado:

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

*Ano-calendário: 2007*

*LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO.*

*Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior são considerados disponibilizados para a controladora no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados. Lançamento mantido.*

*LUCROS OBTIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. CONVENÇÃO BRASILPAÍSES BAIXOS DESTINADA A EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTO SOBRE A RENDA. ART. 74 DA MP Nº 2.15835/ 2001. NÃO OFENSA.*

*Não ofende o §1º do art. 7º da Convenção Brasil-Países Baixos a redação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.15835/2001, não sendo caso de aplicação do art. 98 do CTN.*

*IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR. PRAZO. §4º DO ART. 1º DA LEI Nº 9.532/97. NÃO APLICAÇÃO.*

*O prazo de que trata o § 4º do art. 1º da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, não se aplica a partir da entrada em vigor do art. 74 da Medida Provisória nº 2.15835, de 24 de agosto de 2001.*

*MULTA DE OFÍCIO POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE IRPJ OU CSLL APURADO NO AJUSTE ANUAL. MULTA ISOLADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DE ESTIMATIVAS. CUMULAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.*

*A multa isolada por falta de recolhimento de estimativas, lançada com fundamento no art. 44 § 1º, inciso IV da Lei nº 9.430, de 1996, não pode ser exigida ao mesmo tempo da multa de ofício por falta de pagamento de IRPJ e CSLL apurado no ajuste anual, devendo subsistir a multa de ofício. Aplicação da Súmula CARF nº 105.*

A PFN não apresentou recurso especial quanto à parte em que restou vencida.

Por sua vez, o contribuinte tempestivamente interpôs recurso especial (**fls. 2.141 e seg. do e-processo**), arguindo que o acórdão a quo atribuiu à legislação interpretação

divergente daquela adotada em duas outras decisões proferidas por diferentes Turmas do CARF, quais sejam:

- **Primeiro paradigma:** acórdão nº 1103-001.122, proferido em sessão de 21.10.2014, pela 3ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF, cuja ementa, na parte que diz respeito à divergência apontada, colaciona-se abaixo:

*IRPJ LUCROS DE CONTROLADAS NA HOLANDA DIVIDENDOS FICTOS LUCROS TRATADO ART. 10 OU ART. 7º 1 - A tributação do art. 74 da MP 2.158/01 não recai sobre dividendos fictos. Não se pode empregar ficção legal para alcançar materialidade ou se antecipar seu aspecto temporal quando a Constituição Federal usa essa materialidade na definição de competência tributária dos entes políticos. Ademais, o art. 10 do Tratado Brasil Holanda trata dos dividendos pagos, não permitindo que se considerem como dividendos os distribuídos fictamente. O problema da qualificação de dividendos é resolvido pelo próprio art. 10 do Tratado Brasil-Holanda. Inaplicabilidade do art. 10 do tratado.*

*2- O regime de CFC do Brasil do art. 74 da MP 2.158/01 considera transparente as controladas no exterior (entidade transparente ou passthrough entity): considera como auferidos pela investidora no País os lucros da investida no exterior; são os lucros em dissídio. Isso é considerar auferidos os lucros no exterior pela investidora no País, por intermédio de suas controladas no exterior. Não é o mesmo que ficção legal: é parecença com a consideração do lucro de grupo societário (tax group regime). O art. 7º do Tratado Brasil-Holanda é norma de bloqueio: define competência exclusiva para tributação dos lucros da sociedade residente num Estado contratante a este Estado. Regra específica em face de regra geral. A não aplicação da norma de bloqueio do art. 7º aos lucros em dissídio seria simplesmente desconsiderar, no âmbito de tratado, a personalidade jurídica da sociedade residente na Holanda. No mesmo sentido, bastaria um dos Estados contratantes proceder a uma qualificação a seu talante do que (não) sejam lucros de controlada residente noutro Estado contratante, para frustrar norma de tratado que as partes honraram respeitar. Intributabilidade com o IRPJ dos lucros em discussão, pela aplicação do art. 7º do Tratado Brasil-Holanda.*

- **Segundo paradigma:** acórdão nº 101-95.802, de 19/10/2006, proferido pela 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, assim ementado, na parte que interessa ao presente recurso especial:

*LUCROS ORIUNDOS DE INVESTIMENTO NA ESPANHA — Nos termos da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda entre Brasil e a Espanha, promulgada pelo Decreto nº 76.975, de 1976, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil. Não são também tributados no Brasil os dividendos recebidos por um residente do Brasil e que, de acordo com as disposições da Convenção, são tributáveis na Espanha.*

Em sua peça recursal, o contribuinte argumenta, em síntese, que:

- os valores tributados com fundamento no art. 74 da M.P. nº 2.158-35/2001, correspondem ao lucro da controlada no exterior (PNBV), e não da empresa brasileira autuada (PETROBRAS);

- o art. 74, da MP n. 2.158-35/01, deve ser aplicado em consonância com o art. 7º do acordo Brasil-Países Baixos;

- as normas de tributação de controladas e coligadas no exterior (Controlled Foreign Corporations, doravante “CFC”) somente podem ser aplicadas, em compatibilidade com os tratados para evitar dupla tributação, quando configurada alguma prática abusiva por parte do sujeito passivo;
- a análise comparativa do tratado Brasil-Países Baixos e do tratado Brasil-México demonstraria que, enquanto neste os países expressamente acordaram que o art. 7º não impediria a adoção de normas CFC ou similares, naquele, aplicável aos autos, não há ressalva em tal sentido;
- o acordo Brasil-Países Baixos aplica-se tanto ao IRPJ quanto à CSL

Em 08/06/2015, foi proferido despacho de admissibilidade do recurso especial (fls. 2.313 e seg. do e-processo), dando-lhe integral seguimento em vista do reconhecimento de divergência entre o acórdão recorrido e os dois acórdãos paradigmas indicados pela recorrente, nos seguintes termos:

*“Trata-se da mesma matéria analisada nos acórdãos paradigmas e no acórdão recorrido, com conclusões distintas.*

*Os acórdãos paradigmas trazem entendimento de que os lucros obtidos pelas empresas controladas no exterior não podem ser considerados dividendos, para fins da tributação prevista no art. 74 da MP. nº 2158-35/01, devendo ser aplicado o art. 7º dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, sob pena de burla aos tratados.*

*O acórdão recorrido, por seu turno, entendeu que em face da disponibilização ficta dos lucros da controlada no exterior para a controladora sediada no Brasil, nos termos do art. 74 da MP. 2158-35/01, estes lucros passam a ter a natureza de dividendos, atraindo, assim, a aplicação do art. 10 do tratado (tributação de dividendos) e não do art. 7º (tributação do lucro da pessoa jurídica domiciliada na Holanda).*

*Assim, entendendo estar presente a divergência jurisprudencial apontada pela recorrente.*

*Ante ao exposto, e tendo em vista que a uniformização da jurisprudência administrativa é o escopo do recurso especial, opino no sentido de que se **DÊ SEGUIMENTO** ao presente recurso especial.”*

Após a sua regular intimação, a PFN apresentou contrarrazões ao recurso especial (fls. 2.319 e seg. do e-processo), arguindo, em síntese, que:

- o art. 74 da MP 215835/01 detém a natureza de norma CFC, editada complementarmente ao art. 25 da Lei nº 9.249/95, com fito a efetivar a tributação em bases universais e coibir o diferimento indeterminado dos rendimentos produzidos no exterior por meio de controladas e coligadas;
- o Brasil não optou por seguir integralmente as orientações da OCDE no que diz respeito à limitação da aplicação de normas CFC aos países de tributação favorecida, bem como não se preocupa com a espécie de rendimento submetido ao regime. Tratar-se-ia de questões de política fiscal, não podendo “servir de fundamento para afirmar que não se pretendia instituir uma norma CFC por meio do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001”.
- o objeto da tributação estipulada no art. 74 da MP nº 2.158-35/01 são os dividendos, ainda que distribuídos por ficção, sendo, portanto, inaplicável o art. 7º do tratado Brasil-Holanda;

- os lucros auferidos por intermédio da controlada no exterior e disponibilizados à sua controladora, nos termos do art. 74 da MP nº 2.158-35/01, enquadram-se no conceito de dividendos presumidos, o que atrai a incidência do artigo 10 do tratado Brasil-Holanda.

- como os impostos pagos no exterior terão importância para fins de compensação com o tributo que vier a ser pago no Brasil, o texto da IN SRF nº 213/02 não viola o tratado ao tributar os lucros antes do pagamento dos impostos. Trata-se de mera técnica de arrecadação, que consiste em tributar o valor bruto e deduzir, do tributo apurado, o imposto pago no país da controlada;

- O art. 10 da Lei nº 9.249/95 alcançaria apenas dividendos distribuídos por sociedades brasileiras e se justificaria pelo fato de que os lucros que os originaram já teriam sido tributados no Brasil na pessoa jurídica que os distribuiu, sendo inaplicável ao caso concreto.

Conclui-se, com isso, o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Luís Flávio Neto, Relator

## Conhecimento

Em seu recurso especial, o contribuinte apresentou analiticamente argumentos para a demonstração da referida divergência jurisprudencial, cumprindo com o que requer o art. 67 do RICARF. Em linhas gerais suscitou que:

- o acórdão a quo adotou posição contrária à defendida por ela, no que diz respeito ao entendimento de que tributação prevista no art. 25, da lei n. 9.249/95 e 74, da MP nº 2.158-35/01 não recai sobre os lucros auferidos pela controlada estrangeira, mas sim sobre os próprios lucros da controlada no Brasil;

- por consequência desse entendimento, o acórdão recorrido concluiu que os lucros da recorrente teriam natureza de dividendos, o que afastaria a aplicação do art. 7º do tratado Brasil-Holanda, atraindo a aplicação do art. 10, I, desse acordo, que prevê a possibilidade de tributação sobre tais valores;

- de forma contrária a esse entendimento, os acórdãos paradigmas (n. 1103-001.122 e n. 101-95.802), decidiram no sentido de que o objeto da tributação previsto no art. 74, da MP nº 2.158-35/01 é o próprio lucro das controladas ou coligadas estrangeiras, sendo, portanto, aplicável o art. 7º dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação;

- os acórdãos trazidos como paradigmas são categóricos no sentido de que o objeto da tributação disposta no art. 74 da MP nº 2.158-35/01 é o próprio lucro da controladas estrangeiras, sendo, portanto, plenamente aplicável o art. 7º dos tratados para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil, e equivocada e imprópria a sua qualificação como dividendo;

- no primeiro acórdão paradigma (nº 1103-001.122), inclusive, foi julgado caso idêntico ao presente, envolvendo as mesmas partes. Neste caso, entendeu-se pela aplicação do art. 7º do tratado celebrado com a Holanda,

afastando-se, por conseguinte, a qualificação do valor disponibilizado como dividendo.

Compreendo que o despacho de admissibilidade (**fls. 2.313 e seg. do e-processo**) bem analisou os requisitos de admissibilidade do recurso especial, concluindo corretamente quanto à legitimidade de seu integral conhecimento.

### Mérito

A aplicabilidade ao presente caso do acordo Brasil-Países Baixos é questão incontroversa no presente processo administrativo. A questão em disputa consiste em saber qual dos dispositivos do acordo Brasil-Países Baixos deve ser aplicado e, assim, como deve ser aplicada a legislação CFC brasileira nos termos da respectiva norma de distribuição de competência tributária acordada nesse tratado de bitributação.

Para que bem se delimite a matéria em análise, é necessário observar que os tratados de dupla tributação são vocacionados a cobrir o sistema jurídico de dois diferentes Estados contratantes. As normas do acordo internacional se sobrepõem total ou parcialmente às normas brasileiras de incidência tributária, levando-as, nessa parcela de contato, à sombra (ou melhor, à não aplicação). As normas domésticas de incidência tributária que permanecerem iluminadas serão aplicadas normalmente, tal como acordado entre ambos os Estados contratantes por meio do tratado de bitributação.<sup>1</sup>

A análise para a aplicação dos acordos de bitributação pode exigir, portanto, dois estágios: um atinente ao Direito doméstico dos Estados contratantes (hipóteses de incidência tributária estabelecidas pelas legislações nacionais) e, outro, atinente ao respectivo acordo internacional (norma que irá se sobrepor à norma brasileira e delimitar a sua eficácia desta). Esses dois estágios, nucleares para a solução do presente caso, estão bem delimitados nos autos:

**i) Norma brasileira de incidência tributária:** nesse estágio, é preciso decidir se os rendimentos tributados pelo art. 25 da Lei n. 9.249/95 c/c a MP n. 2.158-35/2001 devem ser qualificados como “lucros” ou como “dividendos pagos”.

**ii) Norma do acordo de dupla tributação:** nesse estágio, é preciso reconhecer a norma do acordo Brasil-Países Baixos que, por ser aplicável ao caso, irá se sobrepor à norma brasileira e delimitar a sua eficácia. Entre os dispositivos que devem ser analisados no acordo Brasil-Países Baixos, destacam-se o art. 7º (“lucros de pessoas jurídicas”) e o art. 10 (“dividendos pagos”).

Em geral, a doutrina do Direito tributário internacional há tempos admite ser infrutífera a antiga disputa quanto à “melhor” ordem de análise desses estágios, pois em nada prejudica o resultado interpretativo.<sup>2</sup> Neste voto, em particular, primeiro será analisada a legislação CFC brasileira (tópico “1”) e, na sequência, o acordo Brasil-Países Baixos (tópico “2”), a fim de verificar se restou (ou não) reservado ao Brasil competência para exercer a tributação levada a termo no AIIM sob julgamento (tópico “3”).

<sup>1</sup> VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. Kluwer : London, 1999, p. 31-32. “*Illustratively expressed: the treaty acts like a stencil that is placed over the pattern of domestic law and covers over certain parts*”.

<sup>2</sup> Vide, nesse sentido: LANG, Michael. Introduction to the law of double taxation conventions. Vienna : Linde, 2013, p. 36 e seg (embora o professor apresente preferência por iniciar pela análise do Direito doméstico); SCHOUERI, Luís Eduardo. Preços de transferência no direito tributário brasileiro. São Paulo: Dialética, 2013, p. 414. (“Da autonomia dos momentos de exame do direito interno e do acordo de bitributação decorre, de um lado, a possibilidade de se examinarem um acordo ou o outro, sem qualquer ordem de preferência e, como corolário, a independência na aplicação de conceitos e categorias de direito tributário.”).

Contudo, antes de prosseguir com a análise, por força do que dispõe o art. 62 do RICARF, é preciso observar que ADI n. 2588, julgado pelo STF, **não possui abrangência sobre todos os pontos discutidos no presente processo administrativo**<sup>3</sup>, **não vinculando ou mesmo orientando esta CSRF para a solução do litígio.**

Em 10.04.2013, o Plenário do STF prolatou decisão na ADI 2588, de forma a declarar:

- A inconstitucionalidade do art. 74 da MP n. 2.158-35/01 às empresas nacionais **coligadas** a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”;
- A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 74 da MP 2.158-35/01, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001, por força do **princípio da irretroatividade**;
- A **constitucionalidade** do art. 74 da MP n. 2.158-35/01 às empresas **nacionais controladoras** de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida ou não, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei).

A referida decisão seria decisiva para o presente julgamento caso a MP 2.158-35/01 houvesse sido declarada integralmente inconstitucional, o que obrigaria o cancelamento do lançamento tributário sob análise. Contudo, a declaração de constitucionalidade em questão em nada altera o julgamento do presente caso. Ocorre que, caso não houvesse nenhuma decisão do STF confirmando a validade da MP 2.158-35/01, o julgamento conduzido no âmbito do CARF deveria adotar, de qualquer forma, a premissa de sua constitucionalidade (RICARF, art. 62).

É de extrema importância observar que, na aludida ADIN, **em momento algum o STF afirmou que aludida a tributação brasileira incidiria sobre *dividendos fictamente considerados pagos* pela controlada estrangeira. A propósito, a decisão proferida pelo STF não tratou da hipótese em que há a incidência de acordo de bitributação.** Nenhum dos dois pontos, nucleares para a solução do presente caso, foram abordados pela Suprema Corte, quais sejam: *(i)* a qualificação dos rendimentos tributados pela MP 2.158-35/2001 como “lucros” ou “dividendos pagos” e; *(ii)* a compreensão da norma do acordo de bitributação Brasil-Países Baixos, necessária para que se compreenda o que irá se sobrepor à norma brasileira. Não há vestígios de tal assertiva em nenhum dos votos proferidos pelos i. Ministros daquele e. Tribunal.

### **1. A legislação brasileira de tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior e os rendimentos tributados no auto de infração.**

Até janeiro de 1996, as empresas residentes no Brasil sofriam a incidência de IRPJ apenas sobre as rendas derivadas de fontes nacionais (*princípio da territorialidade formal*). Apenas com Lei n. 9.249, de 26.12.1995, foi introduzida no ordenamento pátrio a regra da tributação da renda em bases mundiais (*princípio da universalidade* ou *territorialidade material*)<sup>4</sup>:

<sup>3</sup> Por essa ação judicial, questionou-se, sobretudo, a incidência do IRPJ e da CSLL na data do balanço no qual tiverem sido apurados, com base no argumento central de que a incidência deveria ocorrer apenas no momento em que há a efetiva distribuição dos resultados, pois a antecipação do critério temporal da hipótese de incidência desses tributos constituía presunção absoluta da disponibilidade dos resultados auferidos pelas sociedades controladas no exterior, a ferir o conceito constitucional de renda.

<sup>4</sup> Sobre tal concepção de *territorialidade formal* e *material*, vide TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. Direito tributário (Steuernrecht). Volume 1. Tradução da 18ª edição alemã, totalmente refeita, de Luiz Dória Furquim. Porto Alegre : Sergio

*Art. 25. Os **lucros**, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.*

*§ 1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte:*

*I - os rendimentos e ganhos de capital serão convertidos em Reais de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que forem contabilizados no Brasil;*

II - caso a moeda em que for auferido o rendimento ou ganho de capital não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais:

§ 2º Os **lucros** auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

*I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;*

*II - os **lucros** a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;*

III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento;

IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasarem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

*§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:*

*I - os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada;*

II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

*III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica;*

*IV - a pessoa jurídica deverá conservar em seu poder cópia das demonstrações financeiras da coligada.*

§ 4º Os lucros a que se referem os §§ 2º e 3º serão convertidos em Reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados os lucros da filial, sucursal, controlada ou coligada.

*§ 5º Os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil.*

§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.

Em 27.06.1996, foi publicada a IN/SRF n. 38 que, entre outras coisas, tratou do critério temporal dessa tributação, ao dispor que os lucros de coligadas ou controladas no exterior seriam tributadas no momento de sua transferência via pagamento, crédito, remessa,

entrega ou emprego. Em 10.12.1997, foi publicada a Lei n. 9.532/97 que, em seu art. 1º, “b”, elegeu esse mesmo critério temporal para a incidência do tributo:

*Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.*

*§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:  
(...)*

**b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.**

Em 29.06.1999, com o advento da MP n. 1.858-6, os lucros auferidos pelas sociedades brasileiras por meio de suas controladas ou coligadas estrangeiras passaram a ser tributadas também pela CSLL:

*Art. 19. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sujeitam-se à incidência da CSLL, observadas as normas de tributação universal de que tratam os arts. 25 a 27 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, os arts. 15 a 17 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e o art. 1º da Lei no 9.532, de 1997.*

Em 10.01.2001, a Lei Complementar n. 104 alterou o art. 43 do CTN, introduzindo os parágrafos 1º e 2º:

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

*I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;*

*II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.*

*§ 1. A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.*

*§ 2. Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.*

Em 24.08.2001, foi editada a Medida Provisória nº 2.158-35, cujo art. 74 alterou o critério temporal da hipótese de incidência do IRPJ e da CSL previsto no art. 25 da Lei n. 9.249/95:

*Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n. 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.*

Por meio da IN n. 213, de 07.10.2002, a Secretaria da Receita Federal dispôs sobre a aplicação da legislação CFC a partir desse novo marco jurídico estabelecido pela MP n. 2.158-35/2001. Destaca-se o seu art. 1º:

*Art. 1º Os **lucros**, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa.*

*§ 1º Os **lucros** referidos neste artigo são os apurados por filiais e sucursais da pessoa jurídica domiciliada no Brasil e os decorrentes de participações societárias, inclusive em controladas e coligadas.*

*§ 2º Os rendimentos e ganhos de capital a que se refere este artigo são os auferidos no exterior diretamente pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil.*

*§ 3º A pessoa jurídica domiciliada no Brasil que auferir lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, objeto das normas desta Instrução Normativa, está obrigada ao regime de tributação com base no lucro real.*

*§ 4º Os **lucros** de que trata este artigo serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica no Brasil, integralmente, quando se tratar de filial ou sucursal, ou proporcionalmente à sua participação no capital social, quando se tratar de controlada ou coligada.*

*§ 5º Para efeito de tributação no Brasil, os **lucros** serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada, vedada a consolidação dos valores, ainda que todas as entidades estejam localizadas em um mesmo país, sendo admitida a compensação de lucros e prejuízos conforme disposto no § 5º do art. 4º desta Instrução Normativa.*

*§ 6º Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.*

*§ 7º Os **lucros**, rendimentos e ganhos de capital de que trata este artigo a serem computados na determinação do lucro real e da base de cálculo de CSLL, serão considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem.*

*§ 8º Os rendimentos e os ganhos de capital, decorrentes de aplicações ou operações efetuadas no exterior, integrarão os resultados da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, e as perdas reconhecidas nesses resultados são indedutíveis e devem ser adicionadas para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.*

No caso dos autos, o período de apuração corresponde a 2007, quando vigorava, portanto, o art. 25 da Lei n. 9.249/05, o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 e, ainda, as disposições da IN n. 213/2002. Nesse ambiente normativo:

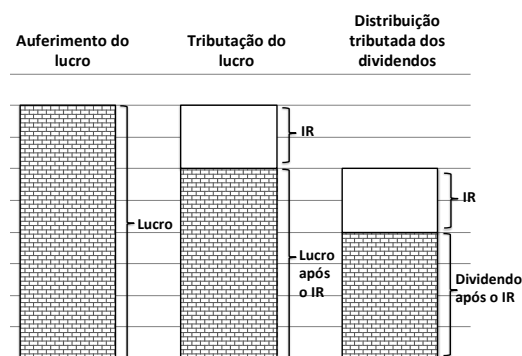
- haveria a incidência de IRPJ e CSL sobre os “lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior” (§ 2º, art. 25, Lei n. 9.249/05, art. 19 da MP n. 1858-6/99);
- o critério temporal da incidência desses tributos seria a “data do balanço no qual tiverem sido apurados” “os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior” (MP 2.158-35/2001);
- a administração fazendária, por meio de norma que vinculou os seus agentes fiscais, dispôs, entre outras coisas, que o critério material da hipótese de incidência tributária seria o auferimento de “lucros” por “controladas e

coligadas”, considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem (IN 213/02, art. 1º, §§ 1º e 7º).

Note-se que, embora não esteja mais em vigor a antiga sistemática da “tributação cedular”, ainda hoje o imposto de renda leva em consideração categorias de rendimentos, para as quais a legislação atribui tratamentos diversificado quanto ao IRPJ e à CSL. “Lucro” e “dividendo”, por exemplo, são categorias de rendimentos para as quais a legislação atribui consequências diversas.

Com base nessa legislação adotada para a lavratura do auto de infração, a base de cálculo do tributo exigido no presente processo administrativo deve corresponder ao “lucro” obtido por sua empresa controlada no exterior. No art. 25, Lei n. 9.249/05, bem como no art. 19 da MP n. 1858-6/99, a categoria selecionada pelo legislador para o exercício de sua competência tributária foi o “lucro”, o que representou a escolha por uma base tributável substancialmente maior do que aquela que seria possível caso houvesse optado por outras categorias, como a dos “dividendos”.

A representação gráfica abaixo ilustra como são díspares as bases de cálculo próprias dos “lucros das empresas” e dos “dividendos”:



**No caso, a base tributável própria à categoria *lucros auferidos por controlada no exterior* é necessariamente superior àquela que corresponderia à categoria *dividendos pagos por controlada no exterior*, o que representa significativa distinção entre elas.**

A legislação CFC brasileira torna relevante o fato “auferimento do lucro” pela controlada no exterior, na data do encerramento do balanço. O “lucro” em questão, antes de qualquer tributação no outro Estado (no caso, na Holanda), deverá ser adicionados na base de cálculo do IRPJ e da CSL (IN 213/02, art. 1º, §§ 1º e 7º). Conforme a sistemática de tributação brasileira, o imposto pago no outro Estado contratante (no caso, na Holanda), apenas terá relevância em momento posterior, podendo ser utilizado como crédito para o pagamento do tributo brasileiro.

É preciso também observar que em momento algum a lei brasileira tributa dividendos fictos, como parece crer o acórdão a quo. Sequer consta o termo “dividendos” no texto legal ou, ainda, há sinais de uma clara decisão do legislador para estabelecer uma ficção desse jaez.

Note-se que MISABEL DERZI e SACHA CALMON NAVARRO COELHO<sup>5</sup>, alinhando-se à doutrina tradicional, repudiam a possibilidade da adoção de ficção quanto à prática do fato gerador do tributo, *in verbis*:

*“Diga-se desde logo que os fatos geradores dos tributos são fatos reais que ocorrem ou não no mundo fenomênico, aos quais o Direito empresta efeitos jurídicos, geradores de obrigações tributárias.*

*(...)*

*A cinco, pretende tributar por ficção, retroativamente, parcela significativa dos contribuintes do imposto de renda. O suposto básico da disponibilização tributável (afastem-se, por ora, disponibilidade jurídica e disponibilidade econômica) tem uma contrapartida assaz desprezada: a redução do patrimônio da pessoa jurídica que promove a disponibilização.”*

Caso o legislador houvesse prescrito uma expressamente uma ficção dessa natureza, certamente não poderíamos nós, julgadores administrativos, afastar a aludida norma, tendo em vista ser competência privativa do Poder Judiciário a decretação de inconstitucionalidades (Súmula n. 1 do CARF).

No entanto, na ausência de previsão expressa quanto à aludida ficção, também não deve o julgador administrativo presumir que o legislador tenha agido de tal maneira que culminaria justamente com a invalidade da norma, especialmente quando a lei utilizar expressões bastante claras para expressar que a tributação incidiria diretamente sobre a categoria de rendimentos “lucros de pessoas jurídicas” e não sobre supostos dividendos fictos. Diante de duas interpretações propostas, deve o aplicador do Direito optar por aquela que não culmine na invalidade da norma construída.

## **2. O acordo de bitributação Brasil-Países Baixos.**

Em termos gerais, o compromisso assumido por Estados que celebram acordos conforme a “Convenção modelo de acordos de bitributação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico” (**doravante “CM-OCDE”**) pode ser reduzido a três aspectos fundamentais: *i)* cada Estado permanece legitimado à tributação da renda derivada de atividades desenvolvidas em seu território; *ii)* cada Estado permanece legitimado à tributação da renda de seus residentes; *iii)* diante da possibilidade de cumulação dos dois itens antecedentes, cabe ao Estado da fonte restringir a tributação em algumas hipóteses, bem como deverá o Estado da residência isentar rendimentos ou conceder crédito em relação ao imposto pago àquele primeiro, nas hipóteses em que também lhe couber a tributação.

Tal como concebida, a estrutura da CM-OCDE privilegia o Estado da residência, importador de capitais: *(i)* a renda do trabalho ou de serviços pode ser tributado no Estado em que estes são executados; *(ii)* a renda passiva, como juros e dividendos, podem ser tributados pelo Estado da fonte até um determinado limite; *(iii)* o lucro das atividades empresariais serão tributados no Estado da residência, salvo no que se refere aos lucros atribuíveis a um estabelecimento permanente no Estado da fonte.<sup>6</sup>

No coração dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, nos moldes da CM-OCDE, consta a regra de que os *lucros de empresas* são tributáveis exclusivamente no Estado de residência da pessoa jurídica que os auferir. É o que se dá com a regra de distribuição de competência para a tributação dos “lucros das empresas”, prevista no tratado Brasil-Países Baixos, em seu art. 7º:

### **ARTIGO 7º – 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**

Provisória nº 2.158-35/01. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n.130, p. 135-149, 2006, p. 138-142.

*Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exerce suas atividades na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis àquele estabelecimento permanente.*

*2. Ressalvado o disposto no parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente ali situado, serão atribuídos, a esse estabelecimento permanente, em cada Estado Contratante, os lucros que obteria se fosse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades iguais ou similares, sob condições iguais ou similares e transacionando com absoluta independência com a empresa da qual é estabelecimento permanente.*

*3. Na determinação dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas incorridas para a consecução dos seus objetivos, inclusive 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 disciplinados separadamente em outros artigos desta Convenção, o disposto em tais artigos não é prejudicado pelo que dispõe este Artigo.*

Tendo em vista a excepcionalidade da tributação dos rendimentos atribuíveis a estabelecimento localizado no Estado da fonte, torna-se relevante também observar o disposto no art. 5 (8) do acordo Brasil-Países Baixos, que assim dispõe:

*ARTIGO 5º – Estabelecimento Permanente  
(...)*

*8. O fato de uma sociedade residente de num Estado Contratante controlar ou ser controlada por sociedade residente no outro Estado Contratante, ou exercer suas atividades naquele outro Estado (quer por meio de um estabelecimento permanente, ou por outro modo), não será, por si só, bastante para fazer de uma dessas sociedades estabelecimento permanente da outra.*

Por sua vez, os acordos de dupla tributação celebrados pelo Brasil geralmente preveem que rendimentos como dividendos possam ser tributados pelo Estado da fonte, à alíquota máxima de 15%, restando ao Estado de residência exigir apenas o percentual previsto em sua legislação doméstica que exceder tal montante.

É o que se dá no art. 10º da Convenção Brasil-Países Baixos, nos seguintes termos:

*1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente em um Estado Contratante a um residente no outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.*

*2. Todavia, esses dividendos podem também ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga, e nos termos da lei desse Estado; mas, se a pessoa que os receber for o beneficiário efetivo dos dividendos, o imposto assim incidente não poderá exceder 15% (quinze por cento) do montante bruto dos dividendos. O disposto neste parágrafo não prejudica a tributação da sociedade, no que diz respeito aos lucros dos quais se originaram os dividendos pagos.*

*3. O termo "dividendos", empregado no presente artigo, designa os rendimentos provenientes de 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 em que reside a sociedade que realiza a distribuição.*

*4. Não se aplica o disposto nos parágrafos 1 e 2 se o beneficiário dos dividendos, residente em um Estado Contratante, realiza negócios no outro Estado Contratante em que reside a sociedade que paga os dividendos, por intermédio de*

*estabelecimento permanente ali situado, e se a participação, em virtude da qual os dividendos são pagos, se relaciona efetivamente ao estabelecimento permanente. Nesse caso aplica-se o disposto no Artigo 7.*

*5. Quando um residente em um Estado Contratante tiver um estabelecimento permanente no outro Estado Contratante, este estabelecimento permanente pode estar, ali, sujeito a imposto retido na fonte, nos termos da legislação daquele Estado. Todavia, tal imposto não excederá 15% (quinze por cento) do montante bruto dos lucros do estabelecimento permanente, apurado após o pagamento do imposto de renda de sociedades, incidente sobre aqueles lucros.*

*6. Quando uma sociedade residente em um Estado Contratante recebe lucros ou rendimentos do outro Estado Contratante, esse outro Estado Contratante não poderá cobrar qualquer imposto sobre os dividendos pagos pela sociedade, exceto se tais dividendos forem pagos a residente desse outro Estado, ou se a participação em virtude da qual os dividendos são pagos, relacionar-se efetivamente a um estabelecimento permanente situado nesse outro Estado; nem poderá sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a imposto sobre lucros não distribuídos, ainda que os dividendos pagos ou os lucros não distribuídos consistam, no total ou parcialmente, de lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado.*

*7. As limitações de alíquota do imposto previstas nos parágrafos 2 e 5 não se aplicam aos dividendos ou lucros pagos antes do final do primeiro ano calendário seguinte ao ano de assinatura desta Convenção.*

O acordo Brasil-Países Baixos estabelece, então, que os dividendos pagos por empresa holandesa (Estado da fonte) a residente no Brasil podem ser tributados, pelos Países Baixos, à alíquota máxima de 15%, restando ao Brasil (Estado de residência) exigir apenas o percentual previsto em sua legislação doméstica que exceder tal montante, pela concessão de crédito do imposto pago no exterior.

### **3. A aplicação do acordo Brasil-Países Baixos e a incompetência do Brasil para exercer a tributação levada a termo no AIIM sob julgamento.**

A interpretação e aplicação dos acordos de dupla tributação demanda atenção para algumas peculiaridades, em especial:

- Primeiro, quando um acordo de dupla tributação consignar expressamente a definição de um termo nele utilizado, esse sentido acordado por ambos os Estados contratantes deverá – para fins de aplicação da referida convenção – ser adotado independentemente dos conceitos e categorias do Direito interno de seus respectivos sistemas jurídicos domésticos. Essa é a norma prescrita pelo art. 3 (1) da generalidade dos acordos de dupla tributação celebrados pelo Brasil, à semelhança da CM-OCDE. **Referida norma consta expressamente no art. 3 (1) do acordo Brasil-Países Baixos.**

- Segundo, quando o acordo de bitributação não definir expressamente um termo utilizado em seu texto, deverá ser verificado se há evidências em seu “contexto” (intrínseco e extrínseco) quanto aos sentidos consentidos pelos Estados e, subsidiariamente, também será possível o recurso ao Direito doméstico dos Estados contratantes. Essa é a norma prescrita pelo art. 3 (2) da generalidade dos acordos de dupla tributação celebrados pelo Brasil, à semelhança da CM-OCDE, a qual consta expressamente no acordo Brasil-Países Baixos.

- Terceiro, na interpretação dos acordos de bitributação, inclusive na seleção de evidências sobre o sentido de um termo não definido pelo acordo internacional, devem ser respeitadas as normas prescritas pela **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (Decreto nº. 7.030, de 14.12.2009,

doravante “CVDT”). Não se trata de mera recomendação, mas de norma cuja observância é mandatória.

- Quarto, inclusive diante das normas da CVDT, os sentidos mutuamente atribuídos pelos Estados contratantes aos termos de um acordo de bitributação não podem ser desvirtuados ou alterados unilateralmente pelas partes.

No presente caso, em que são relevantes especialmente as normas de distribuição de competências dos arts. 7º (“lucros de empresas”) e 10º (“dividendos pagos”) do acordo Brasil-Países Baixos, faz-se necessário verificar quais de seus termos foram definidos no respectivo texto do tratado e, ainda, quais não o foram.

O art. 10 (3), do acordo Brasil-Países Baixos, define o termo “dividendos” como “rendimentos provenientes de 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 em que reside a sociedade que realiza a distribuição”.

O dispositivo segue a <sup>TRADIÇÃO</sup> dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil. O sentido de dividendos estabelecido nesses tratados internacionais geralmente é mais amplo que no Direito doméstico brasileiro, de forma a abranger aquilo que em nossa legislação interna possui sentidos diversos, como rendimentos de “partes beneficiárias” (Lei 6.404/76, arts. 46 a 51) e distribuição lucros em razão de debêntures (Lei 6.404/76, arts. 52 a 74).<sup>7</sup> Para fins de aplicação do acordo internacional, devem ser adotados esses conceitos mais amplos, expressos em seu texto.

Embora o termo “dividendos” esteja definido expressamente no art. 10 (3) do acordo Brasil-Países Baixos, o seu complemento “**pagos**” está entre os termos não definidos em seu texto, de forma que deve ser interpretado conforme o seu “contexto” e, caso este não forneça um sentido plausível, uma definição razoável deverá ser investigada no Direito doméstico dos Estados contratantes. O art. 3 (2) do tratado internacional em questão assim estabelece:

*2. Para a aplicação desta Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que nela não esteja definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado, relativamente aos impostos aos quais se aplica a Convenção, a não ser que o **contexto** imponha interpretação diversa.*

Prevê o acordo Brasil-Países Baixos, então, nosso dever de investigar um sentido ao termo “pagos” (ou, em última análise, à expressão “dividendos pagos”), no contexto do próprio acordo internacional. Apenas se esse “contexto” não prover um sentido plausível ao termo do acordo, este deverá ser investigado no Direito doméstico.

Repita-se que o julgador administrativo – assim como qualquer aplicador do Direito tributário internacional – tem o **dever** de se valer de evidências presentes no “contexto” dos tratados de bitributação para a interpretação de seus termos. Não se trata de atitude discricionária, mas de medida essencial para que o acordo bilateral seja coerentemente aplicado por ambos os Estados contratantes, em conformidade com a CVDT e as demais normas do Direito internacional.

<sup>7</sup> Vide, nesse sentido: CASELLA, Paulo Borba. Direito internacional tributário brasileiro. São Paulo : LTR, 1995, p. 36-40; XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil, Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 588 e seg.

Documento assinado digitalmente em 13/07/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assinado digitalmente em 14/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO, Impresso em 14/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Para levar a termo essa interpretação conforme o “contexto” dos acordos de bitributação, ao menos três fontes provedoras de evidências quanto aos sentido de seus termos devem ser consultadas.

- **contexto intrínseco:** deve ser investigado o texto do acordo de bitributação, seu preâmbulo e anexos, documentos elaborados em conexão com o tratado, protocolos e acordos posteriores celebrados pelos Estados contratantes. Para tanto, podem ser adotadas expedientes tais como métodos de análise sintática e semântica, a interpretação do texto do acordo como um todo, testes comparativos da função e do sentido dos termos no acordo de dupla tributação como um todo, a identificação dos objetivos e propósitos do acordo a partir de detalhes de cada uma de suas partes;

- **contexto extrínseco primário:** deve ser investigada a existência de procedimentos amigáveis, dos chamados *parallel treaties* e, ainda, de práticas adotadas pelos Estados por meio de suas autoridades administrativas, judiciárias e legislativas;

- **contexto extrínseco secundário:** deve ser investigada a existência de decisões de Cortes nacionais de terceiros Estados, doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, Convenção Modelo da OCDE e os seus respectivos Comentários, trabalhos preparatórios, atos unilaterais quanto à intenção dos Estados contratantes e circunstâncias relacionadas à conclusão da convenção fiscal.

No presente caso, há evidências presentes tanto no *contexto intrínseco* quanto no *contexto extrínseco primário e secundário* do acordo Brasil-Países Baixos, as quais fornecem um claro e plausível sentido ao termo “pagos” (ou mesmo à expressão “dividendos pagos”)

### 3.1. O contexto intrínseco e o sentido do termo “pagos” (ou mesmo da expressão “dividendos pagos”)

O *contexto intrínseco* compreende o próprio signo linguístico sob interpretação ou outros presentes no texto do tratado, no preâmbulo, nos anexos, bem como em qualquer acordo ou instrumento celebrado pelas partes relativos ao tratado ou em conexão com a sua conclusão. **A sua investigação, além de instintiva, decorre de prescrição expressa no art. 31 (1) e (2) da CVDT.**

A análise gramatical do trecho do art. 10 (1) do acordo Brasil-Países Baixos, na oração “Os dividendos pagos por uma sociedade (...)”, evidencia o emprego do sujeito paciente (da passiva) “dividendos” acompanhado do particípio “pago”. Importante ressaltar que o particípio consiste em uma forma nominal do verbo que expressa o resultado do “fato verbal”, isto é, indica uma ação já realizada, já finalizada, sobre o objeto da oração que ele qualifica, in casu, “os dividendos”.

O termo “pago”, assim, atua como um reforço incisivo para delimitar a aplicação do dispositivo àquela situação em que o rendimento por ele tutelado (“dividendos”) tenham sido efetivamente “pagos”.

Sob a perspectiva sintática, o termo “dividendo”, empregado na cláusula sob exame, encontra-se qualificado como “pago”, o que impõe, necessariamente, que esta ação (pagar) já tenha sido concretizada (pela “sociedade”, agente da passiva na oração).

A CVDT também determina que se investigue se e como o termo “pago” é empregado em outras passagens do acordo Brasil-Países Baixos. Assim, por exemplo, é importante observar o seu emprego nas seguintes passagens:

*Art. 10 (2). (...) O disposto neste parágrafo não prejudica a tributação da sociedade, no que diz respeito aos lucros **dos quais se originaram** os dividendos **pagos**.”;*

*Art. 10 (4) “(...) e se a participação, em virtude da qual os dividendos são **pagos**, se relaciona efetivamente ao estabelecimento permanente.”*

*Art. 10 (6): “Quando uma sociedade residente em um Estado Contratante recebe lucros ou rendimentos do outro Estado Contratante, esse outro Estado Contratante não poderá cobrar qualquer imposto sobre os dividendos **pagos** pela sociedade, exceto se tais dividendos forem **pagos** a residente desse outro Estado, ou se a participação em virtude da qual os dividendos são **pagos**, relacionar-se efetivamente a um estabelecimento permanente situado nesse outro Estado; nem poderá sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a imposto sobre lucros não distribuídos, ainda que os dividendos **pagos** ou os lucros não distribuídos consistam, no total ou parcialmente, de lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado.”*

*Art. 10 (7): “(...)As limitações de alíquota do imposto previstas nos parágrafos 2 e 5 não se aplicam aos dividendos ou lucros **pagos** antes do final do primeiro ano calendário seguinte ao ano de assinatura desta Convenção.”*

*Art. 11 (1): “Os juros provenientes de um Estado Contratante e **pagos** a um residente do outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.”*

*Art. 11 (3): “Não obstante o que dispõem os parágrafos 1 e 2, os juros provenientes de um Estado Contratante e **pagos** ao Governo do outro Estado Contratante (...)”*

*Art. 11 (5): “(...) e se a dívida, em virtude da qual os juros são **pagos**, se relacionar efetivamente ao estabelecimento permanente. Nesse caso, aplica-se o disposto no Artigo 7.”*

*Art. 11 (6): “A limitação de alíquota do imposto prevista no parágrafo 2 não se aplica aos juros provenientes de um Estado Contratante, **pagos** a estabelecimento permanente de empresa do outro Estado Contratante, situado em terceiro Estado.”*

*Art. 11 (7): Consideram-se provenientes de um Estado Contratante os juros **pagos** por esse próprio Estado, uma sua subdivisão política, uma autoridade local ou um residente desse Estado. Todavia, se o devedor dos juros, residente em um Estado Contratante ou não, tiver num Estado Contratante estabelecimento permanente pelo qual tenha sido contraída a obrigação que dá origem aos juros, e estes são **pagos** por esse estabelecimento permanente, tais juros consideram-se provenientes do Estado em que o estabelecimento permanente estiver situado.”*

*Art. 11 (8): “Se, em consequência de relações especiais existentes entre o devedor e o beneficiário efetivo, ou entre ambos e terceiros, o montante dos juros, tendo em conta o crédito pelo qual são **pagos** (...)”*

*Art. 12 (1): “Os “royalties” provenientes de um Estado Contratante e **pagos** a um residente no outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.”*

*Art. 12 (4): “(...) a cujo respeito os “royalties” são pagos, se relacionar efetivamente ao estabelecimento permanente.”*

*Art. 12 (5): “Consideram-se provenientes de um Estado Contratante os “royalties” **pagos** por esse próprio Estado, (...)”*

*Art. 12 (6): “(...) ou entre ambos e terceiros, o montante dos “royalties”, relativo ao uso, direito ou informação em razão dos quais são **pagos**, (...)”*

*Art. 12 (7): “A limitação de alíquotas do imposto prevista no subparágrafo b do parágrafo 2, deste Artigo, não se aplica aos “royalties” **pagos** antes do final do primeiro ano calendário, seguinte ao ano da assinatura desta Convenção, quando **pagos** a um residente de um Estado Contratante que detenha, direta ou indiretamente, no mínimo cinquenta por cento do capital votante da sociedade que efetua o pagamento dos “royalties”.*

Como se pode observar, o termo “pago” é reiteradamente empregado no acordo, assumindo a função de delimitar um marco de transferência efetiva de recursos, seja em relação a juros, royalties ou dividendos. De forma consistente, portanto, apenas se pode qualificar como dividendos pagos valores efetivamente transferidos de uma parte a outra.

### 3.2. O contexto extrínseco primário e o sentido do termo “pagos” (ou mesmo da expressão “dividendos pagos”).

No âmbito do contexto extrínseco primário do acordo Brasil-Países Baixos, devem ser observados, por exemplo, decisões advindas de um ou de ambos os Estados contratantes (CVDT, art. 31 (3), “b”), bem como outros acordos de dupla tributação de que façam parte os Estados contratantes (parallel treaties, nos termos da CVDT, art. 31 (3), “c”).

Tais elementos estão presentes e à disposição dos julgadores administrativos para a solução do presente caso.

#### 3.2.1. Decisões da Suprema Corte holandesa (*Hoge Raad der Nederlanden*) sobre a aplicação do acordo Brasil-Países Baixos.

É antiga a constatação de que *decisões dos tribunais domésticos mostram como o Direito Internacional é compreendido em sua jurisdição e será observado na decisão de um determinado caso concreto desse Estado*<sup>8</sup>. Há, em geral, consenso quanto às conclusões de VOGEL & PROKISCH<sup>9</sup>, no sentido de que, se a interpretação adotada pelo Tribunal de um Estado contratante (“A”) se mostrar *plausível*, o julgador do outro Estado contratante (“B”) terá de fundamentar a sua interpretação divergente com argumentos bastante contundentes.

Trata-se da necessidade de cumprir com o princípio *pacta sunt servanda*, da promoção da *interpretação harmônica* e do *efeito útil* dos acordos de dupla tributação. Ocorre que o risco de dupla tributação é majorado quando a Corte nacional de um dos Estados contratantes (“A”) constrói o sentido de determinado termo de um acordo de dupla tributação (“A-B”), sem tomar conhecimento do sentido atribuído a esse mesmo termo nas Cortes do outro Estado contratante (“B”) <sup>10</sup>.

As *decisões judiciais do outro Estado contratante* (no caso, Países Baixos) devem ser reconhecidas pelo aplicador (no caso, o brasileiro) como práticas subsequentes para fins de interpretação, tal como prescreve o art. 31 (3) “b” da CVDT.

Nesse contexto, é contundente constatar que a Suprema Corte holandesa (*Hoge Raad der Nederlanden*), ao julgar o caso n. 10/00076, em 17.06.2011, aplicou o acordo Brasil-Países Baixos, atribuindo grande relevo justamente ao termo “pago” (“*paid*”), constante em seu art. 11 (1).

Naquele caso, uma empresa holandesa havia recebido juros (“*interest*”) pagos por uma subsidiária brasileira, submetidos à tributação no Brasil (Estado da fonte). As despesas com as perdas de variação cambial do empréstimo concedido, contudo, acabaram por

<sup>8</sup> EUA. Suprema Corte. THIRTY HOGSHEADS OF SUGAR, (Adrian B. Bentzon, Claimant), v.

BOYLE AND OTHERS, Being the officers and crew of the privateer Comet. Vide, ainda, BROWNLIE, Ian. Principles of public international law. Clarendon : Oxford, 1998, 23.

<sup>9</sup> VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer G. Cahiers de Droit Fiscal International by the International Fiscal Association (studies on international tax law), volume LXXVIIIa – Subject I. Interpretation of double taxation conventions. Kluwer Law and Taxation Publishers / IFA : Rotterdam, 1993, p. 63-64.

<sup>10</sup> Nesse sentido, vide: RAAD, Kees van. International coordination of tax treaty interpretation and application, in International and comparative taxation: essays in honour of Klaus Vogel. KIRCHHOF, Paul et. al. eds London : Kluwer, 2002, p. 218-219.

neutralizar a base tributável naquele outro país. Não obstante, a empresa holandesa requereu o crédito, na Holanda, do imposto pago no Brasil.

Decidiu a Suprema Corte holandesa que as perdas incorridas nos empréstimos concedidos não afetariam a aplicação do art. 11(1) do acordo Brasil-Países Baixos, de forma que a Holanda estaria obrigada a reconhecer como crédito o imposto brasileiro incidente sobre respectivos juros. **Para essa decisão, o Tribunal holandês considerou que a adoção dos termos “juros pagos” (“paid interest”) não deixaria margem para dúvidas, estabelecendo um método de avaliação que necessariamente considera os juros pagos como base para o crédito a ser concedido, excluindo dessa regra juros que não tenham sido efetivamente pagos.**

Assim, temos uma evidência de que, ao aplicar o acordo Brasil-Países Baixos, a Holanda atribui ao termo “pago” relevância concreta, exigindo que *efetivamente os rendimentos tenham sido entregues de uma parte a outra*, a fim de que tenha nascimento o legítimo direito ao crédito do imposto pago no Brasil.

Como estamos diante de um tratado **bilateral**, é necessário que o Brasil aplique o referido acordo com a mesma rigidez, de forma que o termo *dividendos pagos* designem situações em que há *entrega efetiva de rendimentos (dividendos) de uma parte a outra*.

Certamente a referida interpretação adotada pela Suprema Corte holandesa perderia relevância caso se mostra-se incoerente. No entanto, não é esse o caso. Trata-se de interpretação dotada de elevada plausibilidade, pois atribui ao termo “pago” sentido coerente com a sua função assumida no acordo Brasil-Países Baixos e que é confirmada por todos os outras evidências avaliadas no presente voto.

Rememorando a lição de VOGEL & PROKISCH <sup>11</sup> acima suscitada, não identifico argumentos minimamente contundentes para afastar a relevância atribuída ao termo “pago” pela Suprema Corte holandesa. A fim de cumprir com os princípios pacta sunt servanda, da promoção da interpretação harmônica e do efeito útil dos acordos de dupla tributação, não me parece haver outra alternativa ao caso concreto do que atribuir ao termo “pago” o sentido de *transferência efetiva de titularidade*.

### 3.2.2. O recurso a *parallel treaties* para a interpretação do termo “pagos” (ou mesmo da expressão “dividendos pagos”).

O art. 31 (3) “c” da CVDT atribui relevância *a priori* a “*quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes*”. O termo “*quaisquer*” é uma forte indicação de que o intérprete deve adotar perspectiva ampla, mas o art. 31 (3) “c” da CVDT prevê certos critérios de seleção das evidências em questão. Entre esses critérios, o termo “pertinente”, que qualifica as referidas *regras do Direito Internacional*, estabelece um filtro de seleção. Outro filtro é estabelecido, ainda, na parte final do dispositivo, de tal modo que tais regras de Direito Internacional devem ser “*aplicáveis às relações entre as partes*”. Nesse cenário, a literatura <sup>12</sup> do Direito Internacional geralmente reconhece que o art. 31 (3) “c” da CVDT, com os requisitos que estabelece, veicula uma referência implícita ao art. 38 (1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (doravante “**ECIJ**”).

<sup>11</sup> VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer G. Cahiers de Droit Fiscal International by the International Fiscal Association (studies on international tax law), volume LXXVIIIa – Subject I. Interpretation of double taxation conventions. Kluwer Law and Taxation Publishers / IFA : Rotterdam, 1993, p. 63-64.

<sup>12</sup> Nesse sentido, vide: DÖRR, Oliver, “Article 31 – General rule of interpretation”, in “Vienna Convention on the Law of Treaties a Commentary”, DÖRR, Oliver; SCHMALENBACH, Kirsten (Editors). Springer, 2012, p. 561-562.

Com suporte nos elementos elencados no art. 38 (1) “a” do ECIJ, outras convenções internacionais, que estabeleçam regras reconhecidas pelas partes, devem ser investigadas como evidências para a construção de sentido de termos dos acordos de dupla tributação, que geralmente são conhecidos como “*parallel treaties*”. Por tal expediente, a fim de interpretar um acordo internacional, os tribunais devem recorrer a outros acordos internacionais tomados como *pares de comparação*.

Assim, por exemplo, quando um Estado (“A”) parte de um mesmo padrão para negociar acordos de dupla tributação com variados Estados (“B” e “C”), mas utiliza cláusulas com peculiaridades diversas no acordo celebrado com cada um desses (“A-B” e “A-C”), uma exceção constante em um desses acordos (“A-B”) pode ser compreendida como intenção daquele Estado (“A”) para a contratação de coisas diversas com aqueles outros Estados (“B” e “C”).

O recurso especial interposto pelo contribuinte suscita que o recurso ao *parallel treaties* seria útil para a resolução do presente caso. Como *par de comparação* para esse exercício, indica o acordo celebrado pelo Brasil com o México<sup>13</sup> (doravante “**acordo Brasil-México**”), cujo art. 28 assim dispõe:

ARTIGO 28

Disposições Diversas

(...)

3. As disposições da presente Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique as disposições de sua legislação nacional relativa a capitalização insuficiente ou para combater o diferimento, incluída a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação CFC) ou outra legislação similar.

De fato, ao comparar-se o texto dos tratados, verifica-se que no acordo Brasil-Países Baixos não consta qualquer ressalva à aplicação do art. 7º, enquanto que, no acordo Brasil-México, há ressalva expressa para que a legislação CFC dos Estados contratantes tenha legitimidade para bloquear a aplicação do tratado. Sustenta o contribuinte que isso demonstraria que, no caso dos autos, que o Brasil e os Países Baixos concordam que o art. 7º não terá a sua eficácia prejudicada pela legislação CFC brasileira ou holandesa.

Não é a primeira vez que o recurso ao *parallel treaties* é suscitado perante o CARF, sendo pertinente rememorar a decisão adotada pelo acórdão n. 104-20124. Nesse caso, conforme o argumento do contribuinte, o art. 14 do acordo Brasil-Portugal não seria aplicável apenas às pessoas físicas, mas também às pessoas jurídicas que se dediquem às *atividades independentes* tuteladas naquele dispositivo. Tal entendimento seria confirmado por protocolos anexos a uma série de acordos de bitributação de que o Brasil faz parte, a exemplos daqueles celebrados com Alemanha (hoje sem efeito), Coreia, Dinamarca, Equador, Espanha, Filipinas, Hungria, Itália, Luxemburgo, República Checa e Eslováquia. O contribuinte, então, valeu-se de tais protocolos anexos aos referidos acordos de bitributação como *parallel treaties*.

No entanto, o recurso a *parallel treaties* serviu justamente como fundamento para que o CARF afastasse o argumento da defesa: embora a interpretação sugerida pelo contribuinte pudesse ser válida perante aquelas convenções fiscais adotadas como *pares de comparação*, restaria evidenciado que Brasil e Portugal não pretenderam que o art. 14 do acordo celebrado fosse aplicado também às pessoas jurídicas, precisamente por não terem incluído tal previsão semelhante em seu protocolo.

No caso ora sob exame, adotando-se como *par de comparação* o acordo Brasil-México (ou, por exemplo, o acordo Brasil-Peru), obtêm-se a conclusão de que há mais uma evidência de que o art. 7º do acordo Brasil-Países Baixos obsta a aplicação da legislação

CFC brasileira. Neste tratado, diferente daquele assinado com o México ou com o Peru, nenhuma ressalva foi realizada por meio de protocolo ou outros instrumentos válidos. É possível compreender que, caso o Brasil e os Países Baixos houvessem consentido em permitir que as suas respectivas legislações domésticas CFCs incidissem à revelia do art. 7º do acordo de bitributação celebrado, teriam formalizado um protocolo ou outro instrumento hábil neste sentido.

É importante observar que o recurso ao *parallel treaties* não é absoluto, mas deve ser analisado em conjunto com as demais evidências colhidas a partir do contexto do acordo Brasil-Países Baixos, tal como determina o art. 3 (2) desse tratado. No entanto, é contundente constatar que a comparação dos acordos celebrados pelo Brasil, a título de amostragem, converge com as demais evidências analisadas, no sentido de que deve ser aplicado ao caso o art. 7º do tratado Brasil-Países Baixos, com o consequente reconhecimento da competência exclusiva da Holanda para a tributação dos lucros da empresa residente em seu território.

### 3.3. O contexto extrínseco secundário e o sentido do termo “pagos” (ou mesmo da expressão “dividendos pagos”)

Sob o escopo do art. 31 (3) “c” da CVDT, cumulado com o art. 38 (1) “c” do ECIJ ou, ainda, do art. 32 da CVDT, há uma série de evidências que podem ser utilizadas para *confirmar* ou mesmo *infirmar* o sentido construído a partir de *evidências intrínsecas* ou de *evidências extrínsecas primárias*. Para LUC DE BROE<sup>14</sup>, o intérprete poderia sempre recorrer às evidências do art. 32 da CVDT, seja para confirmar o sentido provido por outros meios ou, quando esses conduzissem à *ambiguidade*, *obscuridade*, *manifesto absurdo* ou *ausência de razoabilidade*, para lhe determinar tal sentido. Observa o professor belga que tais situações não seriam excepcionais, mas corriqueiras, já que as questões encaminhadas aos tribunais têm como causa justamente a existência de obscuridades ou ambiguidades no texto do acordo. Pondera o autor, contudo, que sentidos providos por evidências do art. 32 da CVDT apenas prevaleceriam em casos de *ambiguidade*, *obscuridade*, *manifesto absurdo* ou *ausência de razoabilidade*.

Entre as evidências desse *contexto extrínseco secundário*, é necessário analisar os Comentários à CM-OCDE.

### 3.3.1. Os Comentários à CM-OCDE e a confirmação das conclusões expostas.

Os Comentários à CM-OCDE, editados pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, podem ser equiparados à *doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações*, a qual, conforme albergada pelo art. 31 (3) “c” da CVDT cumulado com o art. 38 (1) “c” do Corte Internacional de Justiça. A obrigatoriedade de sua observância se dá nesses termos.

É geralmente aceito <sup>15</sup> que os Comentários à CM-OCDE são menos importantes no caso de convenções fiscais envolvendo um Estado não membro da OCDE. Para KLAUS VOGEL<sup>16</sup>, a intenção de tais Estados em adotar os sentidos contidos nos Comentários não poderia ser afirmada de forma genérica e apenas poderia ser presumida se o texto do dispositivo coincidir com o adotado na CM-OCDE e não houver outra interpretação fornecida pelo “*contexto*”. Essa observação é necessária por **não ser o Brasil um Estado membro da**

<sup>14</sup> BROE, Luc De. International tax planning and prevention of abuse (doctoral series n. 14). Amsterdã : IBFD, 2007. 252-259.

<sup>15</sup> Nesse sentido, vide: BROE, Luc De. International tax planning and prevention of abuse (doctoral series n. 14). Amsterdã: IBFD, 2007, p.294; HOFBAUER, Ines. Tax treaty interpretation in Austria, in Tax treaty interpretation LANG, Michael (ed) LINDE, Vienna, 2001, p.25.

<sup>16</sup> VOGEL, Klaus, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer, London, 1999, p. 44.

**OCDE, o que coloca em dúvida a importância dos referidos Comentários para o julgamento do caso em análise.**

De todo modo, desde a sua versão de 1977, os Comentários à CM-OCDE apresentam as seguintes disposições quanto à interpretação do art. 10 (dividendos), especialmente quanto aos termos “dividendos pagos”, *in verbis*:

“7. Por este motivo, o parágrafo 1 simplesmente estabelece que dividendos poderão ser tributados no Estado de residência do beneficiário. O termo “pago” apresenta significado bastante amplo, já que o conceito de pagamento **significa o cumprimento da obrigação de colocar recursos à disposição do acionista da maneira exigida por contrato ou pelo costume.**”

O termo “pago”, conforme essa *evidência do contexto extrínseco secundário* dos acordos de bitributação, **abrange apenas situações em que há efetivo “cumprimento da obrigação de colocar recursos à disposição do acionista da maneira exigida por contrato ou pelo costume”.**

Desse modo, ainda que se possa atribuir maior ou menor importância aos Comentários à CM-OCDE existentes à época em que o acordo Brasil-Países Baixos foi celebrado, **é contundente constatar que o parágrafo 7º dos Comentários ao art. 10º da CM-OCDE, acima transcrito, converge com as demais evidências analisadas neste voto: para que os “dividendos” sejam considerados “pagos”, exige-se a efetiva transferência de titularidade dos recursos da sociedade ao acionista.**

### **3.3.1.1. Os Comentários à CM-OCDE editados após a celebração do acordo Brasil-Países Baixos.**

Há uma cautela que deve ser adotada em relação aos Comentários: alguns deles podem ter sido editados **após a celebração do tratado de bitributação sob análise**, o que torna muito contestável a sua utilidade. Ocorre que, se ao celebrar o tratado os Estados não conheciam uma determinada posição do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE que sequer havia sido publicada ao tempo da assinatura do acordo, não há como sustentar a existência de consentimento em relação aos Comentários supervenientes.

No caso dos autos, o acordo Brasil-Países Baixos foi celebrado em 08.03.1990, de forma que os Comentários à CM-OCDE introduzidos após essa data apresentam reduzida ou mesmo nenhuma relevância. Afinal, aceitar a consideração dinâmica dos Comentários à CM-OCDE seria atribuir Poder Legislativo ao Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, órgão do qual o Brasil sequer é membro.

É o que ocorre com a posição hoje presente nos parágrafos 37 e 38 dos Comentários à CM-OCDE, **editados após a celebração do acordo Brasil-Países Baixos**, *in verbis*:

“37. Pode-se argumentar que, caso o país de residência do contribuinte, de acordo com sua legislação de controladas estrangeiras ou outras normas com efeito similar, busque tributar lucros que não foram distribuídos, estará agindo de forma contrária às disposições do parágrafo 5. Contudo, deve-se observar que o parágrafo é limitado à tributação na fonte e, assim, não lhe cabe tributar na residência nos termos dessa legislação ou normas. Além disso, o parágrafo diz respeito apenas à tributação da sociedade e não do acionista.”

“38. A aplicação dessa legislação ou normas poderá, contudo, complicar a aplicação do Artigo 23. Caso rendimento tenha sido atribuído ao contribuinte, cada item do rendimento teria de ser tratado nos termos das disposições pertinentes da **Convenção (lucros de empresa, juros, royalties). Se o montante for tratado como dividendo presumido, então será claramente proveniente da sociedade-base,**

*constituindo, assim, rendimento do país da sociedade. Mesmo assim, não está claro se o montante tributável será considerado dividendo, no âmbito do significado do Artigo 10, ou “outro rendimento”, no âmbito do significado do Artigo 21. Nos termos de algumas dessas legislações ou normas, o montante tributável é tratado como dividendo, sendo a isenção prevista por convenção fiscal, por exemplo, isenção de afiliação, também estendida a ele. Há dúvidas acerca de se a Convenção exige ou não que isso seja feito. Se o país de residência julgar que não é este o caso, poderá enfrentar a alegação de estar obstruindo a operação normal da isenção de afiliação ao tributar com antecedência o dividendo (sob a forma de dividendo presumido).”*

Os referidos parágrafos “37” e “38” foram acrescentados aos Comentários à CM-OCDE 1992, não encontrando paralelo na versão então mantida em 1990, quando o acordo Brasil-Países Baixos foi celebrado.

Note-se que, em tese, a *consideração dinâmica de revisões meramente amplificadoras* encontra alguma aceitação doutrinária<sup>17</sup>. As chamadas *revisões amplificadoras* seriam alterações nos Comentários à CM-OCDE que apenas tornariam mais claras interpretações que desde sempre seriam possíveis em face da CM-OCDE. A enorme dificuldade desse argumento consiste em saber quando uma revisão seria puramente *esclarecedora, amplificadora*. Nesse seguir, MAARTEN J. ELLIS<sup>18</sup> adverte que uma alteração no texto dos Comentários nunca seria realmente neutra: qualquer alteração, ainda que na ordem das palavras ou nas vírgulas utilizadas, pode, mais cedo ou mais tarde, ter consequências práticas. Seria artificial a distinção de alterações meramente estilísticas, explicativas do que já existiria.

Contudo, os parágrafos “37” e “38”, acrescentados aos Comentários do art. 10 da CM-OCDE, sem dúvida modificou a posição então adotada pelo Comitê de Assuntos Fiscais, o que apenas pode surtir efeitos aos acordos já celebrados pelo Brasil mediante expressa aquiescência do Poder Legislativo.

### 3.3.1.1. A aplicação das novas posições assumidas pelos Comentários à CM-OCDE exclusivamente em casos de abuso.

Especialmente com as alterações introduzidas nos Comentários à CM-OCDE em 2003 (quase 15 anos após a celebração do acordo Brasil-Países Baixos), o Comitê de Assuntos Fiscais daquela organização passou a expressar a possibilidade de normas nacionais dos Estados contratantes afastarem os benefícios dos tratados na **hipótese de abuso**.

Nesse sentido, em 2003, foram adicionados, por exemplo, os parágrafos 9.2 e 22.1 aos Comentários quanto ao art. 1o da CM-OCDE, *in verbis*:

*“9.1. Esse fato suscita duas questões fundamentais discutidas nos parágrafos seguintes:*

*-se os benefícios de convenções tributárias devem ou não ser conferidos a transações que constituem um abuso das disposições dessas convenções (vide parágrafos 9.2 e seguintes abaixo); e*

*- se as disposições e normas jurisprudenciais específicas da legislação interna de Estado Contratante destinadas a prevenir o abuso fiscal entram ou não em conflito com convenções tributárias (vide parágrafos 22 e seguintes abaixo).*

*9.2. Para muitos Estados, a resposta à primeira questão se baseia na sua resposta à segunda questão. Esses Estados levam em consideração o fato de que os tributos*

<sup>17</sup> Nesse sentido, vide: VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. Kluwer : London, 1999, p. 43-47.

<sup>18</sup> MAARTEN J. Ellis. The influence of the OECD Commentaries on Treaty Interpretation – Response to Prof. Dr. Klaus Vogel, in: Bulletin Tax Treaty Monitor – December 2000. IBFD : Amsterdã, 2000, p. 617-618.

*incidem, em última análise, segundo o disposto na legislação interna, assim como não restritos (e em alguns raros casos, ampliados) pelas disposições de convenções tributárias. Dessa forma, qualquer abuso do disposto em convenção tributária também poderia ser caracterizado como um abuso do disposto em legislação interna nos termos da qual o imposto será exigido. Com relação a esses Estados, a questão passa a ser, então, se o disposto em convenções tributárias pode impedir ou não a aplicação de disposições anti-elisivas previstas na legislação interna, que é a segunda questão acima. Como estabelece o parágrafo 22.1 abaixo, a resposta a essa segunda questão é que, na medida em que essas normas anti-elisivas são parte das normas básicas que dão origem a obrigação tributária, não serão abrangidas pelos tratados tributários, o sendo, assim, atingidas por eles. Portanto, como regra geral, não haverá nenhum conflito entre essas normas e as disposições de convenções tributárias.”*

*“22. Outras formas de abuso de tratados tributários (por exemplo, o uso de sociedade-base – “base company”) e possíveis maneiras possíveis de lidar com elas, inclusive normas de “substância sobre a forma”, “substância econômica” e normas gerais anti-abusivas também têm sido analisadas, em particular, no que tange à questão de tais normas estarem ou não em conflito com tratados tributários, conforme dispõe a segunda questão mencionada no parágrafo 9.1 acima.*

*22.1 Essas normas fazem parte das normas internas básicas estabelecidas no direito tributário interno para determinação de quais fatos que dão origem a obrigação tributária; essas normas não são discutidas em tratados tributários e, dessa forma, não são abrangidas por eles. Assim, como regra geral e levando em consideração o parágrafo 9.5, não haverá conflitos. Por exemplo, na medida em que a aplicação das normas mencionadas no parágrafo 22 resulte em recharacterização de rendimento ou nova determinação do contribuinte havido por auferir o rendimento, serão aplicadas as disposições da Convenção levando em conta essas alterações.*

*22.2 Embora essas normas não estejam em conflito com convenções tributárias, o consenso é que os países membros deverão observar cuidadosamente as obrigações específicas consagradas em tratados tributários contra a dupla tributação, desde que não exista indicação clara de abuso dos tratados.”*

Assim, ainda que se atribua alguma relevância aos Comentários à CM-OCDE editados após a celebração do acordo Brasil-Países Baixos, **é preciso ter claro que muitos deles se voltam a situações em que se averigüe a existência de “abuso” praticado pelo contribuinte.**

**Tal constatação é relevante pois, no caso dos autos, não há imputação de práticas abusivas praticadas pelo contribuinte. Nem sequer a legislação utilizada como suporte para a autuação se volta contra situações abusivas, tendo a MP 2.158 vocação para alcançar situações independentemente da prática de atos abusivos.**

Dada a distinção entre as regras brasileiras discutidas neste recurso especial e as normas de reação ao abuso, típicas das legislações CFC adotadas por uma enorme variedade de sistemas jurídicos estrangeiros consideradas nos Comentários da CM-OCDE, é razoável compreender que estes sequer podem ser aplicadas ao caso dos autos. Assim concluíram PAULO AYRES BARRETO e CAIO TAKANO <sup>19</sup> em trabalho acadêmico sobre o tema, in verbis:

*“Não há, na nova dicção legal, uma clara e precisa distinção entre situações normais, em que há genuíno exercício da atividade empresarial, e aquelas excepcionais que, mundo afora, ensejam a aplicação de normas CFC, por conterem*

<sup>19</sup> BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Regime tributário dos resultados de coligadas e controladas no exterior. In: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, et al. (Org.). PRODIREITO: Direito Tributário: Programa de Atualização em Direito. Ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana; 2015. p. 36-38. Grifos do original.

o elemento **abusivo**. Pelo contrário, manteve-se como regra a tributação automática das controladoras brasileiras no dia 31 de dezembro do ano em que houver a mera apuração do lucro pelas empresas controladas direta ou indiretamente pela empresa brasileira, independentemente de sua efetiva disponibilização, que, por vezes, poderá nunca vir a acontecer. (...) a nova sistemática da tributação dos lucros auferidos no exterior não deve ser confundida com aquela própria das **normas CFC**, tão conhecidas pelos estudiosos do Direito tributário internacional, não havendo razão para que a interpretação de suas regras não obedeça rigorosamente aos limites constitucionais e postos em Lei Complementar.”

O princípio *pacta sunt servanda*, da promoção da interpretação harmônica e do efeito útil dos acordos de dupla tributação também exige que se considere relevante um dado: **a Holanda mantém ressalva aos Comentários à CM-OCDE, consignando que apenas admite a não aplicação de seus acordos de bitributação na hipótese de comprovada prática abusiva**. Conforme deixa claro, a Holanda considera que “a aplicação de medidas internas tem de respeitar o princípio da proporcionalidade e não deverá ir além do necessário para impedir o abuso ou uso claramente não pretendido”, *in verbis*:

*Comentários ao art. 10 da CM-OCDE (incluído em 2003)*

“27.7 Os Países Baixos não adotam as afirmações contidas nas Convenções segundo as quais, como regra-geral, as normas e disposições internas anti-elisivas de controladas estrangeiras não entram em conflito com as disposições de convenções tributárias. A compatibilidade dessas normas e disposições com tratados tributários depende, entre outras coisas, da natureza e redação da disposição específica, do teor e propósito da disposição pertinente do tratado e da relação entre a legislação interna e internacional em um país. Como as convenções tributárias não se destinam a facilitar seu uso indevido, a aplicação de normas e disposições nacionais pode ser justificada em casos específicos de abuso ou uso claramente não pretendido. Nessas situações, a aplicação de medidas internas tem de respeitar o princípio da proporcionalidade e não deverá ir além do necessário para impedir o abuso ou uso claramente não pretendido.”

A ressalva oposta pelos Países Baixos deixa clara a manutenção da posição assumida por aquele Estado antes da revisão dos Comentários à CM-OCDE em 2003, de forma a não admitir qualquer exceção à regra da aplicação do Tratado internacional, salvo na hipótese de comprovado abuso. De boa-fé e a fim de cumprir com o princípio *pacta sunt servanda*, da promoção da interpretação harmônica e do efeito útil, certamente os Estados que mantêm acordos de bitributação com os Países Baixos devem levar essa posição seriamente em consideração.

Nesse cenário, esses dados corroboram com as demais evidências analisadas neste voto, no sentido de que os Países Baixos celebraram acordo de bitributação com o Brasil pelo qual os rendimentos analisados no presente recurso especial estão sob o escopo do art. 7º, não cabendo ao Brasil tributá-los, inclusive por ser inaplicável o art. 10 do referido acordo.

#### **3.4. O reenvio ao direito doméstico como alternativa ao art. 3 (2) do acordo Brasil-Países Baixos.**

Caso se compreenda necessário o reenvio ao Direito doméstico brasileiro para a construção de sentido do termo “pago”, que acompanha “dividendos” no art. 10 do acordo Brasil-Países Baixos, igualmente se concluirá que este designa situação de *efetiva transferência de titularidade dos recursos da sociedade aos acionistas*.

Assim, a título de exemplo, o art. 150, §1º, do CTN, por utilizar o termo “pagamento”, é interpretado pelo STJ como exigência de efetiva de transferência de titularidade do contribuinte ao fisco, de quitação concreta, não bastando simples retenção:

*“III. De acordo com o entendimento firmado no STJ, a retenção do Imposto de Renda, pela fonte pagadora, não se assimila ao pagamento antecipado, aludido no § 1º do art. 150 do CTN. Assim, a quantia retida, pela fonte pagadora, não tem o efeito de pagamento, até porque toda ou parte dela poderá ser objeto de restituição, dependendo da declaração de ajuste anual. Assim, a prescrição da Ação de Repetição de Indébito Tributário flui a partir do pagamento realizado após a declaração anual de ajuste do Imposto de Renda”.*

*(STJ, AgRg no AREsp 193.400/MA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016)*

Outro exemplo pode ser colhido do art. 138 do CTN. A denúncia espontânea exige o pagamento, que deve efetivamente concretizar-se com a transferência de recursos, de quitação concreta, antes mesmo do lançamento tributário. Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ:

*“A jurisprudência da egrégia Primeira Seção, por meio de inúmeras decisões proferidas, dentre as quais o REsp nº 284189/SP (Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 26/05/2003), uniformizou entendimento no sentido de que, nos casos em que há parcelamento do débito tributário, ou a sua quitação total, mas com atraso, não deve ser aplicado o benefício da denúncia espontânea da infração, visto que o cumprimento da obrigação foi desmembrado, e esta só será quitada quando satisfeito integralmente o crédito.”*

*(STJ, AgRg no REsp 727.181/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/06/2005, DJ 01/08/2005)*

Nesse cenário, não há no sistema jurídico brasileiro sentido diverso ao termo “pago” (ou melhor, *dividendos pagos*) daquele construído a partir do contexto em que o acordo Brasil-Países Baixos está inserido, qual seja: **efetiva transferência de titularidade dos recursos da sociedade ao acionista.**

#### 4. A jurisprudência judicial e administrativa a respeito da matéria

É importante consignar que o STJ, em julgamento sobre a matéria, alcançou a mesma conclusão, como se observa da ementa a seguir:

*RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO NA ORIGEM. APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTE.*

*NULIDADE DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS POR IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO DE JUIZ FEDERAL. NÃO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IRPJ E CSLL. LUCROS OBTIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS NACIONAIS SEDIADAS EM PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO REGULADA. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS SOBRE BITRIBUTAÇÃO ASSINADOS PELO BRASIL COM A BÉLGICA (DECRETO 72.542/73), A DINAMARCA (DECRETO 75.106/74) E O PRINCIPADO DE LUXEMBURGO (DECRETO 85.051/80). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA NAS BERMUDAS. ART. 74, CAPUT DA MP 2.157-35/2001. DISPONIBILIZAÇÃO DOS LUCROS PARA A EMPRESA CONTROLADORA NA DATA DO BALANÇO NO QUAL TIVEREM SIDO APURADOS, EXCLUÍDO O RESULTADO DA CONTRAPARTIDA DO AJUSTE DO VALOR DO INVESTIMENTO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONCEDER A SEGURANÇA, EM PARTE.*

*1. Afasta-se a alegação de nulidade dos acórdãos regionais ora recorridos, por suposta irregularidade na convocação de Juiz Federal que funcionou naqueles julgamentos, ou na composição da Turma Julgadora; inoccorrência de ofensa ao Juiz Natural, além de ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Precedentes desta Corte.*

2. Salvo em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, o Recurso de Apelação contra sentença denegatória de Mandado de Segurança possui apenas o efeito devolutivo. Precedente: AgRg no AREsp. 113.207/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 03/08/2012.

3. A interpretação das normas de Direito Tributário não se orienta e nem se condiciona pela expressão econômica dos fatos, por mais avultada que seja, do valor atribuído à demanda, ou por outro elemento extrajurídico; a especificidade exegética do Direito Tributário não deriva apenas das peculiaridades evidentes da matéria jurídica por ele regulada, mas sobretudo da singularidade dos seus princípios, sem cuja perfeita absorção e efetivação, o afazer judicial se confundiria com as atividades administrativas fiscais.

4. O poder estatal de arrecadar tributos tem por fonte exclusiva o sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os operacionais; ainda que uma norma seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios jurídicos gerais e constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais, dentre outras.

5. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão da sua especificidade.

Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (RESP 1.161.467-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 01.06.2012).

6. O art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos Países ocidentais, inclusive pelo Brasil, conforme Tratados Internacionais Tributários celebrados com a Bélgica (Decreto 72.542/73), a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.051/80), disciplina que os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado (dependência, sucursal ou filial); ademais, impõe a Convenção de Viena que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), em reverência ao princípio basilar da boa-fé.

7. No caso de empresa controlada, dotada de personalidade jurídica própria e distinta da controladora, nos termos dos Tratados Internacionais, os lucros por ela auferidos são lucros próprios e assim tributados somente no País do seu domicílio; a sistemática adotada pela legislação fiscal nacional de adicioná-los ao lucro da empresa controladora brasileira termina por ferir os Pactos Internacionais Tributários e infringir o princípio da boa-fé na relações exteriores, a que o Direito Internacional não confere abono.

8. Tendo em vista que o STF considerou constitucional o caput do art. 74 da MP 2.158-35/2001, adere-se a esse entendimento, para considerar que os lucros auferidos pela controlada sediada nas Bermudas, País com o qual o Brasil não possui acordo internacional nos moldes da OCDE, devem ser considerados disponibilizados para a controladora na data do balanço no qual tiverem sido apurados.

9. O art. 7o, § 1o. da IN/SRF 213/02 extrapolou os limites impostos pela própria Lei Federal (art. 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP 2.158-35/01) a qual objetivou regular; com efeito, analisando-se a legislação complementar ao art. 74 da MP 2.158-35/01, constata-se que o regime fiscal vigente é o do art. 23 do DL 1.598/77, que em nada foi alterado quanto à não inclusão, na determinação do lucro real, dos métodos resultantes de avaliação dos investimentos no Exterior, pelo método da

*equivalência patrimonial, isto é, das contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas.*

*10. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, concedendo em parte a ordem de segurança postulada, para afirmar que os lucros auferidos nos Países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributados apenas nos seus territórios, em respeito ao art.*

*98 do CTN e aos Tratados Internacionais em causa; os lucros apurados por Brasamerican Limited, domiciliada nas Bermudas, estão sujeitos ao art. 74, caput da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial.*

*(STJ, REsp 1.325.709/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 20/05/2014)*

Igual entendimento foi adotado pelo Tribunal Regional Federal da 4a Região, ao julgar o recurso de Apelação da União Federal e a Remessa Necessária nos autos do processo n. 2003.72.01.000014-4/SC<sup>20</sup>:

*TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. CONFLITO DE NORMAS. ART. 74, CAPUT, DA MP Nº 2.158-35/2001. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PREVALÊNCIA DA NORMA VEICULADA NOS TRATADOS. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA DOS LUCROS NO PAÍS DE DOMICÍLIO. REAVALIAÇÃO POSITIVA DOS INVESTIMENTOS EM CONTROLADAS SITUADAS NO EXTERIOR. NEUTRALIDADE DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL PARA FINS FISCAIS. ART. 23, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL Nº 1.598/1977.*

*1. Em matéria tributária, dispõe 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. A doutrina adverte quanto à imprecisão técnica do dispositivo, porquanto não se trata, a rigor, de revogação da legislação interna, mas de suspensão da eficácia da norma tributária nacional, que readquirirá a sua aptidão para produzir efeitos se e quando o tratado for denunciado (Ricardo Lobo Torres).*

*2. A despeito da controvérsia no STF sobre a hierarquia normativa entre tratados em matéria tributária e lei interna, a questão se resolve no plano infraconstitucional. As disposições veiculadas nos tratados e convenções internacionais em matéria tributária, após se submeterem ao procedimento previsto no art. 49, inciso I, da CF, passam a integrar o ordenamento jurídico nacional. Eventual antinomia, assim, resolve-se pelo princípio da especialidade, prevalecendo o regramento internacional naquilo que conflitar com a norma interna de tributação. A norma interna deixa de ser aplicada na hipótese específica regulada pelo tratado, mas continua válida e aplicável a todas as situações que não envolvem os sujeitos e os elementos de estraneidade definidos no tratado. Ocorre, dessa forma, a suspensão da eficácia da norma interna e não propriamente revogação ou modificação.*

*3. Entender que a superveniência de norma interna conflitante com o tratado internacional modificaria o regramento a ser aplicado implica denúncia implícita do acordo, sem a adoção dos procedimentos constitucionais e legais para tanto, desprezando, ademais, os princípios da boa-fé, da segurança e da cooperação que norteiam as relações internacionais. Em favor da prevalência dos tratados, cabe invocar não somente o art. 98 do CTN, mas também o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal e o art. 27 do Decreto nº 7.030/2009, que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.*

4. O Brasil firmou acordos visando a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal, em matéria de imposto de renda, com a China (Decreto nº 762/1993) e a Itália (Decreto nº 85.985/1981). Ambos oferecem tratamento uniforme à matéria, seguindo o Modelo de Acordo Tributário sobre Renda e Capital da OCDE. O art. 7º dos Tratados adota o princípio da residência no tocante à tributação dos lucros das empresas, estabelecendo a competência exclusiva do país de domicílio da empresa para a tributação de seus lucros.

5. O ponto nodal da controvérsia decorre do disposto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que considera disponibilizados os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, independente de sua efetiva distribuição.

6. Equivoca-se a Fazenda Nacional ao sustentar que a tributação incide sobre os lucros obtidos por empresa sediada no Brasil, provenientes de fonte situada no exterior, na medida em que refletem positivamente no patrimônio da controladora, valorizando suas ações e demais ativos, pois a reavaliação positiva dos investimentos realizados em empresas controladas situadas no exterior não constitui renda tributável, conforme o disposto no parágrafo único do art. 23 do DL nº 1.598/1977 (na redação vigente até a Lei nº 12.973/2014). A norma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 em nada alterou o regime fiscal vigorante desde o art. 23 do DL nº 1.598/1977, que estabelece a neutralidade do método da equivalência patrimonial para efeitos fiscais, porque seu resultado positivo, relevante para a contabilidade, não é tributado.

7. Diante do evidente conflito do disposto no art. 74 da MP nº 2.158-35, que determina a adição dos lucros obtidos pela empresa controlada no exterior, para o cômputo do lucro real da empresa controladora, na data do balanço no qual tiverem sido apurados, deve prevalecer a norma do art. 7º dos Decretos nº 762/1993 e nº 85.985/1981, a fim de evitar a tributação dos lucros das empresas controladas pela impetrante na China e na Itália”.

Esse mesmo entendimento tem sido adotado em outros julgados do CARF,  
por exemplo:

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

Ano-calendário: 2005, 2006

IRPJ LUCROS DE CONTROLADAS NA HOLANDA DIVIDENDOS FICTOS  
LUCROS TRATADO

ART. 10 OU ART. 7º

1- A tributação do art. 74 da MP 2.158/01 não recai sobre dividendos fictos. Não se pode empregar ficção legal para alcançar materialidade ou se antecipar seu aspecto temporal quando a Constituição Federal usa essa materialidade na definição de competência tributária dos entes políticos.

Ademais, o art. 10 do Tratado Brasil-Holanda trata dos dividendos pagos, não permitindo que se considerem como dividendos os distribuídos fictamente. O problema da qualificação de dividendos é resolvido pelo próprio art. 10 do Tratado Brasil-Holanda. Inaplicabilidade do art. 10 do tratado.

2 O regime de CFC do Brasil do art. 74 da MP 2.158/01 considera transparente as controladas no exterior (entidade transparente ou passthrough entity): considera como auferidos pela investidora no País os lucros da investida no exterior; são os lucros em dissídio. Isso é considerar auferidos os lucros no exterior pela investidora no País, por intermédio de suas controladas no exterior. Não é o mesmo que ficção legal: é aparência com a consideração do lucro de grupo societário (tax group regime). O art. 7º do Tratado Brasil-Holanda é norma de bloqueio: define competência exclusiva para tributação dos lucros da sociedade residente num Estado contratante a este Estado. Regra específica em face de regra geral. A não aplicação da norma de bloqueio do art. 7º aos lucros em dissídio seria

*simplesmente desconsiderar, no âmbito de tratado, a personalidade jurídica da sociedade residente na Holanda. No mesmo sentido, bastaria um dos Estados contratantes proceder a uma qualificação a seu talante do que (não) sejam lucros de controlada residente noutro Estado contratante, para frustrar norma de tratado que as partes honraram respeitar. Intributabilidade com o IRPJ dos lucros em discussão, pela aplicação do art. 7º do Tratado Brasil-Holanda.*

*IRPJ, CSLL LUCROS DE COLIGADA NA ARGENTINA - ADI 2.588. DF. No julgamento da ADI 2.588DF, com trânsito em julgado em 17/2/14, Reconheceu-se a inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158/01 em relação a lucros de coligadas não situadas em “paraíso fiscal”. Efeitos do julgamento da ADI 2.588DF sobre os lucros da coligada residente na Argentina. Intributabilidade, no País, desses lucros. CSLL LUCROS DE CONTROLADAS NA HOLANDA TRATADO. Sofrem incidência da CSLL os lucros das pessoas jurídicas controladas sediadas na Holanda.*

*MULTA ISOLADA CONCOMITÂNCIA - MULTA PROPORCIONAL*

*Apenado o continente, incabível apenar o conteúdo. Penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos. Princípio da consunção em matéria apenatória. A aplicação da multa de ofício de 75% sobre a CSLL exigida exclui a aplicação da multa de ofício de 50% sobre CSLL por estimativa dos mesmos anos-calendário.*

*(Acórdão 1103001.122 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária, sessão de 21/10/2014).*

## **5. O escopo do acordo Brasil-Países Baixos e a abrangência da CSLL.**

*A Lei n. 13.202, de 8.12.2015, prescreve:*

*Art. 11. Para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL.*

*Parágrafo único. O disposto no caput alcança igualmente os acordos em forma simplificada firmados com base no disposto no art. 30 do Decreto-Lei no 5.844, de 23 de setembro de 1943.*

*Aplica-se ao referido enunciado legal o art. 106 do CTN, que assim dispõe:*

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

Desse modo, é necessário reconhecer que a CSLL encontra-se indubitavelmente incluída no escopo dos acordos de dupla tributação celebrados pelo Brasil, independentemente do período em que houver sido celebrado o acordo, tendo em vista a eficácia retroativa do art. 11 da Lei n. 13.202/2015.

## **6. Conclusão e dispositivo do voto.**

Por todo o exposto, voto no sentido de CONHECER e DAR INTEGRAL PROVIMENTO ao recurso especial interposto de contribuinte.

*(Assinado digitalmente)*

Luís Flávio Neto

## Voto Vencedor

Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, Redator Designado

Preliminarmente, em relação à admissibilidade do recurso, é necessário dizer que, embora tenha ressalvas às razões da divergência, chego à mesma conclusão do i. Relator, especialmente em virtude do 1º paradigma apresentado pela recorrente. Assim, neste aspecto não há discórdia, visto que o único tema que compete analisar por esta CSRF é o da incidência, ou não, da Convenção sobre Dupla Tributação entre o Brasil e o Reino dos Países Baixos (doravante Convenção Brasil-Holanda) ao caso presente, a ensejar o afastamento da aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, vigente à época dos fatos geradores que foram objeto do lançamento, que alcançam o IRPJ e a CSLL. Assim, conheço do recurso.

Feito este esclarecimento, passo à análise do mérito, no qual ousou discordar do i. Relator, pelas razões que adiante exponho.

Cumpre afastar as razões expostas no recurso especial, considerando também as razões de decidir do acórdão recorrido e as expostas nas contrarrazões da Fazenda. Assim, analiso de maneira mais detalhada as razões expostas no muito bem elaborado recurso da recorrente. Quando pertinente, farei menção expressa às razões do recorrido, e ao também extenso e bem elaborado voto do Relator ou às contrarrazões.

O recorrente sustenta, de pronto, que se aplica ao caso o art. 7º da Convenção Brasil-Holanda de modo a afastar a incidência da norma contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Em sua linha argumentativa no recurso, tratando da evolução legislativa do tema (fls. 2.153-2.154, itens 28 a 35), o recorrente sustenta que desde a edição da Lei n. 9.249/1995, que em seu art. 25 trouxe a previsão da tributação dos lucros no exterior (norma que mudou a tributação das pessoas jurídicas de territorial para tributação universal, de forma a abranger as rendas auferidas fora do País), a norma não seria aplicável, porque, conforme sustenta o recorrente, “o imposto brasileiro veio atingir a renda que não é da própria sociedade brasileira, mas renda de titularidade jurídica de sociedades estrangeiras independentes.”

Essa afirmativa não nos parece correta, pois é justamente essa a lógica da sistemática de tributação em bases universais (que à época já existia para pessoas físicas). O que importa é de quem é a titularidade da “sociedade estrangeira independente”, pois é o titular que é o beneficiário efetivo de seus rendimentos, já que, a rigor, “sociedade independente” é uma ficção, isto porque toda sociedade empresaria tem proprietários (pessoas físicas ou jurídicas) que são os que se beneficiam dos seus lucros. A tributação em bases universais para as pessoas jurídicas que passou a ser disciplinada pelos arts. 25 a 27, Lei n. 9.249/1995 visa tributar as pessoas jurídicas brasileiras em relação à variação patrimonial positiva (acréscimo patrimonial) referente às suas atividades empresariais fora do País, o que antes não era feito. A questão gira, de fato, em torno do momento em que é feita essa tributação (aspecto temporal do fato gerador), uma vez apurado o lucro da entidade investida (seja controlada ou coligada no exterior ou mesmo nos casos de investimento não relevante - em que não se utiliza o método da equivalência patrimonial).

Assim, entende-se que a argumentação trazida pelo recorrente para tentar afastar *ab initio* (a partir da edição da Lei n. 9.249/1995) a tributação do lucros de controladas e coligadas no exterior é totalmente improcedente, sob este aspecto.

Instrução Normativa SRF 38/1996 regulamentou a Lei n. 9.249/1995 (considerando o efetivo pagamento ou creditamento para efeito de tributação) e depois a Lei 9.532/1997 estabeleceu, também neste sentido, que os rendimentos auferidos por coligadas e controladas no exterior, por PJ no Brasil, seriam tributados quando disponibilizados (lucro das filiais e sucursais continuaram a ser tributados na apuração, quando do balanço). Tratando-se, portanto, de mera norma de tributação universal, sem efeitos de norma CFC (destinada a evitar o diferimento indefinido da tributação das coligadas e controladas). Na sequência, a Lei Complementar n. 101, de 10 de janeiro de 2001, promoveu alteração no CTN em seu art. 43, introduzindo dois parágrafos, de forma a evidenciar a possibilidade de tributar rendas obtidas no estrangeiro e a possibilidade da definição do momento em que se pode tributar a variação patrimonial positiva no exterior, de titularidade de pessoa domiciliada no Brasil, nos seguintes termos:

*Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

...

*§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.*

*§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.*

Entende-se que esses dispositivos não trouxeram, de fato, nenhuma novidade, mas apenas deixaram mais claras as possibilidades legais. Assim, se não havia problemas desde a edição da Lei n. 9.249/1995, com a edição da Lei Complementar n. 101/2001, que introduziu as modificações transcritas acima no CTN, nenhuma dúvida poderia haver com relação à possibilidade de lei ordinária definir o momento em que se pode tributar os lucros no exterior (que representam uma variação patrimonial positiva do investidor domiciliado no Brasil), e então sobreveio o art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-34, de 27 de julho de 2001, que foi “cristalizada” como MP n. 2.158-35/2001 (em decorrência do art. 2º da Emenda à Constituição n. 32/2001), e que tem a seguinte redação

*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.*

Deve-se deixar claro e cristalino que esta forma de tributação é possível, corriqueira e constitucional em face da CF/88. Trata-se da prática corrente de tributação internacional, embora a lei brasileira (art. 74 da MP n. 2.158-34/2001) tenha fugido um pouco dos padrões internacionais ao tributar antecipadamente à distribuição tanto os lucros decorrentes de rendas ativas quanto de rendas passivas, de maneira genérica. Contudo, não há como fugir do fato de que renda é renda (independentemente de sua natureza jurídica, cláusula *non olet*). Assim tributar ou não determinada modalidade de renda é meramente uma questão de política tributária. Por outro lado o STF ao julgar o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 (ADIn 2.588/DF) deixou bem claro que esta forma de tributação é constitucional, ou seja, é possível se tributar os lucros da controlada no exterior ainda que não distribuídos ao beneficiário efetivo

residente no Brasil, i.e., ainda que não efetivamente distribuído ao controlador ou possuidor das cotas e capital residente no Brasil. O STF, por outro lado, restringiu a tributação das coligadas, entendendo constitucional somente se a investida estiver operando em paraísos fiscais (um arroubo de legislador positivo interferindo em atribuições constitucionais típicas de outros poderes do Estado, mas a decisão é definitiva neste aspecto). De lembrar, por oportuno, que o STF não decidiu sobre o efeito da incidência das convenções para evitar a dupla tributação, mesmo porque há dúvidas se este tema é matéria de índole constitucional.

Discutiu-se muito a respeito da eficiência econômica da norma, mas isto, como já foi dito, é uma questão de política tributária. Se o efeito econômico da norma é ruim para a internacionalização das empresas brasileiras, é uma questão de opção do legislador, que apenas a torna questionável do ponto de vista de política tributária. A norma é constitucional, o STF não afastou a tributação dos lucros das controladas no exterior, ainda que não distribuídos. A norma brasileira atua da mesma forma como faz também grande parte dos países, por via das denominadas normas CFC (de *Controlled Foreign Corporations*), i.e., normas destinadas a impedir que os lucros acumulados no exterior pelos residentes no País tenham sua tributação postergada *ad aeternum*, ou seja, fazendo com que sua distribuição ou utilização que permitiria sua tributação em um regime normal nunca aconteça.

Neste sentido há que se concordar com os argumentos trazidos nas contrarrazões, conforme transcrito adiante (fls. 2.330-2.331):

*O problema apontado por alguns, quando examinam o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, é que ele teria sido amplo demais. A crítica à abrangência do dispositivo enfoca, mais precisamente, o fato de o legislador não ter limitado sua aplicação aos países com regime de tributação favorecida – método jurisdicional – e por não ter havido preocupação com a espécie de rendimento submetido ao regime CFC – método transacional.*

*Apesar de pertinentes as críticas, é preciso enfatizar que essa foi a escolha feita pelo país ao adotar o seu regime CFC. Implica dizer que o legislador pátrio optou por não seguir integralmente as orientações da OCDE, o que é perfeitamente normal e válido. Vale lembrar que os trabalhos, orientações, relatórios e modelos elaborados pela OCDE não tem força cogente sobre nenhum país – nem mesmo para os seus membros. Portanto, o fato de o Brasil ter escolhido não incluir o método jurisdicional e o método transacional na legislação apenas indica uma opção de política fiscal. Contudo, isso não pode servir de fundamento para afirmar que não se pretendia instituir uma norma CFC por meio do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001. Nesse ponto, basta lembrar os elementos examinados acima – gramatical, histórico e finalístico – para se concluir pela natureza CFC da norma inserida no referido art. 74.*

*Por outro lado, não se pode considerar alterada a natureza de norma CFC do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, em virtude dessa decisão tomada pelo legislador. Isso porque a essência da norma CFC foi preservada no citado dispositivo, qual seja: estabelecer um regime específico para a tributação dos rendimentos auferidos por intermédio de controladas e coligadas situadas no exterior – de modo concretizar a tributação universal da renda e impedir o diferimento por tempo indeterminado da tributação. Diante disso, parece não restarem dúvidas de que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, detém a natureza de norma CFC.*

Assim, não há como discordar dos argumentos do acórdão recorrido neste sentido, i.e., que se trata, *in casu*, de norma CFC, visando impedir o diferimento da tributação dos lucros obtidos no exterior, e que está perfeitamente compatível com o art. 43 do CTN (fls. e-2.110-2.115). Este é o cenário que se nos depara e que, entendo, afasta os argumentos do

recorrente de tentar rediscutir a validade *per se* da norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-34/2001, aplicável ao caso em que empresa no exterior é controlada da empresa brasileira contribuinte objeto do lançamento.

Ademais, não procede também o argumento de que a redação do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, visa “criar uma aparência de compatibilidade com o art. 43 do CTN” (fl. 2.154, item 35). Como já sustentei, independentemente da existência dos §§ 2º e 3º do art. 43, esta norma do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 seria válida, pois se destina a evitar, considerando o sistema de tributação universal, que o contribuinte adie indefinidamente a tributação de sua variação patrimonial positiva (fato gerador do imposto de renda) obtida no exterior. Lembro, novamente, que, em relação à pessoa física, desde antes de o CTN em vigor, existe a afetiva incidência do imposto de renda em bases universais, nunca tendo sido considerada incompatibilidade com o CTN. A alteração do CTN só deixou mais clara esta possibilidade que, repito, já existia, i.e., tanto a incidência em bases universais, quanto a possibilidade de tributar sua variação patrimonial positiva obtida no exterior, ainda que não efetivamente distribuída ao seu beneficiário efetivo domiciliado no Brasil.

Nos itens 36 a 48 (fls. 2.155-2-157) do recurso, a recorrente ainda discutindo o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, agora, sob o ângulo do objeto da tributação e sua “qualificação face aos tratados” enumera alguns argumentos, com os quais não concordo, pelas razões adiante expostas.

Nos itens 36 a 44 o recorrente constrói o argumento no sentido de que o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 e o § 4º do art. 1º da IN SRF 213/2002 (que regulamenta o dispositivo da MP) mostrariam que se trata de uma “ficção legal”, e cita um trecho do Ac. Recorrido, que utiliza a expressão “disponibilização ficta”, para, em seguida, afirmar que o acórdão está equivocado, pois o que se tributa é “o lucro apurado pela controlada no exterior.” Veja-se que está correto o acórdão quando diz que o que se tributa é a “disponibilização ficta”, que deve ser entendida aqui como disponibilização presumida, e isto não está em desacordo com o a afirmação de que o que se tributa é “o lucro apurado pela controlada no exterior.” Claramente o que se tem aqui é um erro no que se refere ao correto sentido do Ac. recorrido. Não se trata de uma questão de linguagem, de como exprimir o que seria uma ficção legal, mas de entendimento da linguagem. Efetivamente o que se tributa, é o que diz o literalmente o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, são os lucros da controladora ou investidora brasileira auferidos por controlada ou coligada no exterior, os quais “serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada”. Ou seja, a tributação é do lucro da empresa brasileira, que corresponde ao lucro da controlada ou investida no exterior, assim não há ficção na Lei; mas, sim, a disponibilização é presumida, pois ela efetivamente não ocorreu; aliás, se tivesse ocorrido a efetivamente a disponibilização não se precisaria da norma do art. 74 nessas situações. Assim, não se trata de tributação em decorrência de distribuição ficta, conforme entendeu o recorrente, mas tem o mesmo efeito desta, no sentido de distribuição presumida, e é por isto que a remessa ao art. 25 da Lei n. 9.249/1995, integrando o corpo normativo do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 faz sentido.

É por isto que o voto condutor do acórdão recorrido sustenta, às fls- 2.115-2116, ao analisar da incidência tributária pela sua dinâmica, reconhecendo com efeito da lei, o mesmo efeito de uma ficção, ainda que a lei, efetivamente, não tenha criado uma ficção, no sentido que está assentado no voto, há na lei uma “auto-limitação”, qual seja “para fim de determinar a base de cálculo do imposto de renda e da CSLL”. Em consequência, a “ficção”, conforme consta do voto condutor do Ac. recorrido, não tem os efeitos que lhe atribui o recorrente. Leia-se o trecho do voto condutor adiante (fls. e-116):

*Assim, embora a disponibilização na data do balanço seja mera ficção, para o fim de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, nos termos da legislação vigente, ela há de ser vista como verdade insofismável, e neste sentido, sob este pano de fundo, é que também devem ser estabelecidas as conexões com o Ordenamento. Veja-se que isto já era previsto pelo § 2º do art. 43 do CTN (incluído pela LC nº 104/2001), ao mencionar “as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade”.*

*Evidentemente, ao criar uma nova realidade, a ficção não pode reconstruir todo o Direito, devendo-se limitar à específica derrogação promovida. Assim, para efeitos tributários, se houve disponibilização, mesmo que ficta, então, por razão lógica, o lucro há de ser considerado de propriedade da controladora ou coligada no Brasil, porquanto o poder de dispor é indicativo da propriedade e dela inseparável. E isto não restou derogado pela ficção.*

*Neste sentido, vendo-se o fenômeno sob a perspectiva de apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, considerar havida a transmissão da propriedade é consequência lógica da adoção da premissa constituída pelo acatamento da disponibilização na data do balanço, sob pena de violação do princípio lógico da identidade.*

*Sob outro enfoque, ainda, não há texto sem contexto. E, assim, a disponibilização ficta, indicativa da aquisição do direito de dispor (texto), há de ser considerada no contexto das mansas e pacíficas lições de direito civil, pelas quais o direito de dispor é indicativo da propriedade.*

*A tese contrária, alegada pela recorrente, chega a uma contradição, pois promove exatamente esta dissociação, ou seja, aceita a disponibilização, tal qual dispõe o art. 74, e não aceita os efeitos da disponibilização, em especial a aquisição da propriedade sobre o lucro. Assim, ao dissolver o indissolúvel, e, portanto, a meu ver, ao adotar uma premissa incorreta, chega a uma conclusão de aparente conflito de normas (art. 74, MP 2.15835/01 versus art. 7º, do Tratado) que em verdade não existe. O raciocínio é, pois, com a devida venia, incorreto, embora psicologicamente persuasivo. E o erro é plenamente escusável, pois ao que tudo parece o lucro tributado é da controlada/coligada no exterior. Mas a materialidade e a sujeição passiva recaem sobre a controladora/coligada no Brasil, de acordo com as construções jurídicas que foram erigidas e abonadas pela Excelsa Corte.*

*Assim, na linha do raciocínio acima, para efeito de apurar-se a base de cálculo do IRPJ e CSLL, os lucros, após a disponibilização, consideram-se ingressados no domínio jurídico da controladora ou coligada residente no Brasil, deixando – ainda que por ficção – de pertencer ao domínio jurídico da controlada ou coligada no exterior, e, portanto, a partir deste momento, não há falar em tributação dos lucros da entidade alienígena.*

Convém ressaltar que neste ponto há uma divergência entre o voto condutor e o voto do C. Alberto Pinto (fls. e-2.124-2.128), que acompanhou o voto vencedor pelas conclusões, sustentando que não há que se falar em ficção na distribuição dos lucros neste caso. Veja-se que tanto um raciocínio como o outro têm duas consequências comuns: mantém a tributação e afastam a aplicação do art. 7º dos acordos de dupla tributação, sendo que o primeiro aparentemente, apenas aparentemente, leva à aplicação do art. 10 (e neste aspecto tenho ressalvas em relação ao entendimento do Ac. Recorrido, mas que não impacta no resultado) e o segundo afasta tanto o art. 7º como o art. 10. Voltarei a este ponto adiante no meu voto, mas estes esclarecimentos em relação a esses aspectos fazem-se necessários também aqui.

Sigo me referindo aos termos aviados no recurso.

Nos itens 45 a 48 o recorrente tenta demonstrar que o objeto da tributação não é a equivalência patrimonial, com foco na declaração de voto do C. Alberto Pinto (fls. e-

2.124-2.128). Já dissemos que não se pode concordar com a ideia do recorrente de que está a se tributar o lucro da entidade estrangeira no exterior enquanto no exterior, mas, o que o lucro da controlada no exterior representa em termos de variação patrimonial positiva no patrimônio da entidade brasileira (controladora), sendo esta é que é tributada. Contudo, neste ponto o recorrente aduz outro argumento, que deve ser devidamente afastado por ser improcedente, que é o argumento de que o § 6º do art. 25 da Lei n. 9.249/1995 dá o tratamento previsto no art. 23 do Decreto-lei n. 1.589/1977, resultando em exclusão dos resultados por MEP, ainda que os lucros sejam de controladas no exterior.

Primeiramente há que se ter em mente que o objetivo da norma contida no art. 25 da Lei n. 9.249/1995 foi justamente dar o tratamento de tributação em bases universais à tributação da renda pessoa jurídica. Ao fazê-lo não alterou as regras aplicáveis à tributação interna, daí que os resultados do MEP das coligadas e controladas internas refletidos na investidora continuaram sem tributação, mas não, as do exterior, dizer o contrário, ou seja, dizer que o MEP como reflexo das controladas e coligadas no exterior não é tributado é negar vigência ao art. 25 da Lei n. 9.249/1995. É mezinho que não se pode interpretar um parágrafo como norma solta, autônoma, e o parágrafo, no caso do § 6º do art. 25 da Lei n. 9.249/1995, deve ser aplicado consoante o *caput* (que impõe a tributação), tanto é que o referido § 6º ao seu final diz “sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º”. Ora, “sem prejuízo” quer dizer, aplicando-se os §§ 1º, 2º e 3º do art. 25, que são, nada mais, nada menos, que as normas de tributação dos lucros auferidos no exterior.

A frase “continuarão a ter tratamento previsto na legislação vigente” simplesmente quer dizer que aos investimentos estrangeiros também se aplicam as regras aplicáveis ao MEP, e nada mais, mesmo porque um parágrafo não pode contradizer o *caput*, e o próprio § 6º diz que: “Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.” E os referidos §§, 1º, 2º e 3º estatuem:

***§ 1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte:***

*I - os rendimentos e ganhos de capital serão convertidos em Reais de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que forem contabilizados no Brasil;*

*II - caso a moeda em que for auferido o rendimento ou ganho de capital não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais;*

***§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:***

*I - as filiais, sucursais e controladas deverão demonstrar a apuração dos lucros que auferirem em cada um de seus exercícios fiscais, segundo as normas da legislação brasileira;*

*II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;*

*III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, até a data do balanço de encerramento;*

*IV - as demonstrações financeiras das filiais, sucursais e controladas que embasarem as demonstrações em Reais deverão ser mantidas no Brasil pelo prazo previsto no art. 173 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.*

**§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:**

*I - os lucros realizados pela coligada serão adicionados ao lucro líquido, na proporção da participação da pessoa jurídica no capital da coligada;*

*II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;*

*III - se a pessoa jurídica se extinguir no curso do exercício, deverá adicionar ao seu lucro líquido, para apuração do lucro real, sua participação nos lucros da coligada apurados por esta em balanços levantados até a data do balanço de encerramento da pessoa jurídica;*

*IV - a pessoa jurídica deverá conservar em seu poder cópia das demonstrações financeiras da coligada. (Negritou-se).*

*Assim, o Parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei n. 1.589/1977 não se aplica a essas operações porque, simplesmente, no que diz respeito à tributação, ele só se aplica às situações decorrentes de contrapartidas referidas no art. 22, para efeito de tributação, em situações em que a controlada ou coligada estejam no território brasileiro, pelo menos para os efeitos do art. 25 da Lei n. 9.249/1995. Trata-se de uma evidente derrogação parcial, a teor do superveniente da Lei n. 9.249/1995, conforme demonstrado acima.*

Aliás, ao contrário do que sustente o recorrente (item 48, fls. e-2.157), na declaração de voto do C. Alberto Pinto, não consta que seja expresso o entendimento de que o Parágrafo único do art. 23 do Decreto-lei n. 1.589/1977 tenha sido revogado. Compulsando o artigo de autoria daquele Conselheiro, na verdade, consta-se o seguinte entendimento (parte do ref. Artigo não transcrito no voto):

*24. No tocante à tributação do resultado positivo da equivalência patrimonial, vale desde já esclarecer o porquê de tributá-lo somente quando a investida está no exterior. A razão é muito simples e reside no fato de que o que se visa tributar é a entidade econômica e, não as entidades jurídicas isoladamente. De tal sorte que, se os lucros da controlada ou coligada avaliada pelo MEP já foram tributados no Brasil, não incidirá o imposto de renda sobre a parcela dos lucros que couber à investidora, ou seja, o resultado positivo da equivalência patrimonial<sup>21</sup> do investimento situado no Brasil deve ser excluído do lucro contábil para fins de apuração do lucro real da investidora, por força do art. 23 do Decreto-lei nº 1.598/77, com redação dada pelo art. 1º, inciso IV, do Decreto-lei nº 1.648/78 (base legal do art. 389 do atual Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 1999), in verbis:*

<sup>21</sup> Observe-se, porém, que, inicialmente, era tributada a parcela do resultado positivo da equivalência patrimonial decorrente da variação na participação societária, conforme dispunha, originalmente, o § 2º do art. 33 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977. Posteriormente, tal parcela deixou de ser tributada, quando o art. 1º do Decreto-lei nº 1.648, de 1978, deu nova redação ao § 2º do art. 33 do DL 1.598/77. Vejamos, como dispunha originariamente o § 2º do art. 33 do DL 1.598, de 1977: Art 33 – [...] § 2º - Serão computados na determinação do lucro real: a) como ganho de capital, o acréscimo do valor de patrimônio líquido decorrente de aumento na porcentagem de participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, resultante de modificação do capital social desta com diluição da participação dos demais sócios; b) como perda de capital, a diminuição do valor de patrimônio líquido decorrente de redução na porcentagem da participação do contribuinte no capital social da coligada ou controlada, em virtude de modificação no capital social desta com diluição da participação do contribuinte.

*Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real.*

*Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.*

*25. Ressalte-se que os lucros das coligadas e controladas avaliadas pelo MEP não compõem o lucro real da investidora mesmo após estarem financeiramente disponíveis, conforme preceituava o parágrafo único do art. 22 do Decreto-lei nº 1.598/77 (base legal do § 1º do art. 388 do RIR/99), in verbis:*

*Art. 22 – [...]*

*Parágrafo único - Os lucros ou dividendos distribuídos pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor de patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado.*

*26. Destarte, ao receber os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, a investidora deverá fazer lançamento a crédito de investimento e a débito de caixa, ou seja, o ingresso na conta caixa deverá ser feito em contrapartida da baixa do mesmo valor da conta de investimento registrada no ativo permanente, sem qualquer impacto no seu resultado contábil ou fiscal. Isso porque, tais lucros não impactam o resultado contábil da investidora no momento em que são pagos, mas, sim, quando são apurados no balanço da investida, já que o regime de reconhecimento é de competência e, não, o de caixa.*

*27. Por outro lado, se a investida estiver sediada no exterior, os seus lucros não são tributados no Brasil, razão pela qual a parcela a eles relativa do resultado positivo da equivalência patrimonial deverá compor, além do resultado contábil (como determina a lei comercial), o resultado fiscal da investidora domiciliada no Brasil, pois, se assim não fosse, não estaria sendo tributada no Brasil aquela parcela do resultado da entidade econômica correspondente aos lucros das investidas no exterior.<sup>22</sup>*

Assim, as duas conclusões a que chega o recorrente ao final do item 48 (fls. 2157) são equivocadas. Ao contrário do que é afirmado: a) há, sim, a tributação da parcela do MEP que corresponde aos lucros obtidos no estrangeiro; e b) não se tributa “no Brasil diretamente o lucro estrangeiro”, pois o que se tributa é a variação patrimonial positiva (acréscimo patrimonial) auferida no Brasil e correspondente ao lucro obtido no estrangeiro pela controladora brasileira, o que é bem diferente de tributar o “lucro no estrangeiro”.

A seguir sob o título “IV – O ART. 7º DO TRATADO COM A HOLANDA” (itens 49 a 125, fls. e-1257-2170), o recorrente trata do tema sob a ótica do que denomina “competência exclusiva” e “competência cumulativa” e na parte B desta abordagem tenta demonstrar o embasamento de sua conclusão a partir de questões interpretativas. Ainda que, teoricamente, partes expressivas das colocações sejam corretas, o encadeamento do raciocínio que levou às conclusões não nos parece correto, como adiante se demonstra e, por conseguinte, incorretas também são as conclusões. Esta parte do recurso pode ser analisada em bloco.

O tratamento da denominada competência exclusiva dado pelo recorrente, partir do art. 7º, isto é a partir do seu texto, de forma a extrair daí efeitos que impedem a tributação nos países onde está domiciliada a controladora, implica transformar a tributação em bases universais em tributação em base territorial, só permitindo a tributação em bases

<sup>22</sup> PINTO Júnior, Alberto Souza. A disponibilidade de lucros oriundos do exterior. **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte, n. 2 mar/abril, 2003.

universais quando a empresa operar por meio de filiais no exterior, sem que estas tenham personalidade jurídica própria. É que a modalidade de tributação de um mero estabelecimento permanente pode ser diferente da tributação de entidades com personalidade jurídica própria e residentes no exterior, mas controladas por empresas brasileiras ou a estas coligadas.

Neste sentido não se entende ser um sofisma, como sustenta o recorrente, o entendimento do acórdão recorrido (como consta dos itens 61 a 62 do recurso). Repise-se, o fato gerador tributável é variação patrimonial positiva identificada na controladora brasileira, que corresponde aos lucros da controlada no exterior. Não existe, portanto, o exercício de poderes coercitivos e sancionatórios do Fisco brasileiro em território estrangeiro, pois a entidade tributada é a brasileira, em território brasileiro. O fato de a IN n. 213/2003 determinar que se inclua para efeito de cálculo o lucro do exterior antes da tributação é mera metodologia de cálculo, de modo a permitir que o imposto pago no exterior seja deduzido do imposto a ser pago no Brasil, caso contrário, e.i., se fosse pelo valor líquido, sempre haveria tributação, ainda que a alíquota do país estrangeiro fosse maior que a brasileira. Ou seja, se alíquota do país estrangeiro for igual ou maior que a brasileira nada há a pagar, o que só acontece se for inferior à brasileira.

Nesse sentido, esta metodologia é correta para se aplicar o art. 26 da Lei n. 9.249/1995, conforme se extrai do seu texto, que segue transcrito:

*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.*

*§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.*

*§ 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.*

*§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.*

Conforme disciplinado pela IN SRF n. 213/2002, em seu artigo 1º, §7º, e artigo 14, relativamente aos seus §§ que importam para a discussão do tema, que estatuem:

*Art. 1º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa.*

...

*§ 7º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital de que trata este artigo a serem computados na determinação do lucro real e da base de cálculo de CSLL, serão considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem.*

...

**COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR COM O IMPOSTO DE RENDA DEVIDO NO BRASIL**

*Art. 14. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada e o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, poderão ser compensados com o que for devido no Brasil.*

...  
*§ 7º O tributo pago no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real.*

...  
*§ 9º O valor do tributo pago no exterior, a ser compensado, não poderá exceder o montante do imposto de renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor dos lucros, rendimentos e ganhos de capital incluídos na apuração do lucro real.*

É neste sentido, também, que dispõe o Tratado Brasil-Holanda em seu artigo 23, § 5º, abaixo transcrito:

#### *CAPÍTULO IV*

##### *Eliminação da Dupla Tributação*

##### *ARTIGO 23*

##### *Eliminação da Dupla Tributação*

*1. Ao tributar os seus residentes, a Holanda pode incluir na base de cálculo os rendimentos que, nos termos desta Convenção, podem ser tributados no Brasil.*

...  
*5. Quando um residente no Brasil receber rendimentos que, nos termos desta Convenção, possam ser tributados na Holanda, o Brasil permitirá, como dedução do imposto de renda dessa pessoa, um valor igual ao imposto de renda pago na Holanda. Todavia, a dedução não será maior do que a parcela do imposto que seria devido antes da inclusão do crédito correspondente aos rendimentos que podem ser tributados na Holanda.*

A respeito do cálculo do imposto conforme previsto na IN 213/2002, veja-se que metodologia de incluir na tributação o valor antes de deduzido os tributos pagos no exterior, para somente depois permitir sua dedução, é a única forma de cálculo que permite a dedução do tributo pago no outro estado, sendo, portanto, norma que protege o contribuinte brasileiro. À evidência, não há incompatibilidade ou conflito na aplicação dos dispositivos da legislação interna e da norma convencional. Assim, os argumentos dos itens 63 e 64 do recurso do contribuinte não procedem.

A recorrente continua sua linha argumentativa na parte B do item IV do Recurso especial sob o título "OS FUNDAMENTOS E OBJETIVOS DO REGIME DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA" partindo do que denomina "i) O elemento histórico de interpretação", correspondente aos itens 65 a 73 do recurso, que são improcedentes, como se demonstra adiante.

No item 65, insiste na tese de que o art. 7º das CDT existe justamente para impedir sistemática de tributação como a do art. 74. Ora, justamente do ponto de vista histórico, essa tese não pode proceder. O artigo 7º das CDT foi pensado para se impedir que sejam tributados na fonte receitas "(“lucros” – profits) remetidas ao país de residência, sem que haja uma presença efetiva da empresa no outro país, a não ser que o rendimento seja abrangido nos outros itens específicos do tratado. Assim, se tiver um estabelecimento permanente (no que se remete ao art. 5º da CDT, que define os critérios para este fim), ou tiver um subsidiária, uma controlada, os lucros podem ser tributados **também** pelo país em que eles são gerados. Quando o art. 7º foi pensado, conforme a argumentação do recorrente, no início do século passado e depois na década de 1940 (modelos do México e Londres), não existiam normas CFC, elas surgiram depois, na década de 1960 (primeiramente nos EUA). Assim, não faz sentido lógico

dizer que o art. 7º foi criado para evitar a aplicação de norma CFC, como se infere dos itens 65 a 72 do recurso especial do contribuinte, tentando inferir a caracterização da norma do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 como contrária aos princípios que regem a tributação internacional.

Na verdade, conforme colocado pelo recorrente, a perspectiva da superação da “teoria do órgão”, pela “teoria do princípio da separação” como elemento de interpretação, o que permitiria a tributação somente quando da distribuição dos lucros e dividendos (o que leva inexoravelmente ao art. 10 das CDT), está correta em perspectiva histórica, mas não elimina a sua superação pelo advento das normas CFC que visam impedir o adiamento indefinido da tributação desses lucros ou dividendos.

Contrastar uma realidade antiga com uma realidade nova não é garantia de resultado hermenêutico correto, a análise histórica só traz resultados interpretativos aceitáveis se a realidade nova é assemelhada à realidade antiga; se houve mudanças, e houve muitas, i.e., embora uma tenha surgido da outra, as normas da realidade atual não são mais as mesmas da realidade antiga, não são aplicáveis à realidade antiga, mas, plenamente aplicáveis à realidade nova e atual. Há que destacar também, como é assente, que o art. 7º se presta a eliminar a chamada dupla tributação jurídica (tributação sobre a mesma pessoa em relação ao mesmo rendimento, por duas jurisdições diferentes, no mesmo período de tempo) – caso típico da tributação na fonte nas remessas (vis a vis à tributação no domicílio do mesmo contribuinte) e não a dupla tributação econômica (tributação do mesmo rendimento por duas jurisdições diferentes, no mesmo período de tempo, nas mãos de duas pessoas diferentes) – que é a suscetível de acontecer com as normas CFC, mas cujos efeitos podem ser mitigados pela aplicação dos art. 23 das convenções modelo e, a depender da situação (preços de transferência), também pelo art. 9º (que trata das empresas associadas).<sup>23</sup>

Por esse raciocínio também não se aplica o art. 7º à situação de incidência de norma CFC.

Ainda na parte B do item IV do recurso especial, nos itens 73 a 125, enfeixados sob o título “Elemento finalístico de interpretação”, o recorrente insiste no argumento de que “os lucros pertencem à sociedade que os produziu e só podem ser tributados em seu país de domicílio ou residência”, e que “quando estes mesmos lucros são distribuídos aos sócios sob a forma de dividendos, deixam eles de pertencer à sociedade e passam a se constituir em rendimento do sócio, quando então estão sujeitos à regra do art. 10 (dividendos) do tratado que prevê uma competência cumulativa...” (fls. 2.163), concluindo após adicionar outros argumentos, que “o Acórdão recorrido procedeu à incorreta interpretação do tratado com a Holanda” (fl. 2.170). Não são corretos e aceitáveis os argumentos do recorrente no sentido de afastar a validade da conclusão do acórdão recorrido, conforme se demonstra a seguir.

<sup>23</sup> Conforme Klaus Vogel: “C) Relation between Art. 9 (1) and the distributive rules: Both Art. 7 and Art. 9 indicate that business profits should be taxed in the State in which the originate economically. According to Art. 7, this may be the enterprise's State of residence or the State of the permanent establishment. According to Art. 9, it should be the State of residence of the enterprise the profits of which were reduced. Art. 7, read in conjunction with Art. 23 serves the purpose of avoiding double taxation of one and the same taxpayer by the State of residence and by the State of source. Art. 9 differs from Art. 7 and the other MC distributive rules in that it deals with the relationship of Two States of residence and the taxation of legally independent taxpayers, each of them by his State of residence. In essence, however, there is a close connection with the typical distributive rules inasmuch as Art. 9 concerns the question of whether an element of profits which has been (or possibly will be) subjected to tax in the foreign contracting State may nevertheless be attributed to, and taxed in the hands of, a domestic enterprise. Consequently, Art 9 is designed to avoid economic double taxation[...].” (Negritos no original) VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation**. 3 ed. Londres: Kluwer, 1991, p. 518.

Ao contrário do que sustenta o recorrente, não há tributação *ad infinitum* quando se tributa em bases universais neste caso, pois simplesmente toda renda universal da empresa sede domiciliada no Brasil é tributada, conforme as normas brasileiras, e no caso das rendas fora do Brasil, as rendas a ela atribuíveis, e só uma vez. O art. 7º não é o “coração dos tratados”, trata-se de um dispositivo que visa disciplinar a tributação dos estabelecimentos permanentes, não permitindo a tributação no outro estado, quando lá não há estabelecimento permanente, aplicando-se os outros artigos do tratado, se for o caso. Se há um artigo que se pode considerar “coração do tratado”, esse artigo é o art. 23 (“Eliminação da Dupla Tributação”), que se aplica, de maneira geral a todas as relações contempladas pela Convenção. Aliás, no caso em questão nem existe a discussão acerca da existência ou não de um estabelecimento permanente, o que existe é uma empresa na Holanda, controlada por uma brasileira (cujas relações se inserem no âmbito do art. 9º da Convenção). Assim, aplica-se, sim, o art. 23, § 5º, da Convenção Brasil-Holanda – veja-se a IN SRF n. 213/2002 que, pela sistemática descrita em seus artigos 13 a 15 permite a dedução do imposto pago na Holanda na sistemática de imputação, coadunando-se integralmente com o referido art. 23, no sentido de evitar que ocorra a dupla tributação, já que o tributo pago na Holanda é considerado para efeitos do pagamento do tributo no Brasil.

Assim, há duas opções ao intérprete da norma CFC: a) simplesmente é tributada a variação patrimonial verificada no Brasil, que corresponde ao lucro auferido por controlada ou coligada no exterior, que são apurados conforme o balanço da controlada ou coligada – interpretação estática; b) o que se tributa é a distribuição presumida de dividendos ou lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior, que são apurados conforme o balanço da controlada ou coligada – interpretação dinâmica.

De toda sorte, ambas formas de interpretação, estática ou dinâmica levam ao mesmo resultado e afastam a aplicação dos acordos de maneira geral, primeiro, conforme demonstrado ao art. 7º, não se aplica de forma alguma ao presente caso, tratando-se de terrível equívoco entender que o art. 7º das Convenções Modelo da ONU e da OCDE foi construído com a finalidade de eliminar a tributação em bases universais dos estados contratantes (que é o que infere se aplicado este dispositivo como quer o recorrente e pretende a *rationale* do voto vencido), e, segundo, porque, no caso da interpretação dinâmica, o art. 10, que se aplicaria, não se aplica diretamente porque o art. 10 das Convenções Modelo da ONU e da OCDE só se aplica aos dividendos efetivamente distribuídos, assim como o art. 10 da Convenção Brasil-Holanda. Ou seja, só vai ser aplicado no futuro, quando da efetiva distribuição – mas esta situação independe de qualquer interpretação que não a literal – mas, curiosamente, seria também afastada pela interpretação que o recorrente e o voto vencido querem dar ao art. 7º (embora contraditoriamente admitam a aplicação do art. 10 quando da efetiva distribuição). Assim, a interpretação do recorrente e do voto vencido criam uma contradição interna no próprio bojo das convenções, devendo ser afastada. Para evidenciar este ponto basta contrastar aqueles argumentos com o que diz o art. 5º, § 8º, da Convenção Brasil-Holanda:

*8. O fato de uma sociedade residente de num Estado Contratante controlar ou ser controlada por sociedade residente no outro Estado Contratante, ou exercer suas atividades naquele outro Estado (quer por meio de um estabelecimento permanente, ou por outro modo), não será, por si só, bastante para fazer de uma dessas sociedades estabelecimento permanente da outra.*

Veja-se que, literalmente, o dispositivo diz que o fato de uma sociedade residente num Estado Contratante controlar no outro Estado Contratante outra sociedade, não será, por si só, bastante para fazer de uma dessas sociedades estabelecimento permanente da outra – ou seja, não se aplica o art. 7º na situação do presente processo.

Em outras palavras, como a recorrente não atua na Holanda por via de um estabelecimento permanente, de forma alguma há que se cogitar da aplicação do art. 7º (quando da efetiva distribuição de dividendos se aplicará o art. 10).<sup>24</sup>

Veja-se também que o que art. 7º diz e busca preservar refere-se a quando uma empresa tem atuação empresarial no outro país por ela mesma. Se esta atuação se faz por meio de participação em outra empresa residente no outro país (seja via controle ou mera participação societária), o art. 7º não se aplica, mas sim, conforme a circunstância, o art. 9º (nas transações entre as empresas associadas) ou o art. 10 (na distribuição dos lucros ou dividendos – que são tributáveis na fonte e na residência do controlador). E veja-se que art. 9º é no sentido de se atribuir o auferimento de rendimentos resultantes das relações entre empresas nessas condições de forma que os lucros devem ser ajustados ao mesmo montante que seriam os lucros no caso de empresas independentes – princípio *arm's length* e que remete à legislação interna de cada país como fazê-lo (normas de preços de transferência).<sup>25</sup> Ou seja, como já foi dito, a interpretação dada pelo recorrente ao art. 7º impõe ao Brasil, em relação aos países que tenha tratado, uma tributação em bases territoriais e não em bases universais – o que obviamente não é o objetivo das convenções, mas sim a eliminação ou diminuição da dupla tributação. Para esclarecer esse ponto, cumpre reproduzir os comentários à Convenção Modelo da OCDE, de 2005, na introdução aos comentários ao art. 7º, que também são considerados no Modelo da ONU (organização da qual o Brasil faz parte):

#### *RELATIVO À TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DAS EMPRESAS*

##### *Observações prévias*

*O presente Artigo é, em muitos aspectos, a continuação e o corolário do Artigo 5º, que define o conceito de estabelecimento estável. O critério de estabelecimento estável é normalmente utilizado nas convenções internacionais de dupla tributação a fim de determinar se um dado elemento do rendimento deve ser tributado ou não no país em que é realizado; todavia, este critério não oferece só por si uma solução*

<sup>24</sup> É o que claramente se denota do Manual da ONU sobre a Administração de Tratados de Dupla Tributação para Países em Desenvolvimento, conforme abaixo: Business profits derived by non-residents in the source country are potentially taxable under several provisions of a tax treaty, depending on the type of business activity. For example, profits from immovable property are taxable under Article 6; profits from international shipping and transportation are taxable under Article 8; profits from holding investments or licensing or leasing property are taxable under Articles 10, 11 and 12; and profits from services may be taxable under Article 14 (United Nations Model Convention, independent personal services) and Article 17 (artists and sportspersons). These other provisions prevail over Article 7, subject to the throwback rules in Article 10 (4), Article 11 (4) and Article 12 (4) of the United Nations Model Convention and Article 12 (3) of the OECD Model Convention. Each provision contains its own threshold for source country taxation. For example, in the case of Ms. X carrying on business as an independent contractor, her profits would be taxable under Article 14 of the United Nations Model Convention, whereas the income earned by Xco would be taxable under Article 7. The MNE [Empresa Multinacional] that carries on business in the source country through a PE [estabelecimento permanente] would be taxable under Article 7, but under Article 10 if it carries on business in the source country through a local subsidiary when the subsidiary distributes the profits in the form of dividends. (Negritos, itálicos e acréscimos nossos) Ver em LI, Jinyan. Taxation of non-residents on business profits. In: TREPELKOV, Alexander; TONINO, Harry; HAIKA, Dominika (Edits). **United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries**. New York: UN, 2013, p. 205. Disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Handbook\\_DTT\\_Admin.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Handbook_DTT_Admin.pdf).

<sup>25</sup> Conforme se pode ler em SOLUND, Stig ; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira . *The Commentary on Article 9 The Changes and Their Significance (Transfer Pricing) and the Ongoing Work on the UN Transfer Pricing Manual*. **Bulletin for International Taxation**, v. 66, p. 608-612, 2012.

*cabal ao problema da dupla tributação dos lucros industriais e comerciais. Para evitar a concorrência de uma dupla tributação deste tipo, é necessário completar a definição de estabelecimento estável, acrescentando uma série de normas acordadas que permitam calcular o lucro realizado pelo estabelecimento estável ou por uma empresa que leve a efeitos operações comerciais com um membro estrangeiro do mesmo grupo de empresas. Pondo a questão de uma forma ligeiramente diferente, quando uma empresa de um Estado Contratante exerce uma actividade comercial ou industrial no outro Estado Contratante, as autoridades deste segundo Estado devem interrogar-se sobre dois pontos antes de tributarem os lucros das empresas: em primeiro lugar, a empresa possui um estabelecimento estável no seu país? Na afirmativa, quais são, eventualmente, os lucros relativamente aos quais este estabelecimento estável deve ser tributado? São as regras a aplicar em resposta a esta segunda questão que constituem o objecto do Artigo 7º. As regras que permitem calcular os lucros realizados por uma empresa de um Estado Contratante que efectua operações comerciais com uma Empresa de outro Estado Contratante, quando ambas as empresas pertencem ao mesmo grupo empresarial de facto sobre o mesmo controlo, estão contidas no Artigo 9º.<sup>26</sup>*

O entendimento pela não aplicação do art. 7º às normas CFC, embora objeto de alguma controvérsia, é corrente e aceito na doutrina internacional<sup>27</sup> e nacional e pela jurisprudência de diversos países. A doutrina nacional, referindo-se à norma CFC brasileira, também tem posições no sentido da não afetação dos tratados, e.g., Marco Aurélio Greco, conforme se transcreve abaixo:

*Para Marco Aurélio Greco, uma vez que o referido artigo 74 estabelece a tributação de uma variação positiva de patrimônio da empresa brasileira, não haveria base para se falar em bloqueio da tributação prevista neste dispositivo em função da aplicação do art. 7º das convenções internacionais assinadas pelo Brasil, já que, em nenhum momento, se estaria tributando lucros da empresa residente no outro país. Em sua visão, mesmo nos casos em que determinada convenção prevê a isenção dos dividendos pagos para residentes e domiciliados no Brasil, não estaria afastada a tributação do art. 74, uma vez que, como dito acima, seu entendimento é no sentido de que esta regra prevê a tributação de um acréscimo patrimonial ocorrido no Brasil e não do resultado ainda não distribuído pela empresa brasileira.<sup>28</sup>*

Em relação à jurisprudência internacional, i.e., casos de outros países sobre o tema constata-se que majoritariamente as decisões tendem a afastar a aplicação dos tratados às normas CFC. Veja-se, por exemplo casos recentes como o Cemex Net,<sup>29</sup> decidido pela Suprema Corte do México, em questão que envolvia a norma CFC mexicana e o tratado México-Irlanda (de lembrar que o México é membro da OCDE), mantendo a tributação e sustentando que norma CFC e o referido acordo não são contraditórios, mas complementares. Tal julgado resultou na Tese 166820, de julho de 2009, da SCJN (Suprema Corte de Justiça da Nação) do México, onde se lê:

<sup>26</sup> CEF/DGI/MF-Portugal. **Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Patrimônio**. Versão Condensada. Coimbra: Almedina, 2005, p. 173.

<sup>27</sup> Ver e.g., LANG, Michael. “CFC Regulations and Double Taxation Treaties”. **Bulletin for International Fiscal Documentation**. Vol 57:2, pp. 51-58 (2003).

<sup>28</sup> GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio Andre. Tributação Direta: Imposto sobre a Renda. In: UCKMAR, Victor et al. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012, p. 407-408.

<sup>29</sup> **Amparo en revisión 107/2008, Cemex Net, S.A. de C.V. y otras.** 9 de septiembre de 2008. Ver também <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/166/166820.pdf>

*El artículo 212 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que los residentes en México o en el extranjero con establecimiento permanente en el país pagarán el impuesto por los ingresos de fuente de riqueza ubicada en el extranjero sujetos a regímenes fiscales preferentes que generen directamente o los que generen a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que aquéllos participen, en la proporción que les corresponda. Por otro lado, diversos tratados internacionales para evitar la doble tributación celebrados por México establecen que los ingresos de una empresa residente en un Estado contratante sólo pueden gravarse en ese Estado. En relación con lo anterior, se aprecia que lo que la legislación nacional grava no son directamente las utilidades de las empresas residentes en el extranjero, sino los beneficios que los residentes en México (y los no residentes con establecimientos permanentes en el país) obtienen de su participación en la generación de ingresos en aquellas jurisdicciones, lo que no se contrapone con los tratados mencionados. Esto es, la legislación nacional grava el ingreso que corresponde al residente en territorio nacional o al establecimiento permanente del no residente, determinado conforme al ingreso o rendimiento de la figura jurídica "residente en el extranjero", aun si el dividendo, utilidad o rendimiento no ha sido distribuido y, de esta forma, la legislación mexicana atribuye al contribuyente residente en México o no residente con establecimiento permanente un monto equivalente a los ingresos obtenidos de la entidad o figura residente en aquel Estado conforme a lo que corresponda a la participación directa o indirecta que se tenga en esta última, de donde se advierte que no se grava el ingreso de la entidad residente en el extranjero, sino la parte del rendimiento que corresponde al inversionista y que es susceptible de gravarse, atendiendo a la distinta personalidad del contribuyente en México, y cumpliendo con la intención de hacer pesar en el patrimonio de éste el impacto positivo que corresponde al ingreso, según su participación en el capital, y evitando el diferimiento en su reconocimiento. En ese sentido, se concluye que las disposiciones contenidas en el Capítulo I del Título VI de la Ley del Impuesto sobre la Renta no transgreden el artículo 133 constitucional<sup>30</sup> (Negritos e itálicos nossos).*

Há outros exemplos internacionais pela manutenção da norma CFC em face dos acordo de dupla tributação, cita-se, e.g.: o caso *A Oyi ABp*, decidido em 2002 pela Suprema Corte Administrativa da Finlândia (envolvendo a Convenção Finlândia-Bélgica), a decisão n. 265505 da Suprema Corte Administrativa da Suécia (*Skatterättsnämnden*, Apr. 3, 2008, 2655-05), envolvendo a Convenção Suécia-Suíça; o caso decidido pela Suprema Corte japonesa em 2008 (caso *Gyo-Hi*), tratando da aplicação da Convenção Japão-Singapura, dentre outros, **todos no sentido de que a existência de uma convenção de dupla tributação (que inclui o art. 7º) não impede a aplicação da norma CFC.**

**Assim, verifica-se que a decisão recorrida é consentânea com a prática internacional, seja a jurisprudência judicial e administrativa internacional mais atual, seja a doutrina.**

Pelos motivos expostos, entende-se que a decisão recorrida não contradiz a Convenção, pois o art. 7º não se aplica ao caso presente (pois diz respeito a controlada de empresa brasileira no exterior), e também por tratar-se de norma CFC. As alegações de que Alemanha e Finlândia teriam reclamado da aplicação do art. 7º das convenções e que resultaram ou resultariam em denúncia das convenções diz respeito à questão da tributação na fonte de remessas, em nada tendo a ver com normas CFC, como já demonstrado.

Ainda no que diz respeito à possibilidade da incidência do art. 10, veja-se o que os Comentários ao art. 10 da Convenção Modelo da ONU, que reproduz os Comentários ao art. 10 da Convenção Modelo da OCDE, dizem em seu par. 39:

39. Quando a sociedade controlada distribui efetivamente dividendos, as disposições convencionais relativas aos dividendos são normalmente aplicáveis, dado tratar-se de rendimentos com a natureza de dividendos, nos termos da Convenção. O país da sociedade controlada pode, portanto, sujeitar o dividendo a uma retenção na fonte. O país da residência do acionista aplicará os métodos normais para evitar a dupla tributação (concedendo um crédito de imposto ou uma isenção). Assim, a retenção na fonte sobre os dividendos daria direito a um crédito de imposto no país do acionista, mesmo que os lucros distribuídos (dividendos) tivessem sido tributados anos atrás por força das disposições relativas às sociedades estrangeiras controladas ou de outras disposições com idênticos efeitos.<sup>31</sup> É, porém, duvidoso, que a Convenção obrigue a proceder desse modo, neste caso. A maior parte das vezes, o dividendo nessa qualidade fica isento de imposto (por já ter sido tributado por força da legislação ou das regras em causa), podendo dizer-se que a concessão de um crédito de imposto não tem fundamentação. Por outro lado, se fosse possível evitar a concessão de créditos de imposto mediante a simples tributação antecipada do dividendo, em virtude de uma disposição visando impedir a evasão fiscal, tal facto iria contrariar o objetivo da Convenção. O princípio geral atrás enunciado aconselharia a concessão do crédito de imposto, cujas modalidades dependeriam no entanto dos aspectos técnicos deste tipo de disposições ou de regras e dos regimes de imputação dos impostos estrangeiros no imposto nacional, bem como das circunstâncias específicas do caso particular (prazo decorrido desde a tributação do dividendo presumido, por exemplo). Todavia, os contribuintes que recorrem a sistemas artificiais assumem riscos contra os quais não podem ser inteiramente protegidos pelas autoridades fiscais.<sup>32</sup> (Negritou-se).

O recorrente suscita também contrariedade aos arts. 18 e 31 da CVDT, alegando contrariedade à finalidade e à boa fé. Com a devida vênia, o art. 18 (Obrigação de

<sup>31</sup> Nota nossa ao comentário: está a referir-se às normas CFC.

32 39. Where dividends are actually distributed by the base company, the provisions of a bilateral convention regarding dividends have to be applied in the normal way because there is dividend income within the meaning of the convention. Thus, the country of the base company may subject the dividend to a withholding tax. The country of residence of the shareholder will apply the normal methods for the elimination of double taxation (i.e. tax credit or tax exemption is granted). This implies that the withholding tax on the dividend should be credited in the shareholder's country of residence, even if the distributed profit (the dividend) has been taxed years before under controlled foreign companies legislation or other rules with similar effect. However, the obligation to give credit in that case remains doubtful. Generally the dividend as such is exempted from tax (as it was already taxed under the relevant legislation or rules) and one might argue that there is no basis for a tax credit. On the other hand, the purpose of the treaty would be frustrated if the crediting of taxes could be avoided by simply anticipating the dividend taxation under counteracting legislation. The general principle set out above would suggest that the credit should be granted, though the details may depend on the technicalities of the relevant legislation or rules) and the system for crediting foreign taxes against domestic tax, as well as on the particularities of the case (e.g. time lapsed since the taxation of the "deemed dividend"). However, taxpayers who have recourse to artificial arrangements are taking risks against which they cannot fully be safeguarded by tax authorities. UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York: UN, p. 189 (Disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)) Tradução do texto adaptada de OCDE. **Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o Patrimônio**. Versão Condensada. CEF/DGI/MF-Portugal/Coimbra: Almedina, 2005, p. 242-243. (Negritou-se).

Não Frustrar o Objeto e Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor) em nada se aplica ao caso presente visto que a Convenção Brasil-Holanda de há muito está em vigor (1991), e o dispositivo da CVDT remete a questões relacionadas a fatos antes da entrada em vigor de um tratado (os fatos do processo são de 2007), além do que a CVDT só entrou em vigor para Brasil em 2009. Com relação ao art. 31 (Regra Geral de Interpretação), quando o Acordo foi firmado, o Brasil não tinha norma CFC, e após sua introdução (1996), e pelos desenvolvimentos posteriores, e considerando a maioria da doutrina internacional e as decisões dos tribunais nos diversos países pela não afetação do art. 7º às normas CFC, não, há também, violação da boa fé. Por conseguinte, não procede o argumento de violação das normas da CVDT. Entende-se que, considerando o contexto, objetivo e a finalidade do tratado a não afetação da norma CFC pelo art. 7º coaduna-se perfeitamente, conforme os argumentos já elencados (o tema será tratado mais especificamente adiante).

Nos itens 79 a 84 o recorrente cita os comentários à Convenção Modelo da OCDE como suporte do argumento e novamente tenta desqualificar a norma brasileira como não sendo uma norma CFC. Não há que se concordar com isso. Veja-se que as diversas normas CFC existentes nos diversos países tem diversos contornos, sendo que algumas só tributam rendas passivas, outras tributam rendas passivas e ativas (embora algumas dessas possam ser excluídas) (e.g., China, França e Nova Zelândia), outras tributam também as rendas ativas a depender do percentual em relação às rendas passivas (e.g., Turquia) - não podendo, portanto este ser um critério de distinção. O conceito do que é uma empresa sujeita ao regime de norma CFC varia muito, dependendo do percentual de participação (e.g., na Nova Zelândia é 10%) e de outros fatores. Alguns países tem “listas negras” às quais se aplicam as normas CFC, outros tem “listas brancas” aos quais não se aplica, outros não tem lista nenhuma para efeito de aplicação da norma CFC. Alguns países tributam, via norma CFC, expressamente como distribuição presumida de dividendos, outros tem normas com estrutura semelhante à brasileira. Também o critério de definição do que é uma empresa controlada no exterior (CFC) para efeito de aplicação das normas típicas varia muito de país para país; alguns focam em evasão tributária, outros países tem normas de escopo mais amplo. Em suma, não há um padrão, e não há definição consensual do que seja uma norma CFC. Há apenas um ponto comum nas normas CFC: evitar o adiamento da tributação por tempo indefinido (*anti-deferral*) – e este requisito a norma brasileira cumpre. Mesmo a imputação de que a norma brasileira é genérica não se lhe aplica, visto que nos casos de investimento não relevante (critério que pode ser diferente em outro país), a tributação só se dá na distribuição dos dividendos. O fato da norma CFC brasileira ser uma norma “forte”, visando coibir práticas elisivas agressivas de uma forma mais estrita, não retira dela a natureza de norma CFC (aspectos que foram mitigados pelo novo tratamento do tema pela Lei 12.973/2014).

Assim, está correto o Acórdão recorrido quando diz (fl. 2.118):

*Relativamente à crítica pelo uso de uma legislação CFC, quando, no entender da recorrente PETROBRAS, a PNBV reúne condições para gozar da proteção do tratado, vale dizer que o fato da legislação brasileira ser de maior amplitude antielisiva não lhe inviabiliza.*

*O país goza de soberania e pode dispor de sua competência legislativa, independentemente do que prescrevem as legislações CFC de outras nações ou mesma a própria OCDE, da qual, inclusive, o Brasil não faz parte.*

No que diz respeito aos comentários da OCDE e conceito de norma CFC, incluindo o seu conceito, cumpre trazer à citação o que dispõe o par. 23 dos Comentários ao art. 1º da Convenção Modelo da OCDE (parágrafo introduzido em 1992, com alterações, permanece na atualização de 2014, redação abaixo de 2003), também reproduzido e endossado nos Comentários ao art. 1º da Convenção Modelo da ONU, conforme abaixo:

23. A utilização de sociedades de base também pode ser tratada por meio de disposições sobre sociedades estrangeiras controladas. Um número significativo de países membros e não-membros já adotaram tal legislação. Apesar do modelo deste tipo de legislação variar consideravelmente entre os países, uma característica comum dessas regras, que são agora reconhecidas internacionalmente como um instrumento legítimo para proteger a base tributária nacional, e fazem com que um Estado Contratante tribute seus residentes pelo rendimento atribuível a sua participação destes em determinadas entidades estrangeiras. Algumas vezes tem sido argumentado, com base em uma determinada interpretação de disposições da Convenção, tais como o parágrafo 1º do Artigo 7º e o parágrafo 5º do Artigo 10, que esta característica comum da legislação sobre sociedades estrangeiras controladas conflitaria com essas disposições. Pelas razões explicadas nos parágrafos 14 do Comentário ao Artigo 7º e parágrafo 37 do Comentário ao Artigo 10, essa interpretação não está em conformidade com o texto das disposições. Essa interpretação também não se sustenta quando estas disposições são lidas em seu contexto. **Desse modo, embora alguns países tenham achado útil esclarecer expressamente, em suas convenções, que a legislação sobre sociedades estrangeiras controladas não conflita com a Convenção, tal esclarecimento não é necessário. Reconhece-se que a legislação sobre sociedades estrangeiras controladas estruturada dessa forma não é contrária às disposições da Convenção**<sup>33</sup> (Negritou-se).

Ademais, o par. 26 dos Comentários da OCDE, citado pelo recorrente não é mencionado ou reproduzido na Convenção Modelo da ONU (organização da qual o Brasil faz parte), e mesmo o citado par. 26, não dá uma definição de norma CFC, mas tece recomendações, “as a general rule”. Claro está que o escopo das normas CFC é mais amplo que o alegado pelo recorrente e que as convenções modelo da OCDE e ONU estabelecem elas próprias que essas normas são compatíveis com os acordos de dupla tributação. O que corrobora a decisão recorrida.

Adiante, nos itens 84 a 87 do recurso, o recorrente menciona julgados do STF (ADIn 2.558) e do STJ (REsp. 1.325.709), como suporte ao argumento de que não se trata de norma CFC, mas veja-se que o STF confirmou que é tributável o lucro atribuível no Brasil em relação às controladas (caso dos presentes autos, ou seja, independentemente da Holanda ser jurisdição favorecida, o que importa é que se trata de controlada no exterior), e o STJ só discutiu a aplicação dos tratados, entendendo portanto aplicável a norma CFC brasileira. (Voltaremos a essa decisão do STJ adiante.)

<sup>33</sup> 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. UN. **United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York, 24/08/2001 UN, p. 69-70 (disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)).

Segue no item 88 em diante afirmando que, também com base em argumento histórico, a incompatibilidade ao art. 7º da Convenção e citando caso Schneider (jurisprudência estrangeira). Há que se dizer que o caso Schneider (França, de 2002) é dissonante e tem particularidades em virtude de especificidades da legislação CFC francesa, que estava em discussão, e assim tem um grau de comparabilidade extremamente limitado em relação à situação brasileira, não servindo de paradigma, mesmo porque a França tributa a renda da PJ em bases territoriais. Por outro lado, como já dito, há diversos julgados ao redor do mundo dão pela não afetação da norma CFC em face acordos de dupla tributação.

Em respeito aos itens 88 a 123 (a numeração do recurso salta de 90 para 121, fls. 2.167-2.169), não é correto dizer que apenas a partir de 2003 se passou a considerar as normas CFC compatíveis com os tratados. Na verdade, desde o seu surgimento elas são compatíveis com os tratados, basta ver o citado par. 23 dos comentários ao art. 1º que vem de longa data, e veja-se o que diz o texto do referido par. 10.1 (referente à atualização dos comentários à Convenção Modelo da OCDE de 2003, reproduzido nas atualizações até 2014, com pequenas modificações), e corroborado na Convenção Modelo da ONU, como segue:

*10.1 O número 1 tem como propósito definir os limites ao direito de um Estado Contratante tributar os lucros realizados na sua atividade por empresas residentes do outro Estado Contratante. Em contrapartida, este número não restringe o direito de um Estado Contratante tributar os seus próprios residentes nos termos das disposições relativas às sociedades estrangeiras controladas, constantes da sua legislação interna, ainda que o imposto desse aplicado a esses residentes possa ser calculado em função da parte de lucro de uma empresa residente em outro Estado Contratante, imputável à participação desses residentes na referida empresa. O imposto deste modo aplicado por um Estado aos seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado, pelo que não se pode considerar que o mesmo incide sobre tais lucros (ver também o parágrafo 23 dos Comentários ao Artigo 1.º e os parágrafos 37 a 39 dos Comentários ao Artigo 10º).<sup>34</sup> (Negritou-se).*

O fato de que apenas a partir de 2003 o texto do parágrafo 10.1 dos Comentários ao art. 7 passou a constar dos comentários da Convenção Modelo da OCDE, e da ONU a partir de 2011, apenas reflete a consolidação deste entendimento.<sup>35</sup> É verdade que apenas uns poucos países não concordam expressamente com isto e são citados pelo recorrente: Bélgica (cuja reserva foi transcrita no texto do recurso especial), Irlanda, Luxemburgo e Holanda (**4 dentre os 30 membros da OCDE à época, i.e., menos que 14% dos seus membros, sendo que desses, dois têm notórios regimes privilegiados de tributação**). Contudo, ao contrário do que sustenta o recorrente apenas os três primeiros fizeram reservas

<sup>34</sup> No original em inglês: 13. The purpose of paragraph 1 is to provide limits to the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises [that are residents] 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). UN. **United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, p. 144 (Disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)) Tradução do texto adaptada de OCDE. **Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o Patrimônio**. Versão Condensada. CEF/DGI/MF-Portugal. Coimbra: Almedina, 2005, fl. 179-180.

<sup>35</sup> O relatório da OCDE sobre o tema, publicado após os estudos da Organização, data de 1987 (OECD. **Double Taxation Convention and the Use of Base Companies**. Paris: OECD, 1987.)

aos comentários constantes do parágrafo 10.1. do art. 7º - a Holanda não tem reserva no art. 7º ou seus comentários. A bem da verdade, a Holanda faz uma restrição aos comentários do art. 1º a Convenção Modelo da OCDE.

Aqui cabe uma distinção importante. Ao que consta o Brasil nunca recebeu uma indicação formal de que a Holanda entende incompatível a aplicação da norma brasileira CFC em face da Convenção Brasil-Holanda. Assim, como o Brasil não é membro da OCDE, a restrição posta pela Holanda em um documento da OCDE, diz respeito somente aos países membros da OCDE. Na Convenção Modelo da ONU (organização da qual ambos países são membros) não consta manifestação da Holanda neste sentido, o que é relevante pois os dispositivos do art. 7º são semelhantes. Não se pode tomar deliberações unilaterais constantes em documento de organização internacional de que o Brasil não faça parte como fonte de direito, este tipo de registro nem sequer pode ser entendido como *soft law*. E ainda que fosse, em matéria tributária este tipo de *soft law* não se presta a ser fonte imediata de direito. Assim, essas alegações do recorrente não tem o condão de alterar o acórdão recorrido.

No item 123 do seu recurso o recorrente suscita novamente a CVDT, remetendo aos seus arts. 26 (*pacta sunt servanda*) e 31 (Regra Geral de Interpretação). A questão é que no momento em que a Convenção Brasil-Holanda foi firmada não havia norma brasileira CFC, na verdade naquele tempo a tributação brasileira em relação às empresas era territorial. Porém, àquela época diversos países já adotavam normas CFC, ou seja, era uma metodologia de norma anti-elisiva já amplamente conhecida, especialmente nos países desenvolvidos, com inúmeras empresas multinacionais neles sediadas. A Holanda não optou por adicionar nenhum dispositivo específico à época, e nem quando optou por fazer uma reserva aos comentários do art. 1º da Convenção Modelo da OCDE, já em 2003. Ocorre que nestas circunstâncias não se pode invocar o art. 31 da DCT, isto porque as condições legais foram alteradas (à época em que a Convenção foi firmada o Brasil não tributava as empresas em bases universais, nem existia norma CFC), e à míngua de uma ressalva expressa, deve ser aplicada uma interpretação consensual, i.e., de que a Convenção não obstaculiza a aplicação da norma CFC brasileira (é o que consta dos comentários tanto da Convenção Modelo da ONU quando da OCDE, conforme já visto). E, também, de acordo com o art. 32 da CVDT (este dispositivo não foi mencionado pelo recorrente), que em sua alínea “b” dispõe que se deve afastar a interpretação que conduza a um resultado que seja “manifestamente absurdo ou desarrazoado” – o que é o caso, pois a interpretação do recorrente reduz o regime de tributação brasileira ao sistema territorial – o que não é objetivo da Convenção, mas, sim, a diminuição ou eliminação da dupla tributação – o que permanece intacto por força da incidência do art. 23, par. 5º, da Convenção Brasil-Holanda (que, como se viu, se coaduna com a metodologia da IN SRF 213/2002).

Ademais, com a introdução da norma CFC, a expressão “lucros considerados disponibilizados” contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, há que ser interpretada e definida. Como não está definida na Convenção Brasil-Holanda, busca-se o que dispõe seu art. 3º, par. 2 que diz: “2. Para a aplicação desta Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que nela não esteja definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado, relativamente aos impostos aos quais se aplica a Convenção, a não ser que o contexto imponha interpretação diversa.” Ou seja, em circunstância que tais a própria Convenção remete ao entendimento contido na própria legislação interna. O tratado tem que ser interpretado com um todo, considerando todas as normas pertinentes.<sup>36</sup>

O que reforça o entendimento do Acórdão recorrido no sentido que corretamente decidiu.

Por fim, nos itens 124 e 125 do recurso (encerrando a parte IV), o recorrente produz um argumento a contrario sensu, trazendo à baila a Convenção Brasil-México (Decreto n. 6.000/2006), a qual contém dispositivo expresso permitindo a aplicação das normas CFC (transcreve o dispositivo) (o Acordo com o Peru tem dispositivo semelhante). Contudo, há que se mencionar que há outras Convenções brasileiras em que há norma em sentido contrário, i.e., que prevê expressamente que este tipo de norma não se aplica, a exemplo da Convenção Brasil-Eslováquia (Decreto n. 43/1991), que em seu art. 23, par. 5º veda expressamente a tributação de lucros não distribuídos— e, note-se, por relevante, este Acordo é de 1991 (ainda na época da República Tcheco-Eslováquia, valendo também, por sucessão com a República Tcheca), sendo o correspondente decreto legislativo, DL nº 11, de 23 de maio de 1990, portanto praticamente sete meses antes do acordo com a Holanda (DL nº 60, de 17 de dezembro de 1990), e também anteriormente na Convenção Brasil-Noruega (DL nº 50 de 5 de dezembro de 1981 e Decreto nº 86.710/1981) e na Convenção Brasil-Dinamarca (DL nº 90, de 28 de novembro de 1974 e Decreto nº 75.106/1974). Assim, nem se diga que o tema não estava presente, pois estava. Pode-se inferir claramente que isto só não foi ressalvado no Acordo com a Holanda por intenção das partes contratantes. Ou seja, a presença de dispositivo autorizando ou desautorizando a aplicação de norma CFC, só diz respeito e só surte efeitos em relação àquela convenção específica que traz a ressalva, nada se podendo deduzir daí em relação às outras convenções que são silentes, como é o caso da Convenção Brasil-Holanda.

Feitas essas considerações em face dos argumentos trazidos nesta parte do recurso, entendo que todos os argumentos do recorrente restaram superados, devendo permanecer incólume o foi decidido pelo Ac. recorrido.

Adiante na parte V do recurso, sob o título “ILEGALIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO POR VIOLAÇÃO DO ART. 7º DO TRATADO COM A HOLANDA”, na seção “A” denominada “DERROGAÇÃO DO ART. 74 DA MP Nº 2.158-35/01 PELO ART. 7º DO TRATADO COM A HOLANDA” o recorrente, nos itens 91 a 102 basicamente reitera os mesmos argumentos já expendidos nos itens anteriores, sob uma forma de linguagem diferente, mas com a mesma substância. O que dispensa maiores aprofundamentos, pois todos já foram exaustivamente esgotados. Contudo há um argumento que deve ser enfrentado. É que em virtude do imposto pago no estrangeiro ser crédito do imposto, apenas aparentemente se tributa o montante total. Cálculos aritméticos simples mostram que a metodologia da IN SRF 2013/2002, pelo método da imputação, impede que haja dupla tributação. Se se considerasse o valor líquido (como sugere o recorrente) e esse valor fosse tributado no Brasil como se fosse efetivamente uma distribuição presumida de dividendos, a tributação seria maior, e neste caso sempre haveria tributação, independentemente da alíquota no outro estado. Outro argumento incorreto é quando, no item 96 do recurso, o recorrente afirma que a PNBV sendo uma controlada com personalidade jurídica própria pode fazer o que quiser. Não, não pode. Ela faz o que a controladora determina, e esta controla as consequências contábeis e fiscais de suas decisões. Por outro lado, há, sim, disponibilidade jurídica, como já sobejamente explicitado anteriormente, tanto é que a controladora pode ter o lucro distribuído aqui no Brasil, conforme demonstra o C. Alberto Pinto em seu voto no Acórdão recorrido em trecho abaixo transcrito (fls. 2.127) (a legislação referida estava em vigor à época dos fatos geradores):

*14. Verificado quando se deve aplicar o MEP, cabe agora analisarmos a mais importante consequência da sua aplicação, qual seja, o reconhecimento pela investidora dos lucros da investida ao mesmo tempo em que são produzidos, independentemente de terem sido distribuídos. Com isso, antes mesmo de serem recebidos, os lucros das investidas avaliadas pelo MEP já representam um acréscimo patrimonial na investidora, pois, como bem ensina Modesto Carvalhosa*

(in Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 4 – tomo II, ed. Saraiva, pág. 50):

“Há assim um registro concomitante do resultado na ‘sociedade filha’ e na ‘sociedade mãe’. Daí dizer que a investidora apropria, com a equivalência patrimonial, o resultado derivado de seus investimentos nas sociedades investidas **por regime de competência, e não por caixa, quando distribuído**”. [grifo nosso]

15. Além disso, os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, antes mesmo de serem efetivamente recebidos, podem ser distribuídos pela investidora aos seus acionistas (ou sócios), já que a maneira de evitar tal distribuição que seria pela constituição de uma reserva de lucros a realizar é uma mera faculdade da empresa, se não vejamos como dispõe o art. 197 da Lei nº 6.404, de 1976, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001:

Art. 197. No exercício em que o montante do dividendo obrigatório, calculado nos termos do estatuto ou do art. 202, ultrapassar a parcela realizada do lucro líquido do exercício, a assembleia-geral **poderá**, por proposta dos órgãos de administração, destinar o excesso à constituição de reserva de lucros a realizar.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, considera-se realizada a parcela do lucro líquido do exercício que exceder da soma dos seguintes valores:

**I- o resultado líquido positivo da equivalência patrimonial (artigo 248);**

**II o lucro, ganho ou rendimento em operações cujo prazo de realização financeira ocorra após o término do exercício social seguinte.**

§ 2º [...]

16. Dessa forma, caso a investidora não constitua reserva de lucros a realizar (o que poderá fazer, já que a formação de tal reserva é uma mera faculdade e, não, uma obrigação), o percentual de dividendos distribuídos poderá incidir sobre a parcela do seu resultado gerada por lucros ainda não distribuídos de investidas avaliadas pela equivalência patrimonial. Isso se deve ao fato de que a Lei das S/A adota o regime de competência, de tal sorte que, mesmo não tendo sido recebido os lucros das investidas (ou seja, de não ter sido financeiramente realizado), eles compõem o resultado da investidora, passível de distribuição aos acionistas (ou sócios). (Grifos e negritos no original).

E por fim, no item 102 do recurso especial, recorrente argui que o tratamento dado pela legislação brasileira equivale à descon sideração da personalidade jurídica. Este entendimento vai frontalmente de encontro à literalidade da lei, que não descon sidera a forma como a outra empresa foi constituída no outro estado. Pelo contrário, o tributo incide sobre o reflexo positivo no patrimônio da controladora brasileira dos resultados obtidos pela controlada (sem descaracterizá-la como tal, não há nada na legislação tributária que possa sugerir tal coisa). Neste aspecto há que se concordar totalmente com os argumentos expostos no acórdão recorrido (fls. 2.117-2.118) e nas contrarrazões da Fazenda (fls. 2.332-2.333), como segue:

*O segundo ponto que precisa ser esclarecido é que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, constitui apenas uma técnica de tributação. Significa dizer que o propósito dessa norma CFC não é descon siderar a personalidade jurídica da controlada ou coligada situada no exterior, mas apenas incluir na apuração do tributo devido pela empresa residente no Brasil os resultados obtidos por intermédio da subsidiária estrangeira. Tanto é assim que o caput do referido art. 74 traz somente a definição do momento da disponibilização dos lucros auferidos no exterior para a controladora ou coligada no Brasil. A percepção dessa realidade é fundamental para entender o exato conteúdo da norma, qual seja: trata-se de uma regra que permite fixar um marco para a disponibilização de lucros e, com isso, sua inclusão na apuração do IRPJ e da CSLL da controladora ou coligada residente no Brasil. Esse é o núcleo da norma e é a partir dele que devem ser extraídos os efeitos tributários.*

*Essa interpretação feita acima sobre o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, é bom frisar, coaduna-se com todo o cenário delineado até aqui, a saber: a) a natureza CFC da norma, com sua peculiaridade intrínseca de reconhecer a personalidade jurídica distinta da controladora residente no país e da controlada situada no exterior; b) a sua finalidade de implementar a tributação universal da renda das pessoas jurídicas residentes no Brasil – o que corrobora a tese de que o objeto da norma é tributar o lucro do contribuinte residente no país, mesmo que para isso tenha-se como parâmetro a sua participação nos resultados obtidos pelas suas controladas ou coligadas residentes no exterior; c) a noção de transparência fiscal e a utilização da norma como um instrumento para evitar o diferimento indeterminado da tributação das rendas auferidas no exterior por intermédio de empresas controladas ou coligadas – daí o porquê da estipulação do momento em que se consideram disponibilizados os lucros para a empresa residente no Brasil. Diante disso, pode-se afirmar que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, nunca teve por objetivo tributar o lucro de pessoas jurídicas residentes em outros países. (negritos e sublinhados no original)*

Na seção B da parte V do recurso especial denominada “APLICAÇÃO DO ART. 7º DOS TRATADOS PELA JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ”, itens 102 a 111 do recurso, o recorrente tece loas e reforça os argumentos de quatro acórdãos do CARF (dois deles paradigmas do especial), e uma decisão de 1ª instância. Na verdade os argumentos desses acórdãos não diferem muito dos argumentos do recorrente.

Os acórdãos do CARF citados pelo recorrente são: 1103-001.122, 101-95.802, 101-97.070 e 101-97.031 (sendo os três últimos da mesma 1ª Câmara do antigo Conselho de Contribuintes, proferidos há mais de sete anos). Há que se ressaltar, também, que nenhum deles foi unânime. Ademais no Ac. 101-97.070 foi afastada a incidência do acordo com a Argentina, e no ac. 101-97.031, foi considerada uma data de distribuição ficta em que não mais estava em vigor o tratado Brasil-Portugal e o acórdão manteve a tributação, ou seja, mesmos esses dois últimos julgados não se prestam a demonstrar o que entende o recorrente.

Por outro lado, há também recente jurisprudência do CARF em sentido contrário à pretensão do recorrente, i.e., dando pela tributação por via da norma brasileira CFC (especialmente o art. 74 da MP Nº 2.158-35/2001 em que a empresa controlada esteja em país signatário de acordo de dupla tributação). Cita-se, além do próprio acórdão recorrido, por exemplo, os Acórdãos CARF, de diversas turmas, ns. 1401-001.619 (decidido em 04 de maio de 2016), 1401-001.526 (decidido em 02 de fevereiro de 2016), 1302-001.629 (decidido em 03 de fevereiro de 2015), 1301-001.651 (decidido em 23 de setembro de 2014), 1201-001.024 (decidido em 06 de maio de 2014), 1402-00.391 (decidido em 27 de janeiro de 2011) com ementas e trechos destacados a seguir:

**Acórdão n. 1401-001.619**

**Ementa:** ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ

**Ano-calendário:** 2008, 2009, 2010

**LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. CONTROLADA. MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. CABIMENTO.** Não se trata aqui de tributação de lucros auferidos pela Recorrente no exterior, mas de repercussão dos lucros auferidos pela sua controlada e apurado por meio do Método de Equivalência Patrimonial. Exige-se IRPJ e CSLL sobre a equivalência patrimonial obtida a partir do resultado gerado em Luxemburgo pela equivalência patrimonial gerada pelo resultado em Portugal. O STF julgou inconstitucional apenas a aplicação do MEP no caso de coligadas não estabelecidas em paraíso fiscal. Deve ser, portanto, mantido o Acórdão da DRJ.

Documento assinado digitalmente conforme a MP nº 2.200-2 de 2001, com alterações

Autenticado digitalmente em 13/07/2016 por MOEMA NOGUEIRA SOUZA, Assinado digitalmente em 13/07/2016

por LUIS FLAVIO NETO, Assinado digitalmente em 13/07/2016 por MARCOS AURELIO PEREIRA VALADAO, Assin

ado digitalmente em 14/07/2016 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO

Impresso em 14/07/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Excerto da Ementa do Acórdão da DRJ referente ao Ac. acima:

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

*Ano-calendário: 2008, 2009, 2010*

*LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. CONTROLADAS. TRATADO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO. ART. 74 DA MP Nº 2.158 35/2001. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. A tributação no Brasil dos lucros auferidos no exterior não viola os tratados de bitributação celebrados pelo Brasil com base na Convenção Modelo da OCDE.*

Excerto do voto condutor (Conselheiro Marcos de Aguiar Villas-Bôas):

*Não houve, portanto, tributação direta dos lucros da Usiminas Portugal na Usiminas International, mas a tributação dos resultados de equivalência patrimonial na Recorrente causados pela sua controlada direta Usiminas International, que, por sua vez, teve ganhos por equivalência patrimonial quando a Usiminas Portugal auferiu lucros.[...]*

*Trata-se aqui de norma de transparência fiscal internacional, que possibilita combater a enorme evasão fiscal que vinha se dando pelo uso de planejamentos abusivos com empresas estrangeiras.*

*A norma aplicável ao caso evita que a tributação de empresas intituladas como Controlled Foreign Corporations (CFC) seja amplamente diferida, como vinha acontecendo.*

*Não se trata de tributar o lucro da empresa estrangeira duas vezes, mas de tributar a repercussão do lucro auferido pela estrangeira na sua controladora aqui no Brasil, o que está previsto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/ 2001, que foi questionado pela Confederação Nacional da Indústrias (CNI) por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), tendo resultado na invalidação da aplicação do dispositivo apenas para o caso de coligadas que não estão estabelecidas em paraísos fiscais.*

**Acórdão n. 1401-001.526 (Controlada na Espanha)**

*Ementa: LUCROS NO EXTERIOR. NATUREZA DA TRIBUTAÇÃO. ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO. COMPATIBILIDADE.*

*Independentemente de sua amplitude, o artigo 74 da MP nº 2.158-35/01 vai ao encontro das regras criadas em vários países em sintonia com o fenômeno da transparência fiscal internacional. Trata-se de normas antielisivas específicas que possuem a finalidade de evitar o diferimento da tributação dos lucros de empresas qualificadas como controlled foreign corporations (CFC). A lei tributa uma renda ficta da própria pessoa jurídica brasileira (a empresa residente). Em outras palavras, ela olha para a empresa residente e, sopesando o fato de que esta possui participação societária em outra empresa que apurou lucro no exterior, assume que há disponibilidade da renda e determina que se tribute como lucro da empresa brasileira um determinado valor estimado com base no lucro apurado pela empresa no exterior. Não se trata de "dividendos presumidos". Por isso, inexistente ofensa aos acordos de bitributação tanto nos dispositivos que tratam de lucros de empresas quanto naqueles que tratam de dividendos.*

Excerto do voto condutor (Conselheiro Ricardo Marozzi Gregorio)

*Independentemente de sua amplitude, que teria ido além do padrão internacional ao alcançar empresas coligadas, lucros auferidos em países sem tributação favorecida e rendas ativas, importa notar que esse artigo 74 vai ao encontro das regras criadas em vários países em sintonia com o fenômeno da transparência fiscal internacional. Trata-se de normas antielisivas específicas que possuem a finalidade de evitar o diferimento da tributação dos lucros de empresas qualificadas como controlled foreign corporations (CFC).*

*Impõe-se, então, compreender a sistemática adotada por esses comandos legais. Nesse sentido, é de se observar que a lei não teria eficácia se quisesse tributar diretamente os lucros de uma empresa não residente. Isso porque não há conexão (residência ou fonte) capaz de dar efetividade à jurisdição tributária brasileira. O que a lei faz é tributar uma renda ficta da própria pessoa jurídica brasileira (a empresa residente). Em outras palavras, ela olha para a empresa residente e, sopesando o fato de que esta possui participação societária em outra empresa que apurou lucro no exterior, assume que há disponibilidade da renda e determina que se tribute como lucro da empresa brasileira um determinado valor estimado com base no lucro apurado pela empresa no exterior. (NR omitidas).*

**Acórdão n. 1302-001.629** (controlada na Holanda)

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

**Ano- calendário: 2007**

**EMENTA:**

...

**NORMA ANTIELISIVA GERAL. QUALIFICAÇÃO INDEVIDA.**

*Ou se entende que o art. 74 da MP 2.15835/01 é apenas uma norma que altera o aspecto temporal da hipótese de incidência tributária (o reconhecimento das receitas de participação nos lucros de investidas no exterior deixa de ser pelo regime de caixa e passa a ser pelo regime de competência) ou que ela é uma norma antielisiva específica (norma CFC que visa impedir o represamento de lucros de investidas no exterior), ou então, as duas coisas. A única qualificação inaceitável para o art. 74 é de norma antielisiva geral, primeiro, porque ela não veio para obstaculizar toda e qualquer elisão fiscal, segundo, porque ela é destinada especificamente para a situação de represamento de lucros no exterior.*

**ART. 7º DO ADT BRASIL-HOLANDA. INAPLICÁVEL.**

*Trata-se de uma empresa domiciliada no Brasil e de suas receitas de participação nos lucros de uma controlada na Holanda, logo, totalmente inaplicável o art. 7º, pois esse dispositivo só vedaria a tributação, pelo Brasil, de lucros aqui auferidos por empresa holandesa sem estabelecimento permanente no território nacional.*

**Acórdão n. 1301-001.651** (controladas em Portugal e Equador)

**Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ**

**Ano-calendário: 2006**

**CONVENÇÕES: BRASIL E PORTUGAL. BRASIL E EQUADOR. AMPLITUDE.** *As Convenções firmadas pelo Brasil com as Repúblicas do Equador e Portuguesa, destinadas a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre rendimentos, não contêm cláusula capaz de impedir a tributação dos lucros auferidos por pessoas jurídicas domiciliadas no território nacional por meio de participações em empresas sediadas no exterior, mas, sim, a tributação, pelo Brasil, dos lucros auferidos pelas próprias empresas sediadas no exterior. A previsão de mecanismo que autoriza a compensação dos impostos pagos, efetiva o objetivo do acordo no sentido de evitar a dupla tributação, ratifica a inexistência de vedação à denominada tributação em bases universais das pessoas jurídicas domiciliadas no país e, por outro lado, invalida a interpretação acolhida na instância julgadora a quo.*

**Excerto do voto condutor (Conselheiro Wilson Guimarães):**

*Isto porque, ao analisar os termos das Convenções firmadas pelo Brasil com a República Portuguesa e com a República do Equador, concluiu pela inexistência de cláusula capaz de impedir a tributação, no país, dos lucros auferidos por pessoas jurídicas aqui domiciliadas de empresas por elas controladas e sediadas nos referidos países (Portugal e Equador).*

*O art. 7º dos referidos Tratados Internacionais, apontado como aquele que contempla a norma impeditiva da tributação dos lucros auferidos por pessoas*

*jurídicas domiciliadas no Brasil por meio de controladas ou coligadas sediadas no exterior, efetivamente não traz comando nesse sentido. A vedação ali estabelecida só seria aplicável caso a legislação tributária brasileira autorizasse a tributação do LUCRO AUFERIDO POR PESSOA JURÍDICA SEDIADA NO EXTERIOR que fosse controlada ou coligada de empresa domiciliada no Brasil.*

*A evidência, não é disso que trata a legislação da denominada TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS.*

*Nela, a previsão de incidência é dirigida para os LUCROS AUFERIDOS PELA PESSOA JURÍDICA DOMICILIADA NO BRASIL por meio de controladas e coligadas sediadas no exterior.*

*A diferença entre as situações é tênue, mas de extrema relevância e justificadora da introdução de normas, inclusive nas CONVENÇÕES referenciadas, que autorizam a compensação do imposto que foi pago no exterior, pois, do ponto de vista estritamente econômico, e não jurídico, o lucro auferido pela controlada ou coligada no exterior, no caso em que a legislação do país em que elas forem sediadas contiverem previsão de tributação da renda, será tributado no país de origem e no Brasil, visto que a legislação tributária brasileira passou a tributar as pessoas jurídicas aqui domiciliadas tanto em relação ao lucro auferido internamente como aquele proveniente de participações em empresas sediadas no exterior.*

**Acórdão n. 1201-001.024 (controlada no Chile)**

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

**Ano-calendário: 2005, 2006**

**EMENTA: TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO.**

*Segundo o artigo 10 da convenção firmada entre o Brasil e o Chile com vistas a evitar a dupla tributação do imposto sobre a renda, os dividendos distribuídos pela empresa controlada no Chile podem ser tributados em sua controladora no Brasil.*

**Acórdão n. 1402-00.391 (controlada na Hungria)**

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

**Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005, 2006**

**IRPJ E CSLL. TRIBUTAÇÃO DE RESULTADOS AUFERIDOS POR MEIO DE CONTROLADA NO EXTERIOR. TRATADO BRASIL-HUNGRIA.**

***A Legislação Tributária Brasileira não estabelece incidência sobre os lucros da controlada estrangeira (o que é vedado pelo Artigo VII), mas sim sobre lucros da investidora brasileira***, isto é, dispõe que o lucro real da contribuinte engloba os lucros disponibilizados por sua controlada, incorporados ao seu patrimônio em função do Método da equivalência Patrimonial - MEP. Logo, ***a tributação recai sobre os lucros da empresa brasileira, o que afasta a aplicação do aludido Artigo VII do Tratado. O art. 74 da MP nº 2.158-35 é uma autêntica regra CFC (regra de tributação de resultados de controladas no exterior)***, compreendida como norma voltada para eliminar o diferimento na tributação dos lucros auferidos no exterior. Não há um "padrão único" de legislação CFC. O ponto comum desse tipo de regra é a tributação dos residentes de um Estado Contratante em relação à renda proveniente de sua participação em empresas estrangeiras. No contexto dos tratados, os dividendos pagos correspondem a lucros distribuídos aos sócios da empresa. Por força da MP nº 2.158-35, os lucros apurados pela controlada no exterior são considerados distribuídos por ficção legal, incorporados ao patrimônio da contribuinte brasileira via MEP. A não incidência tributária dos dividendos restringe-se aos lucros produzidos e tributados no Brasil. (Sublinhados no original, negritou-se).

Ou seja, a jurisprudência do CARF mais recente e predominante é no sentido de não admitir a interferência dos acordos de dupla tributação na aplicação do art. 74 da MP Nº 2.158-35/2001. Convém mencionar que o caso presente é o primeiro a ser decidido pela 1ª T.

da CSRF. Assim, no âmbito do CARF, embora o tema não seja pacífico, há preponderância mais recente pela não aplicação dos acordos de tributação em face da norma CFC brasileira. Jurisprudência que deve seguir neste sentido, no meu entender.

Observe-se que o entendimento que professa pela não incidência do acordo de dupla tributação não decorre da solução de conflito entre norma interna e tratado. No sentido do que já foi exposto, entendo que a norma CFC aplicável ao caso subsiste ao lado da Convenção Brasil-Holanda sem gerar conflito, não são normas que chocam, mas que se complementam. E como não há conflito, não há necessidade de se examinar a incidência do art. 98 do CTN.

Na sequência da seção B da Parte V, itens 112 a 114, o recorrente traz à baila o Ac. do REsp 1.325.709, na tentativa de fazer o entendimento daquele acórdão se aplicar ao presente caso, em que a jurisprudência judicial deu pela aplicação do art. 7º das convenções para afastar a incidência do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 (norma CFC brasileira), em um caso que envolvia tratados celebrados pelo Brasil com a Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo e controladas nesses mesmos países. Com o devido respeito ao entendimento do STJ, entendemos que os fundamentos da decisão referida estão equivocados.

Primeiramente, diga-se que regimentalmente o CARF não está adstrito às decisões do STJ que não sejam aquelas em sede de recurso repetitivo.

A decisão do STJ, consubstanciada no Ac. do REsp 1.325.709, com a devida vênia, parece-me equivocada nos seus fundamentos, conforme exponho sucintamente adiante.

1) Não se trata de hipótese de discutir a aplicação do art. 98 do CTN, simplesmente porque não há aqui conflito de leis no tempo nem sobre a matéria tributável ou sujeição passiva, embora o voto vencedor do Ac. do STJ tenha expandido grande esforço neste sentido. O Min. Relator do REsp concluiu também no sentido de que os tratados internacionais têm a mesma hierarquia das leis complementares (parágrafo 33, pg. 29, do voto vencedor do REsp.), conclusão com a qual não se pode concordar, pois o melhor entendimento é que os tratados tributários se situam, em uma perspectiva hierárquica kelseniana, entre a lei ordinária e a lei complementar, posição a qual defendo há bastante tempo.<sup>37</sup>

2) A decisão se assenta em argumentos que remetem à Convenção Modelo da OCDE. Porém o Brasil não é membro da OCDE. Neste sentido penso que os comentários daquele modelo não podem ser utilizados para este fim, e mesmo porque o Brasil e os outros países envolvidos na disputa são todos membros da ONU e, portanto, os comentários da Convenção Modelo da ONU deveriam ser considerados, conforme fizemos acima, mas não foi sequer mencionada a Convenção Modelo da ONU. Ademais, mesmo considerando os comentários à Convenção Modelo da OCDE, a decisão do STJ ignorou sobrejamente o cotejo do que dispõe o parágrafo 23 dos comentários ao art. 1º, o parágrafo 14 dos comentários ao art. 7º da Convenção Modelo da OCDE (os números de par. referem-se aqui à atualização de 2010) (esses comentários ao art. 1º e ao art. 7º, já foram objeto de consideração aprofundada anteriormente neste meu voto). Essa maneira de tratar o tema pode conduzir a enviesamento da lógica hermenêutica que permeia a matéria.

4) A decisão ignorou as decisões de outros países sobre a matéria, que é de trato internacional, em relação a países membros da OCDE em ambos os lados dos acordos, nos quais majoritariamente tem dado pela não incidência dos tratados a ponto de afastar a aplicação de normas CFC.

<sup>37</sup> Conforme se pode verificar em VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar e Tratados Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 286-295.

5) A decisão analisou a questão da CFC sob a ótica da dupla tributação jurídica, tema coberto pelo art. 7º das convenções. Contudo, a tributação da variação patrimonial positiva ocorrida no Brasil em face de investimentos no exterior, que é o tema das normas CFC diz respeito à dupla tributação econômica, e que não se presta a ser resolvida pela aplicação do art. 7º das convenções, mas pelos arts. 9º (que não se aplica ao caso, pois remete aos preços de transferência) e 23 das convenções; devendo ser considerando que a norma brasileira permite o aproveitamento dos tributos pagos no exterior, em linha com o disposto no art. 23, como método de eliminar a dupla tributação.

Alinhe-se às razões acima as outras razões expendidas no decorrer do meu voto. É bem verdade que os alguns tratados podem trazer especificidades normativas que podem interferir na aplicação da norma CFC brasileira, mas este não foi o fundamento da decisão do STJ.

Os votos que acompanharam o voto do Relator aprofundaram alguns pontos, especialmente em relação à decisão do STF sobre a constitucionalidade parcial do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001. Parece-me correta a decisão recorrida, exarada pelo TRF da 2ª Região e também que o voto vencido do Min. Sérgio Kukina tem correta compreensão do fenômeno jurídico em debate, decidindo por reconhecer a compatibilidade do art. 7º das convenções à norma CFC brasileira.

Adicionalmente, cumpre mencionar trecho do voto do Min. Teori Zavaski, no RE 611.586/PR, julgado com repercussão geral reconhecida, que analisou a incidência do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 e dando pelo afastamento de “qualquer alegação de ofensa a Tratado destinado a evitar dupla tributação”, como segue (fls. 54-55 do ref. Acórdão):

*Esclareça-se que a tributação não está prevista para incidir sobre lucro obtido por empresa situada no exterior, mas, sim, sobre os lucros obtidos por empresa sediada no Brasil, provenientes de fonte situada no exterior. Com isso, afasta-se qualquer alegação de ofensa a Tratado destinado a evitar dupla tributação. Concorre para isso, ademais, a circunstância de que, paralelamente à tributação em bases universais, a Lei instituiu, no art. 26, um sistema de compensação, a saber:*

*“[Transcrição do art. 26]”*

***Registre-se, por fim, ainda sobre a alegada dupla tributação, que o dispositivo aqui impugnado (art. 74 da MP 2.158-35/2001) não criou, nem ampliou tributo algum. O imposto de renda sobre rendimentos obtidos por empresa situada no Brasil, advindos de fonte situada no exterior (tributação em bases universais - TBU) já existe, como referido, desde a Lei 9.249/95. (Negritou-se)***

Em vista desses argumentos, com a devida vênia, entendo que os fundamentos da REsp 1.325.709, dando pela aplicação do art. 7º das convenções de dupla tributação para afastar a incidência da norma CFC brasileira, não são convincentes, e, como já exposto, também por outros fundamentos, chego à conclusão diversa.

Na sequência, o recorrente traz a seção VI- “APLICAÇÃO DO ART. 7º DO TRATADO COM A HOLANDA À CSLL”, itens 115 a 125. Ocorre que em virtude da superveniência da Lei n. 13.202, de 8 de dezembro de 2015, a questão resolveu-se, pois seu art. 11 estendeu a aplicação dos tratados à CSLL, de modo que sob este aspecto a recorrente tem razão. Contudo, no caso presente o que não se aplica é o tratado, de modo a CSLL também incide sobre a base tributável em discussão, pelos mesmos motivos já elencados atinentes ao IRPJ.

Em relação ao extenso e bem elaborado voto do i. Relator deste processo, do qual ousou discordar, penso que todas as razões acima são suficientes para contraditá-lo *in totum*, mas há alguns aspectos específicos em relação às quais cabem algumas observações.

Um aspecto relevante do voto do Relator (fls. 4.526) é que, embora a legislação brasileira não tribute expressamente a distribuição presumida de dividendos<sup>38</sup> (como fazem algumas legislações estrangeiras), o efeito da tributação é exatamente este (de uma distribuição presumida), embora o que se tribute seja o reflexo no patrimônio da controladora. Ocorre que, enquanto o art. 7º não se aplica de forma alguma, o art. 10 da Convenção também não se aplica imediata e diretamente, exatamente porque o art. 10 da Convenção somente se aplica imediatamente nos casos de dividendos efetivamente pagos, contudo o dispositivo pode ser utilizado para efeitos de entendimento de como se dá a incidência da norma CFC, aplicando-se de forma mediata. Assim, embora chegue a uma conclusão correta (não aplicação imediata do art. 10 da Convenção, porque não há dividendo pago), os fundamentos do voto do Relator não me parecem corretos, mesmo porque se depois de alguns anos os dividendos forem efetivamente distribuídos, efetivamente se aplicará o art. 10 da Convenção, com todos os efeitos decorrentes, previstos na Convenção. Assim, se reafirma a possibilidade de tributação desses rendimentos, tanto pelo estado onde se situa a empresa que os distribui quanto pelo estado em que é domiciliada a empresa que os recebe. Neste sentido entendem-se corretas as ponderações contidas nas contrarrazões da PGFN ao analisar a incidência da norma CFC brasileira, utilizando-se de fundamentos com base no art. 10 da Convenção, exceto pelo que sua aplicação é mediata, só sendo eficaz quando efetivamente os dividendos são distribuídos; neste sentido ao analisar os comentários da Convenção Modelo da OCDE ao art. 10, conclui acertadamente (fl. 2.344):

*De acordo com os comentários, os lucros tributados sob a aplicação de norma CFC podem ser considerados “dividendos presumidos” pela legislação do país de residência do investidor. Conclui-se, por inerência, que os lucros auferidos por intermédio da PNBV, e disponibilizados à recorrente nos termos do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, enquadram-se no conceito de dividendos presumidos, o que atrai a incidência do Artigo 10 do Tratado Brasil-Holanda.*

Com a ressalva, novamente necessária, de que incidência do art. 10, no caso presente, só se dá quando efetivamente forem distribuídos os dividendos, devendo as adequações correspondentes serem realizadas, no caso de pagamento de tributos na fonte. Reitere-se que o efeito da norma brasileira é o mesmo da tributação de distribuição presumida de dividendos (os dividendos não são presumidos, mas sua distribuição), embora a tributação não se realize por esta via.

Destaque-se que o i. Relator tece uma extensa argumentação em torno do termo “pagos” no sentido de que só poderia ser tributado se o lucro fosse distribuído como dividendo e quando fosse distribuindo. Ocorre que se o dividendo for pago a tributação é normal e não ocorre incidência de norma CFC sobre os dividendos realmente pagos, aplicando-se imediatamente o art. 10 da Convenção – mas não é isto que se discute aqui.

O outro argumento do i. Relator, de que deveria ser aplicado no caso o art. 31 (3) “b” da CVDT, a decisão da corte holandesa referindo-se a uma questão sobre juros, quando atribuiu ao caso de juros a possibilidade de tributação somente se efetivamente pagos, seria extensível ao caso presente, não é razoável. Isto porque a forma da tributação dos juros é completamente diferente da forma da tributação dos lucros por meio de norma CFC, como é

<sup>38</sup> Embora haja na doutrina brasileira quem entenda neste sentido, e.g., BIANCO, João Francisco. **Transparência fiscal internacional**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 57-58. (também citado nas contrarrazões da Fazenda).

caso presente (e não se discute aqui problemas de qualificação juros, art. 11 das convenções, *vis a vis* qualificação de dividendos, art. 10 das convenções), em que o cerne da discussão gira em torno da incidência ou não do art. 7º. Em suma, não há aqui o paralelismo encontrado pelo i. Relator.

O i. Relator também se utiliza do argumento dos denominados *parallel treaties*, trazendo à baila os Acordos Brasil-Peru e Brasil-México. No que diz respeito aos *parallel treaties* há também uma tentativa de fazer um raciocínio *a contrario sensu*, que, no presente caso, não se aplica, como já demonstrado. Isto porque o mesmo raciocínio pode ser considerado em relação ao Acordo Brasil-Eslováquia (Decreto n. 1º 43/1991), que em seu art. 23, par. 5º, veda expressamente a tributação de lucros não distribuídos. Essas normas existem também no Acordo com a República Tcheca, Noruega e com a Dinamarca. Assim, considerando esses Acordos, sob o raciocínio dos *parallel treaties* se Holanda quisesse que fosse da mesma forma, o dispositivo devia constar também no Acordo com a Holanda. Ou seja, o argumento do i. Relator só leva em conta os acordos que têm normas a favor, mas não menciona os acordos que tem norma contra. Mas o próprio relator concorda que este recurso argumentativo não é absoluto. Digo que neste caso é inapropriado, pois, considerando que dentre os acordos brasileiros alguns tem norma em um sentido e outros tem normas no sentido oposto, não há nada que se possa concluir em relação àqueles que não tem nenhuma norma deste tipo – ou seja, nenhuma ilação hermenêutica pode ser extraída dessas circunstâncias. Assim a interpretação deve ser sempre feita em função do contexto.

Ainda no que diz respeito aos comentários da convenção Modelo da OCDE, embora se tenha utilizado este argumento, de forma a contra argumentar as posições i. Relator e do recorrente (e do Ac. REsp 1.325.709), argumentou-se também com base na Convenção Modelo da ONU. Entende-se que conjecturas acerca da extensão dos efeitos do uso dos comentários da Convenção Modelo da OCDE devem ser entendidas no contexto, especialmente porque o Brasil não é membro da OCDE, e porque o Brasil e as contrapartes (Brasil e Holanda) são membros da ONU, organização que tem, também, uma Convenção Modelo com comentários, os quais guardam algumas diferenças em relação à OCDE (especialmente a preservação da tributação na fonte em face do domicílio). Por outro lado, muitas das modificações dos comentários da convenção Modelo da OCDE, referidas pelo i. Relator, como pós Convenção Brasil-Holanda (de 1991), tinham suas ideias latentes anteriormente às alterações mencionadas<sup>39</sup> e, pelo fato de não estarem contempladas nos comentários em si, não torna possível inferir-se que não faziam parte do ambiente da tributação internacional, mesmo porque, no que diz respeito às normas CFC, elas são utilizadas desde a década de 1960. O que não se pode admitir é que se use os comentários da Convenção Modelo a OCDE para deduzir conclusões a favor de um ponto de vista, mas que não se os aceite quando o ponto de vista é contrário.

### Conclusão

Desta forma, com base nas razões acima, pode-se concluir de forma incontornável o seguinte:

A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 é norma que visa evitar o diferimento eterno do pagamento do IRPJ decorrente dos ganhos de atividades no estrangeiro das empresas brasileiras, enquadrando-se no conceito de legislação de controladas no exterior (*Controlled Foreign Corporations* – CFC).

<sup>39</sup> Conforme já mencionado, o relatório da OCDE sobre o tema, publicado após os estudos da Organização data de 1987 (OECD, **Double Taxation Convention and the Use of Base Companies**, op. cit.)

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a cobrança do IPRJ nessa modalidade, inferindo-se, portanto, sua adequação ao que é preconizado pelo art. 43 do CTN, embora tenha concluído por haver restrições no caso das coligadas no exterior – matéria estranha ao presente processo.

A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 não incide sobre o lucro da entidade estrangeira sobre o controle da entidade brasileira, mas sobre o seu reflexo no patrimônio da entidade brasileira, auferível pelo MEP e, por conseguinte, não há que se cogitar de aplicação do art. 7º das convenções modelo da OCDE ou da ONU.

A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, ainda que considerada como incidente sobre a distribuição presumida de dividendos, o que afastaria de pronto a do art. 7º das convenções modelo da OCDE ou da ONU, afasta também a incidência imediata do art. 10 daquelas convenções visto que o art. 10 só se aplica aos dividendos efetivamente distribuídos – o que não é o caso.

Como a Convenção de Dupla Tributação Brasil-Holanda não traz norma específica relativa à situação prevista na norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, e não há como fazer incidir no caso o art. 7º ou o art. 10 do referido Acordo, pelas razões já expostas, conclui-se que não há conflito entre a norma interna e a Convenção Brasil-Holanda, sendo inapropriada qualquer alegação no sentido de violação do que dispõe o art. 98 do CTN (norma de resolução de conflitos)

À vista dessas conclusões, com o devido respeito às posições contrárias, ficam afastados inelutavelmente os argumentos do recorrente e do voto do i. Relator, confirmando-se as conclusões do Ac. recorrido, pelo que nego provimento ao recuso especial do contribuinte em relação ao IRPJ.

Como já exposto, desnecessário discutir aqui se o tratado abrange também a CSLL, tendo em vista o que dispõe o art. 11 da Lei n. 13.202, de 8 de dezembro de 2015. Assim, embora se entenda que os tratados abrangem também a CSLL, no caso presente o que não se aplica é o Convenção Brasil-Holanda, por conseguinte mantém-se a decorrência do lançamento em relação à CSLL.

**Isto posto, nego provimento ao recurso especial do contribuinte.**

*(Assinado digitalmente)*

Marcos Aurélio Pereira Valadão