



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo n° 16327.000530/2005-28
Recurso n° 148.710 De Ofício e Voluntário
Matéria IRPJ- Ano-calendário :2002
Acórdão n° 101-97.070
Sessão de 17 de dezembro de 2008
Recorrentes 2ª. TURMA DA DRJ EM BRASÍLIA - DF
EAGLE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS S.A

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

Ano-calendário: 2002

NULIDADE- Erros na apuração do crédito, se restarem provados, poderão acarretar o provimento total ou parcial do recurso, não implicando nulidade do lançamento.

LUCROS AUFERIDOS POR INTERMÉDIO DE COLIGADAS E CONTROLADAS NO EXTERIOR- Na vigência das Leis 9.249/95 e Lei 9.532/97 o fato gerador era representado pelo pagamento ou crédito (conforme definido na IN 38/96 e na ei n° 9.532/97), e o que se tributavam eram os dividendos. A partir da MP 2.158-35/2001, a tributação independe de pagamento ou crédito (ainda que presumidos), passando a incidir sobre os lucros apurados, e não mais sobre dividendos.

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 n° 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.

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE CONTROLADAS INDIRETAS- Para fins de aplicação do art. 74 da MP n° 2.158-35, os resultados de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira, e sua tributação no Brasil não se submete às regras do tratado internacional firmado com o país de residência da controlada direta, mormente quando esses resultados não foram produzidos em operações realizadas no país de residência da controlada, evidenciando o planejamento fiscal para não tributá-los no Brasil.

VARIAÇÃO CAMBIAL - Tendo em vista as razões contidas na da mensagem de veto ao artigo 46 do projeto de conversão da MP 135/03, a variação cambial de investimento no exterior não constitui nem despesa dedutível nem receita tributável, indicando necessidade de lei expressa nesse sentido.

LANÇAMENTO DECORRENTE - CSLL - O decidido para o lançamento de IRPJ estende-se ao lançamento que com ele compartilha o mesmo fundamento factual, quando não há razão de ordem jurídica para lhe conferir julgamento diverso.

JUROS DE MORA-A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Súmula 1º CC nº 4)

JUROS SOBRE MULTA- Em relação a fatos geradores ocorridos antes de 1º de janeiro de 1997, só há dispositivo legal autorizando a cobrança de juros de mora à taxa SELIC sobre a multa no caso de lançamento de multa isolada, não porém quando ocorrer a formalização da exigência do tributo acrescida da multa proporcional. Nesse caso, só podem incidir juros de mora à taxa de 1%, a partir do trigésimo dia da ciência do auto de infração, conforme previsto no § 1º do art. 161 do CTN

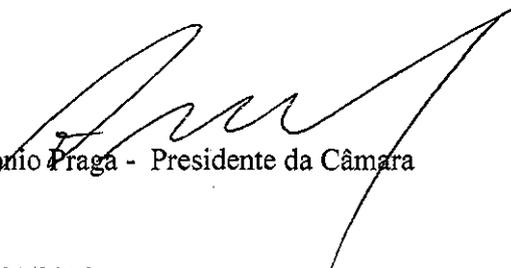
Recurso de ofício provido.

Recurso Voluntário provimento em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, 1) Por unanimidade de votos REJEITAR as preliminares trazidas no recurso voluntário; 2) Por maioria de votos, REJEITAR a proposição suscitada pelo Conselheiro Alexandre da Fonte Filho, no sentido de que o art. 74 da MP 2.158/2001 não se aplica às controladas indiretas; vencido também nessa questão o conselheiro Jose Sergio Gomes. 3) Por maioria de votos, REJEITAR a proposição também suscitada pelo conselheiro Alexandre da Fonte filho, no sentido de que a natureza dos rendimentos tributados na forma do art. 74 da Lei 2.158/2001, são dividendos, vencido o Conselheiro Jose Sergio Gomes (Suplente Convocado), que o acompanhava. 4) Por maioria de votos, considerar não aplicável o tratado Brasil-Espanha aos rendimentos de subsidiárias situadas em outros países, vencidos: a Conselheira Relatora (Sandra Maria Faroni), que o aplicava para cancelar da tributação os lucros da "Jalua" (incluindo suas subsidiárias fora da Espanha); o Conselheiro José Sergio Gomes (Suplente Convocado), que os tributava como dividendos à alíquota excedente a 15% (somados IRPJ, ADICIONAL IRPJ E CSLL); e Alexandre Fonte Filho, que afasta integralmente a tributação por considerar que os dividendos da Jalua são tributados na Espanha e isentos no Brasil (conforme Tratado). 5) Por maioria de votos, excluir da tributação o valor dos lucros auferidos pela "Jalua" na Espanha (R\$ 80.562.176,03), mantidos pela decisão de primeira instancia, vencido o conselheiro Jose Sergio que os tributava, subtraindo 15% da alíquota (somados IRPJ, ADICIONAL IRPJ E CSLL). 6) Quanto a compensação de prejuízos, por unanimidade de

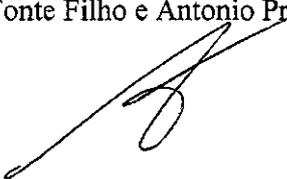
votos, determinar que as alterações produzidas no auto de infração de que trata o processo administrativo 16327.000112/2005-31, sejam consideradas neste lançamento, quando se tornar definitiva a decisão administrativa, podendo a unidade de origem apartar a parcela do crédito tributário que poderá ser cancelado em razão do aproveitamento desses prejuízos fiscais, isso para fins de controle da parcela com exigibilidade suspensa e cobrança de eventual valor remanescente; 7) Pelo Voto de qualidade, determinar que os juros de mora sobre a multa de ofício fiquem limitados a 1%, vencidos a nessa parte os Conselheiros Valmir Sandri, João Carlos Lima Junior, Caio Marcos Cândido e José Ricardo da Silva, que afastavam integralmente os juros de mora sobre a multa de ofício; em primeira votação foram vencidos os conselheiros José Sergio Gomes, Alexandre da Fonte Filho e Antonio Praga, que mantinham a incidência de juros de mora à taxa Selic sobre a multa de ofício. 8) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso voluntário quanto as demais matérias. 9) Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso de ofício, vencidos: os conselheiros Jose Sergio que restaurava apenas parte da tributação, subtraindo 15% da alíquota (somados IRPJ, ADICIONAL IRPJ E CSLL), e o Conselheiro Alexandre da Fonte Filho, que negava provimento integral. Designado para redigir o voto vencedor, nas matérias em que a relatora restou vencida, o Conselheiro Valmir Sandri. Apresentou declaração de voto o conselheiros Jose Sergio Gomes.



Antonio Praga - Presidente da Câmara

EDITADO EM 28/01/2010.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni, Valmir Sandri, Caio Marcos Cândido, João Carlos Lima Junior, José Sergio Gomes, Jose Ricardo da Silva e Alexandre Andrade da Fonte Filho e Antonio Praga.



Relatório

O presente processo foi inserido em pauta no dia 06 de dezembro de 2006, quando o julgamento foi convertido em diligência.

Conforme relatado na sessão precedente, cuida-se de autos de infração lavrados em 28/03/2005, para exigência de imposto de renda e contribuição social do ano-calendário de 2002.

A exigência diz respeito a lucros auferidos no exterior por intermédio de duas controlada nas quais a Eagle possui praticamente 100% do capital: Bramahco, situada em Gibraltar, e Jalua, situada nas Ilhas Canárias, Espanha. Relacionados ao tema foram lavrados dois autos de infração, o primeiro, objeto do processo nº 16327.000112/2005-31, referente aos lucros apurados pelas controlada no exterior até 31 de dezembro de 2001, considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002 (cujo recurso neste Conselho tramitou sob o nº 148.709), e o presente, que alcança os lucros auferidos em 2002.

Neste processo, as irregularidades de que foi acusada a interessada consistiram em não adição, na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de lucros auferidos no exterior (infração 1) e de ganhos com variação cambial do PL das controladas no exterior (infração 2).

Infração 1

Em relação à infração 1, a matéria tributável compreende as parcelas relativas ao lucro antes do imposto em 2002 da Bramahco (R\$ 205.380,13) e da Jalua (R\$ 1.537.353.459,71), considerados disponibilizados fictamente para a controladora em 31/12/2002.

O valor do lucro da Bramahco quantificado em R\$ 205.380,13, é o resultado da soma algébrica do seu Lucro Operacional (R\$ 1.209.730,91) com a variação cambial do seu PL (- R\$ 1.004.350,78).

O valor do lucro da Jalua, quantificado em R\$ 1.537.353.459,71, é o resultado da soma algébrica do lucro operacional (R\$ 80.562.176,03) com o resultado líquido não operacional positivo com equivalência patrimonial (R\$ 1.456.791.283,68).

Observo que, embora o Relatório Fiscal consigne como lucro operacional da própria Jalua o valor de R\$ 80.562.176,03, a Recorrente informa que o resultado do período da empresa espanhola foi prejuízo de 47.747.936,52 euros (soma algébrica de resultado financeiro positivo com resultado não operacional negativo), e que o valor de R\$ 80.562.176,03 corresponde a valor ajustado escriturado pela Eagle em seu balanço apenas para atender à legislação comercial brasileira.

O ganho líquido com equivalência patrimonial da Jalua (R\$ 1.456.791.283,68), por sua vez, provém de suas empresas controladas, e está constituído pelo Resultado do

A



Exercício da empresa uruguaia Monthiers, (R\$ 1.516.707.473,62) adicionado ao resultado negativo da empresa argentina CCBA (- R\$ 59.916.189,94).

Infração 2:

A matéria tributável relativa à infração 2 está assim explicada:

a) R\$ 1.004.350,78: Corresponde ao ganho com variação cambial do PL da controlada Brahmaco em 2002 – valorização do dólar frente ao real;

b) R\$ 1.944.264.377,20 - O patrimônio líquido da Jalua, transferido para a Espanha em 20/12/2001, era equivalente a 1.204.774.059,49 euros ou R\$ 2.516.322.39,00. No período de 21/12/2001 a 31/12/2002, o PL da Jalua sofreu uma variação cambial positiva frente ao Real de R\$ 1.944.264.377,20, vale dizer, um acréscimo de 161,38%, cujo valor não foi considerado pela Eagle na sua DIPJ 2003.

A 2ª Turma de Julgamento da DRJ em Brasília julgou procedentes em parte as exigências. A parcela excluída da tributação corresponde à redução da base tributável da primeira infração, em relação ao lucro disponibilizado pela Jalua, para excluir o ganho com variação cambial, objeto da segunda infração, para evitar duplicidade de tributação. Com isso, essa matéria ficou reduzida de R\$1.537.353.459,71 para R\$80.562.176,03.

Foi interposto recurso de ofício. Por sua vez, a empresa interpôs recurso a este Conselho, ventilando as seguintes matérias:

I Quanto à primeira infração: (a) Nulidade do auto de infração por levantamento mal elaborado e lançamento em desconformidade com a legislação; (b) Aplicação, em relação aos resultados da Jalua, do Tratado firmado entre Brasil e Espanha para evitar dupla tributação; (c) Desconsideração do crédito do imposto pago no exterior; (d) Ilegalidade da disponibilização ficta: violação do CTN.

II- Quanto à segunda infração: (a) Neutralidade, para efeitos fiscais, do resultado da avaliação do investimento pelo método da equivalência patrimonial; (b) Vícios do lançamento, se procedesse a exigência

III Compensação de prejuízos

IV- Inexigibilidade de juros sobre a multa de ofício

V- Imprestabilidade da Selic para efeitos de cômputo dos juros de mora.

O pedido de diligência teve por finalidade esclarecer dúvidas relacionadas à aplicação do Tratado com a Espanha, principalmente a submissão, a eles, de resultados da controlada oriundos da equivalência patrimonial.

Na realidade, o voto não estava encaminhado no sentido de conversão em diligência, pois no julgamento do outro processo da mesma interessada, objeto do recurso 148.709, esta Relatora analisara a questão da aplicação do tratado, e se posicionara no sentido de que os lucros disponibilizados na forma da legislação anterior à MP 2.158-35 se submetem às regras do artigo 10, e que a tributação com fulcro no art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 incide sobre o lucro das empresas, e não sobre os dividendos, sendo regidos pelo art. 7º. No decorrer

 5

das discussões, o Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior posicionou-se no sentido de que, mesmo na vigência da MP 2.158-35/2001, o que se tributavam eram dividendos antecipados. Por isso, naquele outro processo, no voto condutor do Acórdão nº 101-95.808, de 19 de outubro de 2006, analisei as duas linhas de interpretação, concluindo que, por qualquer das duas linhas, não haveria tributação, pois se o artigo aplicável fosse o 10, deveria ser considerada, também, a isenção prevista no art. 23.

Ocorre que, na sessão de julgamento, a Procuradoria da Fazenda Nacional questionou a aplicação da Convenção em relação à parcela do lucro da Jalua representada pelo resultado da equivalência patrimonial, uma vez que pela legislação espanhola esses resultados não são registrados e, portanto, não sofreram tributação na Espanha. Ponderou a PFN que o resultado auferido pela Monthiers (que ainda não estava reconhecido pela Jalua) já fora disponibilizado para a Recorrente em face de sua posição de controle.

Analisando a questão levantada pela PFN, ponderei que a disponibilização do resultado da Monthiers para a Eagle só poderia ser feita por intermédio da Jalua, pois não há, no patrimônio da Eagle, um investimento na Monthiers. Ponderei, ainda, que a equivalência patrimonial representa o reconhecimento, pela investidora, do lucro obtido pela investida, e que, não obstante a legislação espanhola não determinar esse reconhecimento antecipado (antes da realização), trata-se, efetivamente, de lucro da Jalua. Por isso, o fato de a tributação se dar em momentos diferentes, pela lei brasileira e pela lei espanhola, não afasta a aplicação do acordo. Todavia, ante essa análise, percebi que não haveria como submetê-los ao Tratado se não considerando-os como dividendos presumidos (com aplicação do art. 10 da Convenção), na linha de entendimento que fora defendida pelo Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.

Na minha manifestação anterior concluí que, mesmo sob a regência do art. 10 da Convenção, os rendimentos não se submeteriam à tributação, em razão da isenção prevista no art. 23. Porém a Procuradoria da Fazenda Nacional suscitou que esses dividendos não são tributados na Espanha, por condição especial relativa às Ilhas Canárias. Em que pesem os elementos trazidos pelo contribuinte e pela PFN (o primeiro, para demonstrar que os dividendos são tributados pela Espanha, a PFN, para demonstrar o contrário), considere-os insuficientes para formar o convencimento, e postulei, e a Câmara acatou, a conversão do julgamento em diligência para que a Secretaria da Receita Federal confirmasse, junto ao Fisco Espanhol, qual o regime de tributação dos dividendos distribuídos para o Brasil pela Jalua Spain, sejam os oriundos de operações realizadas pela própria Jalua, sejam os decorrentes de participação societária da Jalua em empresas situadas em outro país.

Para atender ao pedido de diligência, a Secretária Adjunta da Receita Federal do Brasil dirigiu ofício à Agência Tributária- Oficina Nacional de Investigación del Fraude, com as seguintes indagações:

- 1- A Jalua Spain era uma *Entidad de Tenencia de Valores Etranjeros* (ETVE) em 2002? Por quê?
- 2- A Jalua Spain era uma *Entidad de Tenencia de Valores Etranjeros* (ETVE) em 2006? Por quê?
- 3- Caso a Jalua Spain tenha alterado sua condição de ETVE entre 2002 e 2006, quando e como se deram essas mudanças? Solicitamos o encaminhamento dos documentos referentes a



tais alterações, que incluam requerimentos por parte da Jalua e autorização por parte da Administração Tributária, se houver.

- 4- Os dividendos eventualmente distribuídos para sua controlada no Brasil (EAGLE), decorrentes de participações societárias da Jalua Spain em empresas situadas em outros países se enquadram no art. 130 da *Ley 6/2000* no ano de 2002? E em 2006? Caso não se enquadrem, a qual regime de tributação deveriam estar sujeitos e por quê? Favor informar a base legal.
- 5- Qual o regime de tributação dos lucros ou dividendos, eventualmente distribuídos para sua controladora no Brasil (Eagle), oriundos de operações realizadas pela própria Jalua, no ano de 2002 e 2006? Qual a base legal?
- 6- A Jalua Spain efetuou, alguma vez, durante sua existência nas Ilhas Canárias, recolhimento de Imposto sobre a Renda? Quando ocorreu, qual o fato gerador e sobre qual base de cálculo houve a incidência?
- 7- Quais impostos incidiam, em 2002, sobre dividendos eventualmente distribuídos por uma ETVE controlada por não residente na Espanha? E em 2006? Qual a base legal?

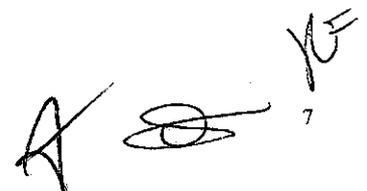
As respostas a essas perguntas estão resumidas no Memorando encaminhado pelo Chefe da Assessoria de Assuntos Internacionais em São Paulo ao Delegado de Assuntos Internacionais em São Paulo. Em síntese, a Administração da Espanha respondeu negativamente às duas primeiras questões, ficando prejudicada a terceira. Quanto às questões 4 e 5, informou que a Jalua se encontra submetida ao regime geral de Impostos sobre Sociedades estabelecidos na Lei 43/1995. Para a questão 6, informou que a Jalua é sujeito passivo do Imposto sobre Sociedades, e encaminhou cópias de suas declarações referentes aos períodos de 2002 a 2004. Para a pergunta 7, informou o regime e legislação aplicáveis aos dividendos distribuídos por ETVE controlada por não residente na Espanha.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O litígio gira em torno da tributação dos lucros auferidos no exterior por controladas, sob a vigência da MP 2.158-35/2001, quando a consideração dos lucros em coligadas o controladas no exterior passou a ser feita mediante avaliação do investimento pela equivalência patrimonial, conforme determina a Lei nº 6.404/76.



Concretamente, refere-se à tributação, em 31/12/2002, dos resultados apurados pelas controladas da Recorrente, Jalua Spain, sediada na ilha de Tenerife, Espanha, e Brahmaco, sediada em Gibraltar, das quais a Eagle detinha praticamente a integralidade do capital. A Jalua, por sua vez, detinha 100% do capital da uruguaia *Monthiers* e 70% do capital da argentina *Ccba*. Assim, a Eagle era controladora direta da *Jalua* e da *Brahmaco*, e indireta, através da *Jalua*, da uruguaia *Monthiers* e da argentina *Ccba*.

Preambularmente, registro que, em razão da jurisdição limitada deste Conselho, não serão conhecidas as questões concernentes à constitucionalidade/ilegalidade de lei. Isso inclui as alegações de impossibilidade de tributação com base na distribuição ficta e repúdio ao art. 74 da MP nº 2.158-35 e de impossibilidade de utilização da taxa Selic para quantificação dos juros de mora. Essas são normas previstas em leis regularmente inseridas no ordenamento jurídico pátrio, não podendo ter sua aplicação negada por órgão integrante do Poder Executivo.

Anoto que, naquilo que não houver razão específica de diferenciação, o decidido aplica-se, igualmente, ao IRPJ e à CSLL.

A preliminar de nulidade do auto de infração por levantamento mal elaborado não merece acolhida. Eventuais falhas na apuração do *quantum* exigível, se confirmadas, dão lugar à improcedência total ou parcial do lançamento, mas não acarretam sua nulidade.

As irregularidades apontadas pela fiscalização foram a falta de adição à base de cálculo dos tributos (1) dos lucros auferidos no exterior por controladas e (2) da variação cambial do patrimônio líquido das empresas controladas no exterior. Passo a analisá-las.

1- Lucros auferidos no exterior por controladas.

a) Evolução legislativa

Antes da publicação da Lei nº 9.249/95, os resultados auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil poderiam ser excluídos da apuração da base de cálculo do imposto de renda.

O art. 25 da Lei 9.249/95 determinou o cômputo, na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano, dos lucros auferidos no exterior. De acordo com seus parágrafos 2º e 3º, os lucros auferidos pelas controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior deveriam ser tributados segundo os valores apurados em seus respectivos balanços, e adicionados no lucro real da investidora brasileira em 31 de dezembro de cada ano.

Portanto, o art. 25 da Lei 9.249/95 elegeu a apuração do lucro da coligada ou controlada no exterior como fato gerador do IRPJ da controladora ou coligada no Brasil, e 31 de dezembro do ano da apuração como o momento da respectiva tributação.

Como o artigo 43 do CTN estabelece, como fato gerador do imposto de renda, a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica da renda, questionou-se quanto à legalidade do art. 25 da Lei nº 9.249/95: teria ele nascido ilegal frente às disposições do CTN. O argumento do questionamento era que as entidades – investidor e investido – possuem personalidades jurídicas distintas, e o lucro pertence à empresa que o gerou. Dessa forma, sua mera apuração pela coligada controlada no exterior não denotaria disponibilidade econômica ou jurídica para o investidor no Brasil que, quanto a eles, teria apenas uma expectativa de

direito. Enquanto a sociedade que gerou os lucros não deliberasse sobre sua destinação, o investidor, do ponto de vista societário, não seria proprietário desses lucros.

Para evitar os problemas que adviriam de um questionamento judicial, foi editada a Instrução Normativa nº 38, de 1996, que elencou situações condizentes com o conceito de disponibilidade econômica ou jurídica de renda como momento da tributação. A Instrução Normativa deu à lei uma interpretação conforme o CTN e a Constituição.

Emergiram também discussões quanto a vício de forma da IN, e foi editada a Lei nº 9.532, de 1997, estabelecendo as mesmas situações elencadas na IN nº 38 como momento da tributação, como a seguir:

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.

(...)

§ 2º Para efeito do disposto na alínea "b" do parágrafo anterior, considera-se:

a) creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior;

b) pago o lucro, quando ocorrer:

1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;

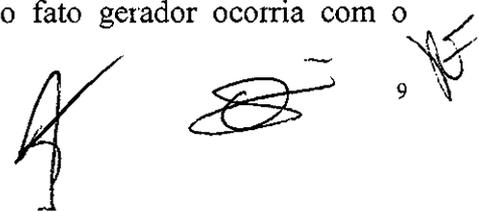
2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;

3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;

4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

Dessa evolução da legislação transparece que a edição do art. 1º da Lei nº 9.532/97 foi motivada pela necessidade de compatibilizar a incidência do tributo com o conceito de disponibilização.

Tem-se, assim, que na vigência das leis nº 9.249/95 e 9.532/97, em relação aos lucros auferidos por intermédio de coligadas e controladas, o fato gerador ocorria com o



pagamento ou crédito, conforme disciplinado pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º da Instrução Normativa SRF nº 38/96 e conforme o disposto no art. 1º e § 1º da Lei 9.532/97.

Enquanto o fato gerador ficou representado pelo pagamento ou crédito (ainda que presumido, conforme IN nº 38/96 e conforme Lei nº 9.532/97), o rendimento objeto da tributação representava dividendos e, por determinação legal, qualquer que fosse a opção de pagamento do contribuinte (lucro real trimestral ou lucro real anual), considerava-se ocorrido o fato gerador em dezembro do ano em que ocorreu a disponibilização. Ou seja, na forma daquela legislação, o que se tributam não são os lucros auferidos pela empresa no exterior (lucros apurados no balanço), mas sim a parte desses lucros disponibilizada para o investidor brasileiro. E a data de ocorrência do fato gerador é o dia 31 de dezembro do ano-calendário correspondente ao período em que os lucros se consideram creditados ou pagos pela investida .

A Lei Complementar nº 104, de 10/01/2001, incluiu dois parágrafos no art. 43 do CTN, sendo que o § 2º dispõe:

§ 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.

Já com lastro na nova redação do CTN, foi editado o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-34/2001, reeditado na MP nº 2.158-35, que dispõe:

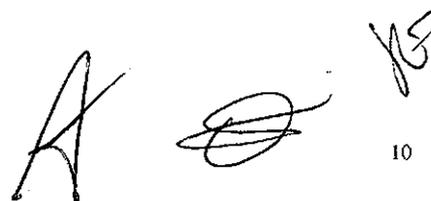
“Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e no art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora 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”.

Na legislação precedente, a distribuição dos lucros (ainda que por presunção) era pressuposto para a ocorrência do fato gerador.

A partir da MP 2.158/91, a tributação passou a incidir não mais sobre os lucros disponibilizados (dividendos), mas sobre os lucros apurados no balanço.

Muito embora tanto a legislação precedente como a MP nº 2.158-35 usem a expressão “serão considerados disponibilizados”, na legislação anterior essa expressão tem a conotação de presunção legal, enquanto na nova legislação a conotação é de ficção legal. Essa é uma diferença relevante porque, enquanto as presunções se baseiam no que ordinariamente acontece, a ficção se baseia naquilo que se sabe, com certeza, não ter acontecido. A alteração trazida com a MP é claramente evidenciada pela regulamentação baixada com a IN 213/2002, que no § 7º do art. 1º dispõe:

Handwritten signatures and initials at the bottom right of the page, including a large 'A', a circular scribble, and the number '15'.

§ 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.

Pela legislação anterior, os valores tributados eram os pagos ou creditados. Embora não se tratasse, necessariamente, de pagamento ou crédito efetivo, somente os valores já líquidos do imposto pago no país de origem ou de qualquer outra destinação estatutária ou legal poderiam ser utilizados nas situações definidas na lei como caracterizadoras do pagamento ou crédito. Daí se poder concluir que o que se tributavam eram realmente os dividendos (distribuídos ou atribuídos).

Na nova situação, ao determinar que os lucros são computados pelos seus valores integrais, sem o desconto do tributo pago no país de origem, fica claro que o a tributação não recai sobre dividendos, pois não se distribuem dividendos em valor superior ao lucro disponível para distribuição.

Não cabendo a órgão integrante do Poder Executivo questionar a lei, cumpre analisar se o artigo 7º da IN SRF 213/2002 extrapolou-a.

Em se tratando de investimentos relevantes e influentes, obrigatoriamente avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com o que dispõe a Lei nº 6.404/76, nos incisos II e III do artigo 248, sobre o valor do investimento, após a correção para manter a expressão do valor monetário, deve ser aplicado o percentual de participação da investidora na coligada ou controlada.

A diferença positiva entre o valor assim obtido e o custo de aquisição atualizado poderá ser decorrente de lucros obtidos pela coligada ou controlada ou de reavaliação de bens efetuada pela coligada ou controlada. Se decorrente de lucros apurados pela coligada ou controlada, deve ser computada como receita no resultado do exercício.

Essa a norma contábil. Portanto, o resultado de equivalência patrimonial apenas atesta a apuração de lucros por meio de controladas ou coligadas.

A norma fiscal (art. 23 do DL 1.598/77) determinava que esse resultado não seria computado na apuração do lucro real. Uma vez que contabilmente já havia influenciado o lucro líquido do exercício, seria excluído para apuração do lucro real.

Aqui é importante abrir parênteses, para analisar o alcance do § 6º o art. 25 da lei que instituiu a tributação universal (Lei nº 9.249/95).

O § 6º do art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, ao dispor que os resultados da avaliação dos investimentos no exterior pelo método da equivalência patrimonial continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, ressaltou que isso seria sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º do mesmo artigo. A sistemática prevista na legislação vigente (DL 1.598/77) é exclusão do lucro líquido, para fins de lucro real, do resultado positivo da equivalência patrimonial. Se a investida é empresa situada no Brasil, os lucros não são tributados na investidora por ocasião de sua distribuição, porque já o foram na empresa investida. Entretanto, se a investida não é empresa domiciliada no Brasil, essa tributação deverá se dar na disponibilização dos lucros. Ou seja, o que o § 6º explicitou foi que, quando decorrentes de investimento no exterior, os resultados positivos da equivalência patrimonial,

 11

que afetam o lucro contábil, *continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, ou seja, continuarão a ser excluídos para fins de apuração do lucro real, “sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º”*, ou seja, sem prejuízo da tributação quando da disponibilização.

Essa norma fiscal foi mantida pela Lei nº 9.532/97, que previa que a simples apuração dos lucros não era suficiente para marcar a data de sua disponibilização. A regra, contudo, foi alterada pelo art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, e a data da apuração do lucro no balanço da entidade estrangeira passou a definir o momento da sua disponibilização.

É inquestionável que, a partir da Lei 9.249/95, os lucros obtidos por intermédio das controladas ou coligadas no exterior são tributáveis na investidora no Brasil. O artigo 74 da MP 2.158-35, de 2001, define o momento da disponibilização, para efeito de tributação. Uma vez que o resultado da equivalência patrimonial apenas atesta a apuração dos lucros pela coligada ou controlada, a determinação contida na IN SRF nº 213/02, para a inclusão na base de cálculo do lucro real e da CSLL do resultado positivo dessa equivalência, apenas concretiza o comando fixado pelo art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Em síntese tem-se que antes da MP 2.158-35/2002, os lucros obtidos por intermédio das controladas ou coligadas no exterior eram tributáveis quando do pagamento ou crédito (ainda que presumidos, conforme definido na legislação), caracterizando-se a tributação como incidindo sobre dividendos. A partir da MP 2.158-35/2002, a tributação passou a incidir não sobre dividendos, mas sobre os lucros brutos apurados.

No caso, restou caracterizada a hipótese prevista no art. 74 da MP 2.158-35/2002.

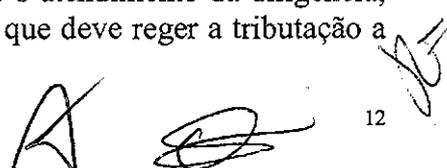
Como já dito, não cabe a este colegiado, integrante do Poder Executivo, deixar de aplicar lei legitimamente inserida no ordenamento pátrio. Por conseguinte, caso não houvesse outras circunstâncias específicas, seria legítima a exigência.

Ocorre que a Recorrente invoca o acordo para evitar a dupla tributação, firmado com a Espanha.

Existindo acordo internacional, a interpretação das normas internas tem que ser feita em conjunto com o acordo internacional, que para tanto tem regras próprias para a tributação dos lucros (art. 7º) e dos dividendos (art. 10). E essa interpretação não tem se revelado simples, e até o momento não mereceu um posicionamento seguro de quem por ela se debruçou.

Esta Relatora, que tem um posicionamento firme quanto ao fato de que, antes da MP 2.158-35, de 2001, a tributação incidia sobre dividendos, e a partir da nova legislação incide sobre os lucros apurados no balanço, na sessão de 06 de dezembro de 2006, diante das ponderações da Procuradoria da Fazenda Nacional e do ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, foi assaltada por dúvidas quanto à aplicação do acordo internacional, para os casos em que os lucros apurados pela controlada se originam de equivalência patrimonial resultante de investimento em terceiro país, não quanto à sua submissão ao tratado, mas sim, quanto à definição do artigo de regência do Tratado. Disso resultou a conversão em diligência.

Destaco que, nesses dois anos que se seguiram até o atendimento da diligência, continuei refletindo sobre o tema (definição do artigo do tratado que deve reger a tributação a



partir da MP 2.158-35). Faço, a seguir, uma síntese de como o tema, até o momento, foi tratado por este Conselho, e aduzo alguns comentários.

A Oitava Câmara enfrentou a matéria em 23 de março de 2006, e entendeu que os lucros auferidos a partir da vigência da MP 2.158-35, de 2001, seriam regidos pelo art. 10 do Tratado. O julgado foi objeto do Acórdão nº 108-08.765, cujo voto vencedor foi redigido pelo Conselheiro José Henrique Longo, e tem a seguinte ementa:

IRPJ – CONTROLADA NA ESPANHA – LUCROS A PARTIR DE 2001 – MP 2158-34/2001 – TRATADO INTERNACIONAL – O art. 74 da MP 2158-34 estabeleceu a presunção absoluta (ficção) de que o lucro auferido por controlada no exterior deve ser considerado distribuído à controladora no Brasil em 31 de dezembro de cada ano. O Tratado entre Brasil e Espanha não afasta a incidência de tributação por empresa sediada no Brasil relativamente ao lucro de empresa espanhola considerado distribuído

Ao analisar o recurso nº 148.709, esta Primeira Câmara, em processo de minha relatoria, entendeu, conforme Acórdão 101-95.808, de **19 de outubro de 2006**:

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO FICTA PARA A CONTROLADORA AQUI NO BRASIL (MP nº 2.158-34/2001, ART. 74, § ÚNICO) – A partir da vigência do art. 74 da MP 2.158-35/2001, para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, os lucros auferidos 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.

LUCROS AUFERIDOS POR INTERMÉDIO DE COLIGADAS E CONTROLADAS NO EXTERIOR- Na Lei 9.532/97 o fato gerador era representado pelo pagamento ou crédito (conforme definido no art. 1º da Lei 9.532/97), e o que se tributavam eram os dividendos. A partir da MP 2.158-35/2001, a tributação independe de pagamento ou crédito (ainda que fictos), deixando, pois, de ter como base os dividendos.

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.

No decorrer das discussões, o Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior posicionou-se no sentido de que, mesmo na vigência da MP 2.158-35/2001, o que se tributavam eram dividendos antecipados (tal como havia entendido a Oitava Câmara). Por isso, no voto condutor analisei as duas linhas de interpretação, concluindo que, por qualquer das duas linhas, não haveria tributação.



Repito a parte do voto em que, na ocasião, analisei o tema.

De acordo com o artigo 7º, os lucros de sociedade residente na Espanha, e não atribuíveis a atividades exercidas por intermédio de estabelecimento permanente no Brasil, só são tributáveis na Espanha. A tributação no Brasil poderá ocorrer por ocasião do pagamento sob forma de dividendos.

De acordo com o artigo 10, os dividendos pagos por uma sociedade residente na Espanha a um residente no Brasil são tributados no Brasil, podendo ser também tributados na Espanha de acordo com a lei desse país, mas a tributação não pode exceder 15% do montante bruto dos dividendos.

O artigo 23 só tem aplicação naqueles casos em que o próprio acordo internacional admite a tributação pelos dois Estados celebrantes. Seus parágrafos 3 e 4 tratam, exatamente, da hipótese de pagamento de dividendos, em que a convenção admite a tributação pelos dois Estados.

(...) os rendimentos objeto da exação sob exame correspondem aos seus lucros contabilizados até 31/12/2001 e não disponibilizados até 31/12/2002.

Se definido que tais rendimentos não podem ser particularizados como dividendos, enquadrando-se apenas no conceito mais amplo de lucros, a tributação fica de imediato afastada. Caso contrário, os rendimentos se sujeitam às regras do artigo 10 e do artigo 23.

Como primeiro recurso ao deslinde da questão, deve-se recorrer aos Comentários aos Artigos da Convenção Modelo da OCDE. Isso tendo em consideração que, embora não sendo membro da OCDE, a Convenção (como a maioria das convenções assinadas pelo Brasil) segue o seu modelo. E ainda, que os “Comentários” têm utilidade como instrumento para auxiliar a interpretação dos tratados que seguem o Modelo OCDE.

Consta da publicação do referido Modelo¹ que, “muito embora os Comentários não se destinem a ser anexados de uma forma ou de outra às convenções a celebrar pelos países Membros, que constituem os únicos instrumentos jurídicos internacionais de caráter vinculatório, **podem, no entanto, revelar-se extremamente úteis na aplicação e na interpretação das convenções** e, designadamente, na resolução de eventuais litígios”². (negritos acrescentados)

Os Comentários ao Artigo 10º, relativo à tributação dos dividendos contêm as seguintes *Observações preliminares*³:

1. De um modo geral, por “dividendos” entende-se as distribuições de lucros feitas os accionistas ou sócios pelas sociedades anônimas, pelas sociedades em comandita por acções, pelas sociedades de responsabilidade limitada ou por outras sociedades de capitais. (...)

¹ Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Patrimônio- Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (172)- Centro de Estudos Fiscais- Direcção-Geral das Contribuições e Impostos- Ministério das Finanças- Lisboa- 1995

² Publicação referida, pág. 20, nº 36

³ Idem, pág. 129 e 130

2. *Os lucros de sociedades de pessoas são os lucros dos sócios provenientes de sua própria atividade; relativamente a estes, trata-se de lucros industriais ou comerciais. Assim, o sócio é normalmente tributado individualmente pela participação respectiva no capital e no lucro da sociedade de pessoas.*

3. *O mesmo não acontece em relação ao accionista. Este não é um empresário e os lucros da sociedade não são os seus lucros próprios. Assim, estes lucros não lhe podem ser atribuídos. Só podem ser objeto de tributação nas mãos do accionista (com exceção das disposições de determinadas legislações relativas à tributação dos lucros não distribuídos, em casos particulares) os lucros distribuídos pela sociedade. Do ponto de vista do accionista, os dividendos constituem rendimento do capital que colocaram à disposição da sociedade.”*

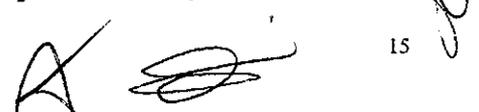
Essas disposições preliminares conduzem ao entendimento de que, para fins de aplicação da Convenção, os lucros das sociedades de capital se regem pelo artigo 7º, apenas se aplicando o artigo 10 quando distribuídos sob forma de dividendos.

O Acordo diz que os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado. Os Comentários ao artigo, no item 7 do nº 1, esclarecem que ‘*A expressão “pagos” reveste um sentido muito amplo, dado que o conceito de pagamento significa a execução da obrigação de colocar os fundos à disposição do accionista de acordo com os termos previstos por contrato ou na prática usual.*’

A conceituação acima quanto ao sentido de “pagos” permite submeter às regras do artigo 10 os lucros disponibilizados na forma da legislação anterior à MP 2.158-35, mas delas exclui os lucros disponibilizados na forma da MP. Isto tendo em conta que o Artigo 3º da Convenção, que contém regra de interpretação autêntica, estabelece que “*qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante relativa aos impostos que são objeto da Convenção, a não ser que o contexto imponha interpretação diferente*”. E pelas normas da Lei nº 9.532/97, a tributação não decorria de uma ficção de disponibilização. Tratava-se de lucros efetivamente disponibilizados ao acionista, tanto que foram creditados ou de alguma forma utilizados em seu favor, contendo a lei apenas uma presunção legal para definir o momento em que foram disponibilizados.

Poder-se-ia indagar se essa mesma regra do Artigo 3º não poderia servir para considerar como dividendos, para os fins da Convenção, a disponibilização ficta instituída com a MP nº 2.158-35.

Não me parece ser isso apropriado. No Comentário ao Número 2 do Artigo 3º está esclarecido que, quanto à questão de saber para que legislação é necessário remeter para determinar o significado dos termos não definidos na convenção, o Comitê de Assuntos Fiscais concluiu que deveria prevalecer a legislação vigente no momento da incidência. Porém, isso não se aplica se o contexto exigir interpretação diferente. E o contexto é constituído pela intenção das partes quando da assinatura da Convenção, e bem assim, pelo significado atribuído ao termo em questão na legislação do outro Estado contratante (numa referência implícita ao princípio da reciprocidade). Conclui o Comentário que “*a redacção do número 2*

 15

permite estabelecer um equilíbrio satisfatório entre, por um lado, a necessidade de garantir a permanência dos compromissos assumidos por um Estado por ocasião da assinatura da convenção (uma vez que um Estado não deveria ser autorizado a esvaziar uma convenção de parte da sua substância, alterando posteriormente, em sua legislação nacional, os termos “não definidos” na Convenção) e, por outro lado, as exigências de uma aplicação cômoda e prática da Convenção ao longo do tempo (convém evitar, de facto, a necessidade de remeter para noções desatualizadas).”

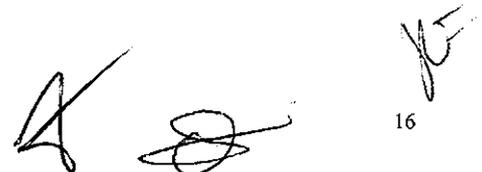
É sabido que o significado do termo “dividendos” atribuído pela legislação brasileira sempre foi o de lucros disponibilizados. O verbete “Dividendos”, no Vocabulário Jurídico, de De Plácido e Silva, registra que “...na terminologia do Direito Comercial e, mesmo no Direito Civil, é compreendido como a percentagem, ou o rendimento que cabe aos sócio ou acionistas de uma sociedade, proporcional ao capital, que possuem, na mesma sociedade. Representa, neste sentido a parte de lucros que compete ao sócio, segundo o valor de sua cota ou cotas no capital da sociedade, o qual, denominado de lucro líquido, desde que está apurado de todos os rebates e abatimentos contratuais, estatutários ou legais, é distribuído na conformidade do que, nos contratos ou estatutos, está prescrito. A distribuição de dividendos é, assim, matéria que se regula no próprio pacto societários, importando, entanto, no pressuposto de lucro efetivamente apurado.(...)”.(negritos acrescentados)

Assim, não considero possível utilizar o nº 2 do Artigo 3º da Convenção para atribuir aos lucros apurados em balanço, antes de qualquer dedução, o significado de dividendos. Até porque não me parece que pela legislação da Espanha o significado do termo dividendos alcance os lucros apurados em balanço antes de sua distribuição (em atenção ao princípio da reciprocidade). A ficção estabelecida pela MP implicaria esvaziamento da convenção mediante alteração posterior de “definição”.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que a tributação com fulcro no art. 74 da MP nº 1.158-35/2001 incide sobre o lucro das empresas, e não sobre os dividendos. Nessa circunstância, tendo em vista o art. 7º da Convenção, não pode haver tributação no Brasil dos lucros auferidos por intermédio da controlada, enquanto não disponibilizados.

Sobre a mesma questão, uma segunda linha de raciocínio é possível, e consiste em entender que o Artigo 10 se destina apenas a regular a tributação na fonte por parte do Estado de que a sociedade que paga é residente. Com isso se pode entender que o Estado de residência do beneficiário é livre para tributar de imediato os lucros auferidos por intermédio da coligada no exterior, criando uma ficção jurídica de disponibilização que permita conceituar os lucros apurados como dividendos. Ao argumento de que a tributação dos lucros antes da dedução do tributo pago no país de residência da sociedade descaracterizaria o conceito de dividendo (vez que não se distribui mais do que existe para distribuir), os seguidores dessa linha de raciocínio opõem o argumento de que, no caso, trata-se apenas de técnica de tributação, que consiste em tributar o bruto e deduzir, do imposto apurado, o imposto pago no país de residência.

Nessa linha de raciocínio, o artigo da Convenção a reger a tributação desses rendimentos seria o artigo 10, e o Brasil, em princípio, é livre para tributá-los segundo suas regras próprias. Ao mesmo tempo, a Espanha pode também tributá-los, de acordo com a lei desse país, porém observando o limite máximo de 15% do dividendo.



Esse parece ter sido o entendimento que conduziu o Acórdão nº 108-008.765, da Oitava Câmara deste Conselho.

Ocorre que, dentro dessa segunda linha de raciocínio, teria que ser observado, também, o Artigo 23 da Convenção, que tem aplicação naqueles casos em que o próprio acordo internacional admite a tributação pelos dois Estados celebrantes. Seus parágrafos 3 e 4 tratam, exatamente, da hipótese de pagamento de dividendos, em que a convenção admite a tributação pelos dois Estados. Determina o parágrafo 4º que “quando um residente do Brasil receber dividendos que de acordo com as disposições da presente Convenção sejam tributáveis na Espanha, o Brasil isentará de imposto esses dividendos”.

Essas as razões desenvolvidas no voto condutor do Acórdão nº 101-95.808, de 1996, também de interesse da Eagle.

Porém, como já mencionei, no presente processo a Procuradoria da Fazenda Nacional questionou a aplicação da Convenção em relação à parcela do lucro da controlada espanhola representada pelo resultado da equivalência patrimonial, os quais, pela legislação daquele país, não são registrados e, portanto, não sofreram tributação na Espanha.

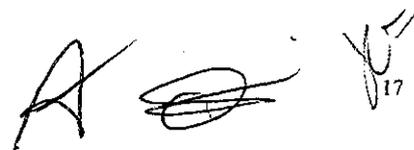
No voto condutor da Resolução nº 101-02.577, de 06 de dezembro de 2006, analisando o questionamento da PFN concluí, com segurança, que mesmo para essa parcela o Acordo Internacional seria aplicável, mas admiti que, nesse caso, a aplicação só seria possível sob a ótica de dividendos antecipados, tal como defendido pelo Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior.

A análise quanto à aplicação do Tratado Internacional àquela parcela dos lucros fictamente disponibilizados demandou, mais uma vez, a utilização dos Comentários aos Artigos da Convenção Modelo da OCDE. Recorri, então, a considerações contidas nos “Comentários” ao número 5 do Artigo 10 do Modelo de Convenção de 1997. Esse número 5 não consta no Tratado com a Espanha⁴, porque é ele anterior à redação do “Novo Modelo e Comentários”, mas trata especificamente de dividendos presumidos, razão pela qual considerei útil sua apreciação para ajudar na interpretação⁵.

Na realidade, o nº 5 do artigo 10 destina-se a regular os casos dos Estados que não tributam apenas os dividendos pagos por uma sociedade residente deste Estado, mas também as distribuições de lucros provenientes deste Estado efetuadas por sociedades não residentes. Embora não seja essa exatamente a hipótese concreta posta para análise, recorri a esse nº 5 em razão das referências contidas nos “Comentários” sobre dividendos presumidos,

⁴ Apenas para ajudar no entendimento do alcance do nº 5 do artigo 10, supondo que o Acordo com a Espanha contivesse a cláusula modelo, seu teor seria que quando uma sociedade residente do Brasil obtivesse lucros ou rendimentos provenientes da Espanha, a Espanha não poderia exigir nenhum imposto sobre os dividendos pagos pela sociedade, exceto na medida em que esses dividendos fossem pagos a um residente da Espanha ou na medida em que a participação relativamente à qual os dividendos são pagos estivesse efetivamente ligada a um estabelecimento estável ou a uma instalação fixa situados na Espanha, nem sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a um imposto sobre lucros não distribuídos, mesmo que os dividendos pagos ou os lucros não distribuídos consistam, total ou parcialmente, em lucros ou rendimentos provenientes da Espanha.

⁵ A primeira “Recomendação” relativa à dupla tributação foi adotada em 1953, e o primeiro Projeto de convenção de dupla tributação em matéria de rendimento e de capital foi apresentado em 1963. Os trabalhos de revisão ao Projeto de 1963, elaborados pelo Comitê Fiscal e, após 1963, pelo Comitê de Assuntos Fiscais, deram origem à publicação, em 1977, do novo Modelo e Comentários. As atualizações desse Modelo conduziram à publicação, em 1992, do atual Modelo.



de maneira a possibilitar a análise da submissão ao Tratado dos lucros produzidos em terceiro país.

A despeito de não estar em causa a exclusão da tributação extraterritorial de dividendos, que é tratada no nº 5 do art. 10 (que não está contido na Convenção com a Espanha), servi-me das considerações contidas nos itens 37, 38 e 39 dos comentários para compreender o sentido dos dividendos presumidos (antecipados). E a partir deles entendi: (a) que a disposição da legislação brasileira, de tributar a parcela de participação da investidora brasileira nos lucros auferidos na controlada e ainda não distribuídos, por si só, não fere o Tratado; (b) que se o Estado de residência do investidor tratar a importância relativa aos lucros não distribuídos como dividendo presumido, deve aplicar-lhe a isenção prevista na convenção como privilégio de afiliação (no caso da Espanha, o parágrafo 4 do Art. 23).

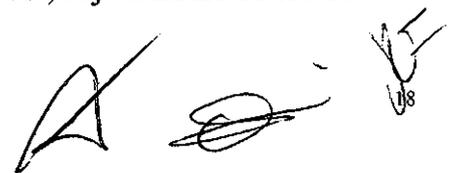
A partir dessa análise admiti que, não obstante a tributação com base no art. 74 da MP 2.158-35 incida sobre o lucro das empresas, para fins de aplicação do tratado considera-se que o Brasil tributa os dividendos presumidos, ou seja, a quota desses lucros que cabem ao investidor brasileiro, e o artigo de regência do Tratado não seria o 7º, mas sim o 10.

Como o art. 10 admite a tributação pelo Brasil e pela Espanha, tem aplicação o art. 23, cujo nº 4 determina que *quando um residente do Brasil receber dividendos que de acordo com as disposições da presente Convenção sejam tributáveis na Espanha, o Brasil isentará de imposto esses dividendos*, não poderá, pois, haver a tributação no Brasil. Embora alguém pudesse questionar a aplicação da isenção prevista no parágrafo 4 do art. 23 ao caso concreto, uma vez que, rigorosamente, a sociedade residente do Brasil (Eagle) não estaria recebendo dividendos, o nº 38 do comentário ao item 5 do art. 10 afastaria essa dúvida. De fato, segundo aquele comentário, se a legislação do país considera o montante tributável como um dividendo, deve aplicar-lhe a isenção de imposto prevista na convenção fiscal, e se não o fizer, expõe-se à acusação de impedir o funcionamento do privilégio da afiliação, ao tributar antecipadamente o dividendo (a título de dividendo presumido).

A decisão recorrida afastou a regra do parágrafo 4º do art. 23 ancorando-se no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 06/2000. Explicita o ato normativo que, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1996, os lucros e dividendos oriundos de investimentos na Espanha, recebidos por residentes e domiciliados no Brasil, decorrentes de participação em “Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros”/ETVE, regulada pela Lei Espanhola do Imposto de Sociedades, sujeitam-se à incidência do imposto de renda, não se aplicando o disposto no parágrafo 4º do art. 23 da Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda entre o Brasil e a Espanha, promulgada pelo Decreto nº 76.975, de 1976.

A Recorrente demonstrou que o Ato Declaratório Interpretativo invocado é impertinente, pois trouxe documento (original e tradução juramentada) fornecido pela Agência Estatal de Administração Tributária da Espanha, Delegação de Tenerife, que comprova que a Jalua paga o imposto sobre sociedades pelo regime geral, não tendo optado pelo Regime Especial de Entidades de Guarda de Valores (em espanhol, Régimen Especial de Entidad de Tenencia de Valores).

Portanto, sobre os dividendos teria aplicação o disposto no parágrafo 4º do art. 23 da Convenção, como expressamente prevê a Portaria MF 75/76, cujo item IX da estabelece:



“Os dividendos de que trata o artigo 23, parágrafo 4, da Convenção, recebidos por residente ou domiciliado no Brasil, não estão sujeitos a imposto.”

A Procuradoria da Fazenda Nacional suscitou que a Espanha não tributava esses dividendos relativos à Jalua, por condição especial relativa às Ilhas Canárias, e que, no caso, deixaria de ter aplicação o art. 23. Não obstante a obrigação de conceder a isenção pelo Estado de residência independente de o outro Estado exercer seu direito de tributação, conforme reconhece a doutrina⁶, bem como esclarecem os “Comentários”⁷, para maior segurança na tomada de posição da Câmara, o julgamento foi convertido em diligência para confirmar o regime de tributação.

Na resposta à diligência restou infirmada a conjectura da PFN, de que a Jalua era beneficiária de condição especial que afastava a tributação dos dividendos por ela distribuídos. Confirmou, a Administração Tributária da Espanha, que a Jalua Spain se encontra submetida ao regime geral de Impostos sobre Sociedades estabelecidos na Lei 43/1995, sendo sujeito do Imposto sobre Sociedades.

Aqui, e antes de retornar ao enfrentamento do caso concreto, devo abrir parêntesis para registrar algumas considerações sobre as quais tenho refletido nesses dois anos que se seguiram desde a conversão em diligência.

O Relator do voto condutor do Acórdão 108-08765, em palestra apresentada no IV Congresso Nacional de Estudos Tributários, realizado em São Paulo nos dias 12, 13 e 14 de **dezembro de 2007**, debruçou-se novamente sobre o tema e parece ter reconsiderado sua posição anterior. Os trabalhos apresentados no Congresso foram publicados em dezembro de 2007 pela Editora Noeses, e o tema apresentado por Longo encontra-se às fls. 291 a 314. Nele está registrado (fls. 307/308):

“Então, formula-se a pergunta: o artigo 74 prevê a incidência do IRPJ e da CSLL sobre (a) o lucro de outra pessoa jurídica, ou (b) o dividendo que não foi efetivamente disponibilizado à empresa sediada no Brasil(...)

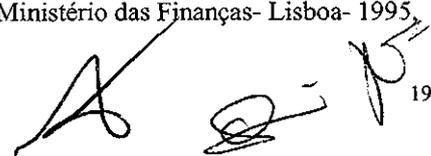
Quer me parecer que se está tributando o lucro propriamente dito da coligada ou controlada no exterior. De fato, os lucros da pessoa jurídica contêm, se assim é possível dizer, verbas que contemplam outra destinação, tais como imposto sobre a renda, reserva legal, reserva para contingências, etc.; ou seja, os lucros apurados sofrem diversas destinações, e apenas uma delas corresponde aos dividendos em favor dos sócios, sob pena inclusive de a pessoa jurídica inadimplir suas obrigações”

E conclui, às fls. 314:

“Diante do que se apresentou, parece que as decisões nos Acórdãos 108-08765 e 101-95802 não levaram em consideração todos os aspectos que envolvem a questão que lhes foi submetida, e que é

⁶ Xavier, Alberto- Direito Tributário Internacional do Brasil. São Paulo:Ed. reselna Tributária, 1977, p. 245

⁷ Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Patrimônio- Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (172)- Centro de Estudos Fiscais- Direcção-Geral das Contribuições e Impostos- Ministério das Finanças- Lisboa- 1995, nº 34 so comentário ao art. 23-A, p. 234



imprescindível uma profunda reflexão para novo enfrentamento da questão após retorno das diligências.”

João Francisco Bianco produziu aprofundado estudo sobre o tema da transparência fiscal internacional⁸, no qual aborda a questão dos tratados internacionais.

O autor conceitua como transparência fiscal internacional (também conhecido pela sigla CFCs-“Controlled Foreign Companies”) o regime *“em que os lucros auferidos por determinadas pessoas jurídicas, sediadas em um país, passam a ser tributados diretamente na pessoa de seus sócios, residentes em outro país, como se esses últimos os tivessem auferido diretamente. É nesse sentido que a pessoa jurídica sediada no exterior, do ponto de vista fiscal do país de residência dos sócios, é chamada de transparente”*⁹

As considerações de Bianco a respeito da inconstitucionalidade da legislação brasileira de transparência fiscal internacional¹⁰ e sua brilhante abordagem quanto a formas alternativas de adoção do regime pelo Direito Brasileiro¹¹ não podem ser levadas em conta neste julgamento administrativo.

Ao analisar a compatibilidade das legislações internas sobre transparência fiscal internacional com tratados internacionais¹², o autor analisa os três artigos da Convenção Modelo da OCDE potencialmente aplicáveis, o art. 7º, o art. 10 e o art. 21.

Tendo em conta o disposto no parágrafo 1º do art. 7º, conclui que *“uma legislação das CFCs que institua a tributação dos lucros da sociedade investida-desconsiderando a sua personalidade jurídica ou considerando-a transparente para esse fim específico - , é claramente contrária ao art. 7º, parágrafo 1º, da Convenção Modelo, por extrapolar a competência tributária que lhe foi conferida pelo tratado.”*

Em seguida, lembra que a OCDE, nos Comentários à Convenção Modelo, vem mudando seu entendimento, e que *“a nova versão estabelece expressamente que a legislação das CFCs está em perfeita sintonia com os tratados, pois a única restrição à tributação dos lucros das empresas no exterior, prevista na Convenção-Modelo, é aquela do art. 7º. E como a legislação das CFCs não se submete ao disposto no artigo 7º, nenhuma restrição poderia ser estabelecida pelo intérprete em decorrência do Tratado”*.

Comenta o autor que, de acordo com a argumentação que embasa esse entendimento, *“não seriam os lucros da sociedade investida que estariam sendo tributados pelo Estado de residência dos sócios, mas os lucros auferidos pelos próprios sócios, ainda que na apuração do montante tributável seja utilizado o valor dos lucros auferidos pela sociedade sediada no outro Estado”*. E registra que *“essa conclusão está fundamentada no fato de os tratados para evitar a dupla tributação terem como escopo a prevenção da elisão e da evasão fiscal”*.

Em seguida, faz referência às críticas que o raciocínio da OCDE tem recebido, fazendo referência a autores que sustentam que para o deslinde da questão seria necessário identificar no texto da Convenção Modelo um princípio não escrito antiabuso, que permitisse

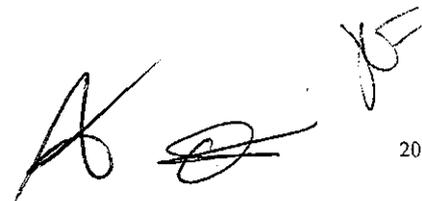
⁸ Bianco, João Francisco- Transparência Fiscal Internacional- São Paulo:Dialética, 2007

⁹ Obra mencionada, p. 20/21

¹⁰ Obra mencionada, item 3.3.3, p. 76 e seguintes.

¹¹ Obra citada, capítulo 5, p. 117 e seguintes.

¹² Mesma obra, item 6.6, p. 148 e seguintes



ao intérprete concluir pelo escopo do Tratado efetivamente prevenir a elisão fiscal, e que não identificam tal princípio. E conclui que *“a legislação das CFCs que considere transparente para fins fiscais a sociedade investida no exterior, e exija a tributação dos lucros antes da efetiva distribuição, é incompatível com o disposto no artigo 7º, parágrafo 1º, da Convenção Modelo. E as conseqüências dessa incompatibilidade deverão ser examinadas à luz de cada ordenamento jurídico, para determinar qual das duas normas deverá prevalecer: se a norma convencional ou se a regra da lei interna”*.

Analisando o artigo 10 da Convenção Modelo, pondera o autor que *“o dispositivo convencional assegura a competência tributária concorrente tão somente aos dividendos pagos. A norma não se refere aos dividendos fictos ou as dividendos considerados distribuídos.”* E conclui que o artigo não se aplica aos casos de distribuição meramente ficta.

O terceiro dispositivo relacionado com a legislação das CFCs por ele referido como potencialmente aplicável é parágrafo 1º do art. 21, cuja dicção é a seguinte:

Os rendimentos de um residente de um Estado Contratante, de onde quer que provenham, não tratados nos artigos precedentes da presente Convenção, serão tributáveis apenas nesse Estado.

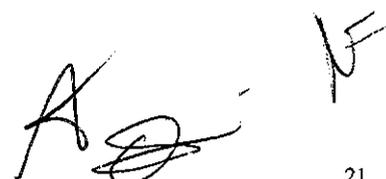
Comenta Bianco que esse artigo é inaplicável, no caso, porque o regime de tributação das CFCs é tratado nos artigos 7º e 10 da Convenção Modelo, e a aplicação do artigo 21 é restrita exclusivamente às hipóteses de rendimentos que não foram regulados pelos demais dispositivos do tratado, mencionando, como exemplo, os rendimentos provenientes de instrumentos financeiros híbridos, que não se enquadram nem na categoria de juros, nem na categoria de dividendos. E conclui:

“Pode-se discordar do regime de repartição das competências tributárias proposto na Convenção Modelo, no caso de lucros auferidos por empresas investidas no exterior. Pode-se achá-lo inadequado. Pode-se achá-lo injusto. Mas o que não pode negar é a sua previsão no corpo da Convenção-Modelo. E sendo previsto o regime de tributação dos lucros auferidos pelas CFCs, é inaplicável o artigo 21, que regula exclusivamente a hipótese de rendimentos não tratados nos demais artigos da Convenção-Modelo ”

Conclui, afinal, o autor, que o único artigo que deve ser considerado para se determinar a compatibilidade da legislação interna reguladora das CFCs com o tratado é o art. 7º.

Quando analisa especificamente a compatibilidade com a legislação interna brasileira¹³, aponta, inicialmente, que as pessoas jurídicas investidas no exterior que são alcançadas pelos tratados para evitar dupla tributação são as empresas *sujeitas à tributação* de acordo com a lei desse Estado, por força da sua residência, sede da administração ou qualquer outro critério semelhante. E aduz que *“como a legislação interna do país de residência é que vai determinar se ela é ou não sujeita à tributação, cada caso concreto deve ser analisado nas suas especificidades, sendo impossível formular uma conclusão geral aplicável a todas as situações.”*

¹³ Mesma obra, item 6.7, p 155 e seguintes.



Passando à análise do art. 74 da MP 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, diz o ilustre estudioso que se trata claramente de uma disponibilização ficta de lucros, e que o objeto da incidência são os lucros das empresas investidas. Argumenta que o legislador brasileiro utilizou-se do critério de tributação dos dividendos fictos apenas como um mecanismo para conseguir o objetivo de tributar os lucros auferidos por empresa investida no exterior. Acrescenta que os próprios Comentários da OCDE reconhecem que a legislação das CFCs não deve ser aplicada quando não caracterizado qualquer tipo de objetivo abusivo do contribuinte.

Formula as seguintes conclusões:

a) Se a hipótese fática em exame seja de investimento feito em empresa no exterior sem qualquer tipo de intuito abusivo, sediada em um país que não pratica a concorrência fiscal danosa, a legislação brasileira prevendo a tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior é incompatível com o art. 7º do Tratado e não deve ser aplicada.

b) Se a hipótese fática em exame seja de investimento feito em empresa no exterior que usufrua algum tipo de benefício fiscal, mas seja considerada sujeita à tributação no país de sua sede, nos termos da respectiva legislação interna, a mesma conclusão se impõe, uma vez que os tratados firmados pelo Brasil não dispõem de dispositivo específico coibindo medidas de contribuintes visando à obtenção de benefícios fiscais através de mecanismos de planejamento tributário, nem é possível inferir do texto do Tratado a existência de uma cláusula não escrita nesse sentido.

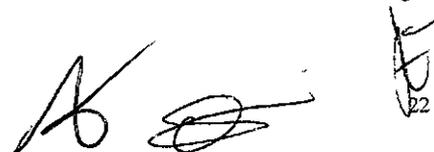
c) Se a hipótese fática em exame seja de investimento feito em empresa no exterior que usufrua algum tipo de benefício fiscal, e que não seja considerada residente no país de sua sede social, de acordo com a respectiva legislação interna, os dispositivos do Tratado são inaplicáveis ao caso concreto, e nesse caso, a lei brasileira de transparência fiscal e aplicável normalmente.

Essas são apenas algumas das considerações que influenciaram minha reflexão sobre o tema.

Segundo deixei claro nas diversas ocasiões em que o tema foi submetido a debate no Colegiado, minha posição é de que o artigo 74 da MP trata da tributação de lucros, e não de dividendos, e só admiti a possibilidade de tratá-los como dividendos frente ao Tratado, diante do seguinte impasse, que emergiu da situação concreta: (i) os lucros não teriam sido produzidos na Espanha, mas não haveria como atribuí-los à Eagle se não por intermédio da empresa espanhola; (ii) como a legislação da Espanha não determina o registro da equivalência patrimonial, a única maneira de compatibilizar sua tributação no Brasil com as disposições da Convenção seria tratando-os como dividendos antecipados.

Alguns aspectos devem ser ressaltados, quanto a essa abordagem.

Ao tomar como dividendos os lucros disponibilizados na forma do art. 74 da MP (disponibilização **ficta**, e não presumida, como era o caso da Lei 9.532), estende-se a aplicação do artigo 10, que trata de dividendos **pagos**, e deixa-se de observar o disposto no parágrafo 2º do art. 3º da Convenção. Como já me manifestei no voto condutor do Acórdão nº 101-95.808, de 2006, o conceito de “pagamento” definido no item 7 do número 1 dos Comentários ao artigo



permite submeter às regras do artigo 10 os lucros disponibilizados na forma da legislação anterior à MP 2.158-35, mas delas exclui os lucros disponibilizados na forma da MP 2.158-35.

Conforme já dito neste voto, a alteração do significado do termo “dividendo” pode implicar esvaziamento da convenção por alteração da legislação interna.

Poder-se-ia aventar que extensão do significado do termo “dividendo” se ancoraria na busca de *estabelecer um equilíbrio satisfatório entre, a necessidade de garantir a permanência dos compromissos assumidos por ocasião da assinatura da convenção e as exigências de uma aplicação cômoda e prática da Convenção ao longo do tempo*, conforme referido na conclusão do Comentário ao Número 2 do Artigo 3º.

Veja-se que, tendo em conta as profundas alterações tecnológicas e na condução das transações transfronteiriças, os aperfeiçoamentos dos estratagemas de evasão e de fraudes fiscais, o Comitê Fiscal da OCDE introduziu alterações à Convenção Modelo e respectivos Comentários. E no nº 33 da Introdução apontou que “(...) *as convenções existentes deveriam, na medida do possível, ser interpretadas dentro do espírito dos Comentários revistos, mesmo que as disposições das convenções existentes não comportassem ainda as precisões introduzidas pela Convenção Modelo de 1977.*”

Em relação ao artigo 10, a inovação trazida ao Modelo foi o nº 5, com a seguinte redação:

5. Quando uma sociedade residente de um Estado contratante obtiver lucros ou rendimentos provenientes do outro Estado contratante, este outro Estado não poderá exigir nenhum imposto sobre os dividendos pagos pela sociedade, exceto na medida em que esses dividendos forem pagos a um residente desse outro Estado ou na medida em que a participação relativamente à qual os dividendos são pagos estiver efetivamente ligada a um estabelecimento estável ou a uma instalação fixa situados nesse outro estado, nem sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a um imposto sobre os lucros não distribuídos, mesmo que os dividendos pagos ou os lucros não distribuídos consistam, total ou parcialmente, em lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado.

Nos Comentários ao nº 5 está esclarecido (no item 33) que o artigo 10 trata unicamente de dividendos **pagos**, e no item 37 refuta o argumento de que são contrárias ao disposto no nº 5 as disposições legais da legislação do país de residência para tributar lucros não distribuídos, utilizadas para prevenir a evasão fiscal¹⁴. Pondera o comentário (no item 37) que o nº 5 visa apenas a tributação no local da fonte dos rendimentos, e diz respeito à tributação da sociedade, e não à do acionista.

Assim, a questão teria que ser vista sob o prisma da legislação de transparência fiscal internacional, que implica considerar que o lucro foi auferido diretamente pela empresa brasileira, e não pela empresa espanhola, o que o retiraria da submissão ao Tratado. O deslinde do litígio passa a se situar na verificação da compatibilidade da lei brasileira de transparência fiscal com o Tratado.

¹⁴ Nesse caso, como já comentado neste voto, é que se aventa com a possibilidade de o país de residência considerar o rendimento como dividendo presumido

Conforme anotou Bianco na obra já referida, a nova versão dos Comentários à Convenção Modelo, *estabelece expressamente que a legislação das CFCs está em perfeita sintonia com os tratados, pois a única restrição à tributação dos lucros das empresas no exterior, prevista na Convenção-Modelo, é aquela do art. 7º. E como a legislação das CFCs não se submete ao disposto no artigo 7º, nenhuma restrição poderia ser estabelecida pelo intérprete em decorrência do Tratado*”.

Todavia, como também assinalou Bianco, *“os próprios Comentários da OCDE reconhecem que a legislação das CFCs não deve ser aplicada quando não está caracterizado qualquer tipo de objetivo abusivo do contribuinte.”*

Tratando da transparência fiscal, em artigo denominado “Imputação dos lucros de sociedade não residente no Direito Fiscal Brasileiro”, o professor Marciano Seabra Godoi escreveu, na Revista Fiscalidade, editada em Portugal

“Conclui-se, pois, que são louváveis e plenamente justificados os propósitos que informam a medida legislativa brasileira: impedir que a liberdade de movimento de capitais seja utilizada de forma abusiva pelas pessoas jurídicas residentes no Brasil, que de outra forma poderiam criar empresas controladas em regimes fiscais privilegiados somente para transferir-lhes ativos que gerariam rendas não passíveis de tributação pelo fisco brasileiro enquanto não disponibilizadas por um ato formal de distribuição de dividendos.

Nada mais consentâneo aos princípios que informam os contemporâneos Estados fiscais que adotar uma postura de combate ao desvio de rendas para países com tributação favorecida, daí a generalizada adoção atual de alguma forma de imputação de lucros de sociedades não residentes. O Estudo sobre a transparência fiscal internacional publicado em 2000 pelo Tesouro dos Estados Unidos da América¹⁵ demonstra que esse sistema está em sintonia com os princípios da igualdade, da neutralidade fiscal e da eficiência econômica, e além disso evita a situação de injustiça que seria provocada se a tributação reduzida estivesse disponível somente para os contribuintes com alta capacidade econômica capazes de constituir sociedades em paraísos fiscais.

6.2 Peculiaridades negativas do sistema adotado no Brasil e sugestão de mudanças

O problema é que a legislação de transparência fiscal internacional foi adotada no Brasil de forma irrefletida e canhestra. Por força do art.25 da Lei 9.249/95 e agora do art.74 da Medida Provisória 2.158/2001 (regulamentado pela Instrução Normativa 213/02), todos os investimentos em coligadas e controladas estrangeiras avaliados pelo método de equivalência patrimonial devem submeter-se ao regime da transparência fiscal internacional¹⁶.

¹⁵ DEPARTMENT OF THE TREASURY. *The Deferral of Income Earned Through US Controlled Foreign Corporations – A Policy Study*, 2000.

¹⁶ Identificando tal utilização desvirtuada do regime de transparência fiscal internacional pela Lei 9.249/95, cfr. OKUMA, Alessandra. “Da Tributação das Empresas Controladas e Coligadas”, In TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional Aplicado*, Volume II, São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 504-517; XAVIER, Alberto. *op. cit.*, pp.349-353; SALIBA, Luciana Goulart Ferreira. “Normas Tributárias para la Prevención de la

Ora, o regime da transparência fiscal internacional foi concebido e implementado ao longo das últimas décadas¹⁷ para atingir situações específicas de planejamento tributário internacional, em que pelo menos três fatores estão presentes. Em primeiro lugar, supõe-se um controle inequívoco da empresa estrangeira pela empresa nacional submetida ao regime de transparência; em segundo lugar, o regime só é aplicado a determinados tipos de rendimentos, os chamados rendimentos passivos, aqueles que não decorrem de uma genuína atividade empresarial e são produzidos por ativos transferidos previamente pela matriz; finalmente, o regime somente é aplicado quando a entidade controlada ou coligada se localiza numa jurisdição fiscal favorecida (paraíso fiscal), ou desfruta de um regime fiscal privilegiado.

(..)

Em suma: o legislador brasileiro teve em mente coibir uma prática de desvio de rendimentos de empresas residentes no Brasil para entidades criadas artificialmente em paraísos fiscais ou que gozam de um regime fiscal privilegiado. Tais desvios gerariam uma postergação indefinida do pagamento do imposto de renda brasileiro, por isso o legislador determinou que a renda das entidades controladas ou coligadas no exterior fosse tributada em sede da pessoa jurídica controladora, mesmo antes de sua disponibilização. Contudo, tal objetivo de política fiscal internacional não foi adequadamente implementado pela legislação pátria, que estabeleceu um regime indiscriminado de atribuição dos rendimentos das entidades controladas às entidades controladoras, sem perquirir sobre o controle inequívoco das segundas sobre as primeiras, e sem cogitar da necessária presença das primeiras em jurisdições de baixa pressão fiscal.

A aplicação generalizada do regime de transparência fiscal apresenta graves inconvenientes. Por um lado, prejudica desnecessariamente a competitividade das sociedades brasileiras que efetuam no exterior investimentos diretos em atividades genuinamente empresariais. Nestes casos, não há nada que justifique, de um ponto de vista de política fiscal, a exigência do imposto à medida que os lucros das controladas e coligadas são auferidos no exterior. Em segundo lugar, a adoção generalizada da transparência fiscal internacional para todo e qualquer investimento estrangeiro é apontada pela própria OCDE como contrária às normas dos tratados internacionais celebrados para evitar a dupla tributação da renda¹⁸.

Elusión Internacional”, *II Coloquio Internacional de Derecho Tributario - Vol II*, Buenos Aires: CEU-Universidad Austral, 2000, pp.633-647; TÓRRES, Heleno. *Direito Tributário Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp 131-132 e PANDOLFO, Rafael “Invalidade das alterações promovidas pelo art.74 da Medida Provisória n.º 2.158-34”, *Repertório de Jurisprudência IOB - 1*, abril de 2002, pp.249-240.

¹⁷ Para uma comparação entre as técnicas de imposição utilizadas pelos sistemas de imputação dos diversos países, cfr. AULT, Hugh. J (Org.). *Comparative Income Taxation – A structural Analysis*, Londres: Kluwer Law International, 1997, pp.413-422.

¹⁸ Cfr. o item 26 dos Comentários ao Art.1.º do Modelo de Convenção (versão de 2003) – OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OCDE: Paris, 2003, p.64. Na edição de 2004 de seu *Direito Tributário Internacional do Brasil* (pp.446-452), Alberto Xavier afirma que a imputação de lucros de sociedades não residentes, mesmo que restrita a rendas passivas oriundas de regimes fiscais favorecidos, não poderia ser aplicada quanto a sociedades domiciliadas em país que tenha celebrado tratado de dupla tributação com o Brasil. O autor

Sendo assim, urge que o Congresso Nacional, quando deliberar definitivamente sobre a Medida Provisória 2.158/2001, promova as necessárias reformas ao regime da transparência fiscal internacional instaurado irrefletidamente pelo art. 74 da referida Medida Provisória. Essas reformas devem contemplar, no mínimo, os seguintes aspectos: (a) o regime deve aplicar-se somente a situações em que a sociedade residente no Brasil, direta ou indiretamente, isoladamente ou em conjunto com outras sociedades do mesmo grupo, possua mais de 50% do capital votante da sociedade estrangeira; (b) o regime deve aplicar-se somente a determinados tipos de rendimentos passivos (juros, royalties, dividendos, rendas imobiliárias) ou então, em se determinando a inclusão no regime de todos os rendimentos da sociedade, devem ser criadas exceções para, por exemplo, os casos em que os rendimentos provêm de atividades comerciais ou industriais genuinamente exercidas no país em que se localiza a entidade estrangeira e (c) o regime deve aplicar-se somente quando a entidade estrangeira esteja localizada em um paraíso fiscal ou desfrute de um regime fiscal privilegiado.”

Fechando os parêntesis e retornando ao caso concreto.

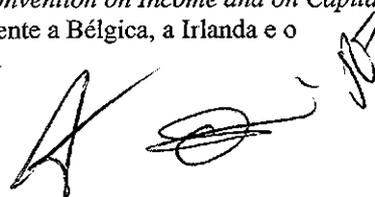
Após todas essas reflexões confirmo minha conclusão anterior de que, de fato, a tributação dos lucros disponibilizados fictamente na forma do art. 74 da MP 2.158-35, de 2001, se rege pelo artigo 7º da Convenção. Ainda, e na mesma linha de Bianco, entendo que referida norma de transparência fiscal internacional não é incompatível com os acordos internacionais que seguem o modelo da OCDE, nas situações fáticas de investimento feito em empresa no exterior com intuito abusivo, ou sediada em um país que pratica a concorrência fiscal danosa.

No caso específico, uma vez que a investida não se situa em “paraíso fiscal” e não demonstrado nos autos que goze de regime fiscal privilegiado (a Administração Tributária da Espanha confirmou que a Jaluja Spain se encontra submetida ao regime geral de Impostos sobre Sociedades estabelecido na Lei 43/1995, sendo sujeito do Imposto sobre Sociedades), não se sustenta a submissão à tributação dos resultados da empresa espanhola.

Tal se aplica, inclusive, à CSLL, uma vez que o parágrafo 4 do Artigo 2º da Convenção determina sua aplicação a quaisquer impostos substancialmente semelhantes que forem criados, seja por adição aos impostos já existentes, seja em sua substituição. E este é exatamente o caso da Contribuição Social sobre o lucro líquido, substancialmente semelhante ao imposto de renda, tendo ambos, como ponto de partida, o lucro líquido do exercício.

Ressalvo que não acolho sem ressalvas a conclusão de Bianco, de que a legislação brasileira prevendo a tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior é incompatível com o art. 7º do Tratado e não deve ser aplicada mesmo nos casos de utilização do tratado visando à obtenção de benefícios fiscais através de mecanismos de

reporta-se ao Relatório de 1987 sobre as *Conduit Companies* e aos Comentários da OCDE na versão de 1992, afirmando haver uma divergência de orientações dos Estados membros quanto à aplicabilidade de normas anti-abuso na ausência de disposições específicas do tratado. Os comentários atuais da OCDE afirmam com muito mais ênfase que nem o artigo 7.1 nem o artigo 10.5 do Modelo de Convenção mostram-se contrários à adoção das normas de CFC pelos países contratantes, e por conseqüência não é necessário confirmar expressamente no texto do tratado a aplicação das normas de imputação. Cfr. OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OCDE: Paris, 2003, pp. 64 (item 23), 114 (item 10.1) e 151 (item 37). Somente a Bélgica, a Irlanda e o Luxemburgo manifestaram reservas específicas quanto a esses comentários.



planejamento tributário. Entendo que se no ato de lançamento a autoridade fiscal identificar a utilização do tratado apenas como mecanismo de planejamento fiscal internacional estruturado exclusivamente com objetivo de escapar (ou reduzir) a tributação no Brasil, a questão deve ser examinada à luz de planejamento inoponível ao fisco. Nessas circunstâncias, cabe aplicar a atual versão dos Comentários à Convenção Modelo, que estabelece expressamente que a legislação das CFCs está em perfeita sintonia com os tratados. No caso, a questão não foi analisada sob esse prisma, porque não tal não constou da acusação fiscal.

Ficam absorvidas por essa conclusão todas as questões que dizem respeito diretamente à tributação dos resultados da Jalua, quais sejam, a matéria objeto de recurso de ofício, a compensação de prejuízos e a desconsideração do imposto pago.

Não obstante esse seja meu voto, poderá alguém entender diferentemente, ou seja, que a tributação incide sobre dividendos. Por isso, para reflexão dos que assim pensam, passo a analisar questões levantadas pelas partes, e que poderão influenciar na decisão dos meus pares.

Em primeiro lugar, menciono a questão suscitada pela Recorrente como prejudicial, referente ao fato de que o balanço patrimonial da Jalua e suas demonstrações financeiras no exterior evidenciam que no ano de 2002 foi apurado prejuízo de quase quarenta e oito milhões de Euros, e que o valor indicado no Diário da Eagle como resultado da Jalua, decorre de ajustes feitos para atender à legislação comercial brasileira

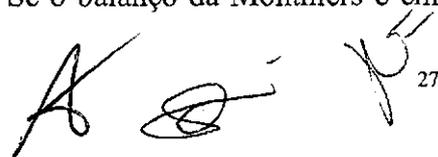
Sobre essa prejudicial faço as seguintes considerações.

Quanto à equivalência patrimonial da controlada indireta, haveria duas hipóteses a serem consideradas: (1) ou se toma em consideração o resultado da Jalua (sem influência do resultado da Monthiers), e nesse caso o resultado da controlada indireta uruguaia se considera diretamente auferido pela Eagle (com apoio no art. 1º, §§ 1º, 2º e 4º e no art. 7º da IN 213), sendo inaplicável o acordo internacional; (2) ou se toma o resultado da Jalua Spain já influenciado pelo resultado positivo da Monthiers, aplicando-se o acordo internacional. Ao analisar essa questão para enfrentar o argumento da PFN, de que os resultados apurados no Uruguai não se submetem ao Acordo internacional, entendi que não há como trazer tais lucros para o Brasil se não por intermédio da controlada direta.

A tributação do lucro obtido pela Monthiers por intermédio da Jalua pressupõe o cálculo da equivalência patrimonial, na Jalua, do investimento por ela feito na Monthiers.

Pondera a Recorrente que os resultados da Monthiers não estão refletidos no resultado da Jalua, porque a legislação da Espanha não prevê o reconhecimento da equivalência patrimonial, e que se fosse feita a equivalência patrimonial da Monthiers na Jalua, haveria uma pela variação cambial do investimento, decorrente da desvalorização real frente ao euro, e disso resultaria a inexistência de lucros na Jalua.

Ocorre que a jurisprudência deste Conselho é de que, tendo em vista as razões contidas na mensagem de veto ao art. 46 do projeto de conversão da Medida Provisória nº 135/03, a variação cambial do investimento não constitui nem despesa dedutível, nem receita tributável. Por conseguinte, tal variação cambial não pode ser considerada para fins de apuração dos lucros da Jalua. Note-se que a Eagle é detentora de praticamente 100% do capital da Jalua, que é detentora de 100% do capital da Monthiers. Se o balanço da Monthiers é em



27

reais, não há lógica em considerar (apenas para fins de apuração dos lucros tributáveis no Brasil) uma despesa de variação cambial relativa a conversão de 100% do capital da Monthiers de reais para euros, anulando o resultado da Jalua, e desconsiderar, para fins de tributação, a receita de variação cambial do investimento da Eagle na Jalua, de euros para reais

Esse fato, a meu sentir, supera a prejudicial.

Na seqüência, analiso as questões levantadas na tribuna pela Procuradoria da Fazenda Nacional, sobre a aplicação do art. 23 da Convenção.

O artigo 23 da Convenção Modelo trata de métodos destinados a eliminar a dupla tributação jurídica, isto é, quando a mesma pessoa é tributada a título do mesmo rendimento por mais de um Estado¹⁹. Tais métodos de desoneração, que são sempre aplicados pelo Estado de residência, são o método da isenção e o método da imputação (*tax credit*). Consoante esclarece o nº 17 dos Comentários ao artigo 23, a diferença fundamental entre os métodos consiste em que a isenção tem em atenção o rendimento, enquanto a imputação tem em atenção o imposto.

A aplicação de medida para eliminar a dupla tributação pressupõe a existência de rendimento potencialmente tributável pelos dois Estados. Ou seja, sempre que, de acordo com a Convenção houver um rendimento sobre o qual ambos os Estados possam exercer sua competência impositiva (não sendo necessário que o Estado da fonte efetivamente a exerça), o Estado de residência deve isentar esse rendimento ou conceder, sobre o imposto apurado, um crédito equivalente ao imposto pago no outro Estado,

O método da isenção compreende duas modalidades: isenção integral, pelo qual o rendimento tributável pelo Estado da fonte não é tomado em consideração para nenhum efeito, e isenção com progressividade, pelo qual o rendimento tributável pelo Estado da fonte, embora não seja tributado pelo Estado de residência, é computado para efeito de determinar a alíquota aplicável.

O primeiro aspecto levantado pela PFN foi de que existe um descompasso temporal entre os fatos geradores, trazido pela legislação brasileira, fazendo com que o fato gerador no Brasil ocorra antes da efetiva distribuição, e por isso, os dividendos deveriam ser integralmente tributados no Brasil e, posteriormente, quando da efetiva distribuição e tributação na Espanha, deve ser reconhecido o respectivo crédito à Recorrente.

Não procede o defendido pela PFN, visto que o método convencionado foi da isenção, e não da imputação (*tax credit*).

O segundo ponto sustentado pela PFN é de que a isenção prevista no art. 23 está restrita à alíquota de 15%, não alcançando o adicional de 10% e a Contribuição Social.

Também aqui entendo equivocada a PFN. A Convenção determina a isenção integral sobre o montante de dividendos tributáveis na Espanha. Assim, o montante em causa estará isento da incidência de qualquer imposto sobre a renda que incidiria de acordo com a

¹⁹ Hipótese distinta da dupla imposição econômica, em que a identidade de objeto coexiste com a diversidade de sujeitos, como, por exemplo, o mesmo rendimento é tributado por normas tributárias distintas, das quais uma atinge na sociedade, pessoa jurídica onde se gerou, e outra no sócio a quem foi distribuído. (conforme Alebrto Xavier, Direito Tributário Internacional do Brasil-São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1977, p.58 e 59)



legislação interna. Como esclarece o nº 38 dos Comentários ao art. 23, “o montante dos rendimentos a isentar do imposto pelo Estado da residência é o montante que, na ausência da convenção, teria ficado sujeito a imposto interno sobre o rendimento, de harmonia com a legislação nacional que regula este imposto”.

Um outro ponto suscitado é que a isenção de que trata o nº 4 do art. 23 só alcança 15% do montante dos dividendos, que seria o valor tributável na Espanha.

Como já dito, a medida para evitar a dupla tributação só é aplicável sobre o rendimento em relação ao qual ambos os Estados tenham competência impositiva.

O primeiro aspecto a ser definido é se a competência do Estado da fonte alcança os dividendos como um todo, ou apenas 15% desses dividendos.

O art. 10 do Acordo estabelece:

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

2. Todavia, esses dividendos podem ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos dividendos.

O que o nº 2 do art. 10 limita é o montante do imposto, e não o montante dos dividendos. Assim, considerando que os dividendos, como um todo, estão na competência impositiva de ambos os Estados (embora o imposto exigível pelo Estado da fonte seja limitado), sobre eles se aplica a isenção estabelecida no nº 4 do art. 23, que estabelece que *quando um residente do Brasil receber dividendos que de acordo com as disposições da presente Convenção sejam tributáveis na Espanha, o Brasil isentará de imposto esses dividendos.*

Por conseguinte, nessa linha de entendimento, que adoto, não se sustentaria a tributação sobre os dividendos.

Uma outra linha de entendimento é possível no sentido de que a competência tributável da Espanha só alcança 15% dos dividendos brutos, e assim, a isenção pelo Brasil não alcançaria o montante de 85% dos dividendos.

Há um forte argumento para defender que a isenção, pelo Brasil, só alcançaria 15% do montante bruto dos dividendos. É que interpretação no sentido de que a isenção alcança 100% dos dividendos resultaria em tornar inaplicável o número 1 do art. 10. De fato, como asseverar que os dividendos pagos por uma sociedade residente da Espanha a um residente do Brasil são tributáveis no Brasil (art. 10, nº 1) e, ao mesmo tempo, afirmar que o Brasil isentará esses dividendos (nº 4 do art. 23)? O disposto no nº 4 do art. 23 anula o disposto no nº 1 do art. 10.

Em memorial apresentado, o ilustre patrono pondera que “o fato de a isenção prevista no art. 23 anular por completo a atribuição de competência prevista no art. 10 do Tratado é da própria natureza deste método para eliminação da dupla tributação, não devendo causar qualquer estranheza”. Argumenta que a aplicação de qualquer dos métodos

previstos só tem sentido nos casos em que a convenção atribua competência impositiva a ambos os países signatários. E aduz: “*Sendo adotado o método do crédito, esta competência persistirá, mas a bi-tributação será eliminada pela concessão de crédito correspondente ao imposto pago no país da fonte. Já se adotado o método da isenção, a bi-tributação é eliminada pela renúncia pelo país da residência da competência a que teria direito*”.

De fato, qualquer das medidas para eliminar a dupla tributação só tem aplicação nos casos em que a Convenção atribua competência impositiva a ambos os países signatários. Também está correta a afirmação de que, se adotado o método da isenção, a dupla tributação é eliminada pela renúncia do país de residência da competência a que teria direito. O que não está correta é a conclusão de que essa renúncia se dá, inclusive, sobre a parcela do rendimento em relação ao qual sua competência é exclusiva, não havendo competência impositiva pelo Estado da fonte. Repita-se, os rendimentos sobre os quais se aplica o método de eliminação são apenas aqueles para os quais ambos os países têm competência. Assim, se aceita a tese de que a competência da Espanha, no caso de dividendos, restringe-se a 15% do montante bruto, a renúncia do país de residência (Brasil), quando adota o método da isenção integral, restringir-se-ia-se a essa parcela tributável pelo país da fonte.

Ou seja, o art. 10 da Convenção atribui competência ao Brasil para tributar os dividendos recebidos de sociedade residente na Espanha. Naturalmente, essa competência seria ou não exercida, conforme a legislação interna do Brasil. Ao mesmo tempo, a Convenção atribuiu competência à Espanha para tributar esses dividendos (para tributá-los à alíquota máxima de 15%, conforme uma linha de entendimento, ou para tributar até 15% do montante dos dividendos, conforme outra linha de entendimento).

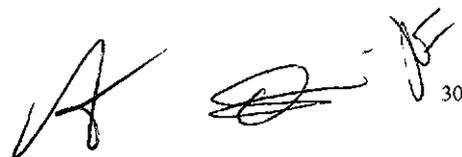
A competência impositiva não foi exercida pelo Brasil até o ano-calendário de 1995. A partir de quando a legislação interna do Brasil passou a prever a tributação desses dividendos, com a Lei nº 9.249, de 1995, o Brasil estava obrigado a conceder isenção ao montante dos dividendos para os quais a Espanha também tem competência impositiva, renunciado à competência impositiva a que teria direito sobre os referidos rendimentos, em face de sua legislação interna.

O patrono da Recorrente menciona, ainda, que o Brasil, expressamente, fez constar ressalva aos comentários quanto ao art. 23 no sentido de que *se reserva o direito de dispor que o rendimento contemplado no art. 10 deva ser isento ou assegurado um ‘matching credit’ no outro Estado contratante*.

Essa reserva expressa a discordância do Brasil quanto ao item 34 dos Comentários ao art. 23, que estabelece que

“(…) o método da isenção não se aplica aos rendimentos que, por força da convenção, podem ser tributados no Estado de residência, mas podem também ficar sujeitos a imposto limitado no outro estado contratante. Relativamente a esses elementos do rendimento, o número 2 do Artigo 23º prevê o método da imputação.”

Em consonância com a reserva, o método para eliminar a dupla tributação dos dividendos adotado na Convenção Brasil/Espanha, diferentemente do previsto nos Comentários, foi o da isenção (isenção integral por parte do Brasil, isenção com progressividade por parte da Espanha).



30

Os itens 49 a 52 dos Comentários, referidos no memorial, registram que, para os dividendos respeitantes a uma participação substancial detida de uma sociedade, as disposições dos números 1 e 2 do artigo 10.º e do artigo 23º evitam, eficazmente, a dupla tributação jurídica dos dividendos, mas não impedem que os lucros distribuídos à sociedade mãe suportem uma tributação em cascata, em imposto de sociedades (uma primeira vez a nível da afiliada e uma segunda vez a nível da sociedade mãe), o que é suscetível de criar um obstáculo significativo ao desenvolvimento dos investimentos internacionais. Registram, também, que disposições destinadas a evitá-las podem ser inseridas nas convenções de dupla tributação, e que, para os Estados que preferirem resolver a questão em suas convenções, a solução poderia articular-se pela volta a um dos princípios “isenção com progressividade”, “imputação dos impostos subjacentes”, “assimilação a uma participação numa afiliada nacional” .

O patrono da Recorrente, para embasar a interpretação, em consonância os referidos nºs 49 a 52 dos Comentários, no sentido de que a isenção alcança o total dos dividendos, invoca a doutrina de Michael Lang e Florian Brugger, que lecionam que “*se os Estados contratantes optam por seguir a redação do Modelo da OCDE na elaboração de certa disposição, é razoável presumir que eles desejavam que tal disposição tivesse o significado que tem no Modelo da OCDE, da maneira delineada na versão dos Comentários da OCDE existentes à época da negociação do tratado.*”

Alega o patrono da Recorrente que a redação adotada nos parágrafos 3º e 4º do art. 23 do Tratado Brasil-Espanha segue exatamente a sugestão dos comentários da OCDE para os países que optem por enfrentar a questão na própria convenção, sendo esse mais um motivo a justificar o entendimento de que a isenção alcança integralmente os dividendos, objetivando eliminar a dupla tributação em cascata.

Sobre essa argumentação é preciso, inicialmente, considerar que os acordos internacionais visam a alcançar a eliminação da dupla tributação jurídica, e não econômica. Os nºs 42 a 54 dos Comentários ao art. 23 tratam especificamente da questão de eliminação da dupla tributação de dividendos respeitantes a uma participação substancial detida por uma sociedade, e aventam hipótese de os Estados contratantes inserirem disposições nas suas convenções para evitar a dupla tributação em cascata. Todavia, os nºs 3 e 4 do art. 23 da Convenção com a Espanha não é específico para o fim tratado nesses comentários,, pois tem caráter geral, alcançando os dividendos decorrentes de qualquer percentual de participação, e não apenas participação substancial, bem como os dividendos pagos a pessoa física.

Os Comentários referidos no memorial não são suficientes para conduzir a interpretação do dispositivo ora em causa (parágrafo 4º do art. 23 da Convenção Brasil/Espanha) como tendo sido a opção dos contratantes pela eliminação da dupla tributação econômica, eis que não fica superada a contradição entre o nº 1 do art. 10 e o nº 4 do art. 23. Se os Estados pretendiam realmente, nos casos de participação substancial, eliminar a tributação em cascata pelo imposto das sociedades mãe e filha, teriam que acordar que os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado contratante a uma sociedade residente do outro Estado contratante, em razão de uma participação substancial, não podem ser tributados nesse outro Estado.²⁰, fugindo, nesse aspecto, ao modelo da OCDE.

²⁰ Ressalvando, para o Espanha, a possibilidade de computar os dividendos recebidos por seus residentes para fins de determinação da alíquota aplicável aos demais rendimentos.



Na verdade, a contradição apenas se explicaria pelo fato de as convenções seguirem um modelo que tem uma estrutura, que do artigo 6º até o artigo 22 trata da atribuição de competências, e no art. 23 prevê a eliminação da dupla tributação. Assim, a opção por estabelecer a competência impositiva pelo país de residência no art. 10 e em seguida retirá-la no art. 23, em lugar de, simplesmente, não atribuí-la no art. 10, decorreria, exclusivamente, da adoção do modelo na atribuição da competência pelo art. 10 (para o qual o Brasil não apresentou reserva), e de não adoção do método apropriado segundo o modelo, embasada na reserva apresentada.

Essas considerações eu as trago apenas para ponderação dos meus pares que eventualmente entendam que, no caso, aplica-se o Tratado e o artigo de regência seria o de nº 10.

2- Tributação da variação cambial do investimento

A variação cambial é a expressão do valor em moeda estrangeira investido inicialmente, nada tendo em comum com os lucros gerados no exterior. É uma parcela híbrida na contabilidade em reais com investimento em moeda estrangeira.

Esta Câmara também enfrentou a matéria em mais de uma ocasião, tendo concluído pelo dever ser excluída da exigência a parcela referente à variação cambial. Para o Colegiado foi decisivo, na elucidação da questão, o fato de o Presidente da República ter vetado o artigo 46 do projeto de conversão da MP 135/03, que, por sua vez, buscava criar tributação sobre a variação cambial de investimentos no exterior.

É a seguinte a Mensagem nº 795, de 29 de dezembro de 2003:

“ Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei de Conversão nº 30, de 2003 (MP nº 135/03), que “Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências”.

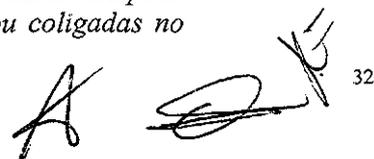
Ouvido, o Ministério da Fazenda manifestou-se quanto ao seguinte dispositivo:

Art. 46

“Art. 46. A variação cambial dos investimentos no exterior avaliados pelo método da equivalência patrimonial é considerada receita ou despesa financeira, devendo compor o lucro real e a base de cálculo da CSLL relativos ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano-calendário.”

Razão do veto

“Não obstante tratar-se de norma de interesse da administração tributária, a falta de disposição expressa para sua entrada em vigor certamente provocará diversas demandas judiciais, patrocinadas pelos contribuintes, para que seus efeitos alcancem o ano-calendário de 2003, quando se registrou variação cambial negativa de, aproximadamente, quinze por cento, o que representaria despesa dedutível para as pessoas jurídicas com controladas ou coligadas no

 32

exterior, provocando, assim, perda de arrecadação, para o ano de 2004, de significativa monta, comprometendo o equilíbrio fiscal."

Esta, Senhor Presidente, a razão que me levou a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, a qual ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

Brasília, 29 de dezembro de 2003."

Demais matérias questionadas

Das demais matérias articuladas no recurso estão tratadas nos títulos "da compensação de prejuízos", "da exigência de juros sobre multa" e "da ilegitimidade da Selic"

Quanto à compensação de prejuízos, as razões articuladas se referem à redução dos estoques de prejuízos a compensar feita pela fiscalização no processo administrativo 16327.000112/2005-31. Assim, as alterações produzidas naquele lançamento pela decisão deste Conselho, quando definitiva, se refletirão, automaticamente, na restauração (parcial ou total) dos prejuízos e, se for o caso, no aproveitamento de eventual parcela remanescente para compensar crédito mantido neste processo.

A aplicação da Selic não comporta mais análise por este Primeiro Conselho, por ser objeto de súmula, de aplicação obrigatória, nos termos do art. 53 do Regimento. A Súmula 1º C.C nº 4 enuncia:

Súmula 1º CC nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

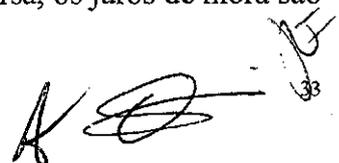
A questão da incidência dos juros sobre a multa de ofício já foi por mim analisada em outros recursos, e minhas conclusões podem assim ser resumidas:

A obrigação tributária pode ser principal, consistindo em obrigação de dar (pagar tributo ou multa) e acessória, obrigação de fazer (deveres instrumentais).

De acordo com o art. 139 do CTN, o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta. Portanto, compreendem-se no crédito tributário o valor do tributo e o valor da multa.

O Decreto-lei nº 1.736/79 determinou a incidência dos juros de mora sobre o "valor originário", definindo como "valor originário" o débito, excluídas apenas as parcelas relativas a correção monetária, juros de mora, multa de mora e encargo do DL 1.025/69. Ou seja, não previu a exclusão da multa de ofício.

O art. 161 do CTN determina que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, ressalvando apenas a pendência de consulta formulada dentro do prazo legal para pagamento do crédito. Seu § 1º determina que, se a lei não dispuser de forma diversa, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.



No caso de multa por lançamento de ofício, seu vencimento é no prazo de 30 dias contados da ciência do auto de infração. Assim, o valor da multa lançada, se não pago no prazo de impugnação, sujeita-se aos juros de mora.

Além dos artigos 2º e 3º do DL 1.736/79, tratam dos juros de mora os seguintes dispositivos de leis ordinárias: Lei 8.383/91, art. 59; Lei 8.981/95, art. 13; Lei 9.430/96, art. 5º, § 3º, art. 43, parágrafo único e art. 61, § 3º; Lei nº 10.522/2002, (cuja origem foi a MP 1.621-31/98), arts. 29 e 30.

O artigo 61 da Lei 9.430/96 regula a incidência de acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 01 de janeiro de 1997, não alcançando, pois, a multa por lançamento de ofício, uma vez que: (a) a multa não *decorre* do tributo, mas do descumprimento do dever legal de pagá-lo; (b) entendimento contrário implicaria concluir que sobre a multa de ofício incide a multa de mora.

O artigo 30 da Lei 10.522/2002 determina a submissão, a partir de 1º de janeiro de 1997, a juros de mora calculados segundo a Selic, dos débitos cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994 e que não tenham sido objeto de parcelamento, e dos créditos inscritos na Dívida Ativa da União.

Em síntese, em se tratando de débitos de tributos cujos fatos geradores ocorreram a partir de 1º de janeiro de 1995 só há dispositivo legal autorizando a cobrança de juros de mora à taxa SELIC sobre multa no caso de multa lançada isoladamente; não porém quando ocorrer a formalização da exigência do tributo acrescida da multa proporcional. Nesse caso, só podem incidir juros de mora à taxa de 1%, a partir do trigésimo dia da ciência do auto de infração, conforme previsto no § 1º do art. 161 do CTN.

RECURSO DE OFÍCIO.

Tendo sido vencida em relação à tributação dos lucros da Jalua, a questão do recurso de ofício demanda apreciação.

A decisão *a quo* reduziu a base tributável da primeira infração, em relação ao lucro disponibilizado pela Jalua, para excluir o ganho com variação cambial, objeto da segunda infração, para evitar duplicidade de tributação.

Ocorre que a segunda infração (variação cambial do investimento) foi afastada por esta Câmara, inexistindo a duplicidade. Além disso, a Câmara decidiu que o lucro da Monthiers considera-se auferido pela Eagle diretamente, e não através da Jalua, e o balanço da Monthiers é expresso em reais .

Por todo o exposto, voto no sentido de:

a) Quanto ao recurso voluntário, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para:

1. Excluir da matéria tributável os lucros auferidos por intermédio da empresa espanhola Jalua.
2. Excluir da tributação a matéria relacionada à variação cambial do patrimônio líquido das controladas

 34

3. Determinar que os juros de mora sobre a multa por lançamento de ofício fiquem limitados à taxa de 1%.

b) Quanto ao recurso de ofício, dar-lhe provimento.

Sala das Sessões, DF, em 17 de dezembro de 2008


SANDRA MARIA FARONI



VOTO VENCEDOR

Conselheiro VALMIR SANDRI

Pedi vistas dos autos para melhor analisar a questão, notadamente quanto à matéria suscitada nos debates, consubstanciada no fato de que o lucro tributado no Brasil, em verdade, teria sido auferido por empresa sediada não na Espanha, mas em outros países com o qual o Brasil não possui tratado para evitar a dupla tributação.

De plano, ressalto e louvo o brilhante trabalho desenvolvido pela Conselheira Sandra Maria Faroni, que de longa data, reconhecidamente se desponta como a melhor julgadora deste E. Conselho. Em seu voto, a Nobre Relatora nos brindou com uma verdadeira aula sobre o regime jurídico dos lucros auferidos no exterior e a sua aplicabilidade quando envolve situações em que as empresas interessadas estão ao amparo de tratados para evitar a dupla tributação.

Estou de pleno acordo com o voto da Sandra quando trata de lucros apurados na Espanha, excluindo-os da possibilidade de tributação no Brasil em razão da aplicação do tratado Brasil-Espanha. Diz a ilustre Conselheira:

“Após todas essas reflexões confirmo minha conclusão anterior de que, de fato, a tributação dos lucros disponibilizados fictamente na forma do art. 74 da MP 2.158-35, de 2001, se rege pelo artigo 7º da Convenção. Ainda, e na mesma linha de Bianco, entendo que referida norma de transparência fiscal internacional não é incompatível com os acordos internacionais que seguem o modelo da OCDE, nas situações fáticas de investimento feito em empresa no exterior com intuito abusivo, ou sediada em um país que pratica a concorrência fiscal danosa.

No caso específico, uma vez que a investida não se situa em “paraíso fiscal” e não demonstrado nos autos que goze de regime fiscal privilegiado (a Administração Tributária da Espanha confirmou que a Jaluia Spain se encontra submetida ao regime geral de Impostos sobre Sociedades estabelecido na Lei 43/1995, sendo sujeito do Imposto sobre Sociedades), não se sustenta a submissão à tributação dos resultados da empresa espanhola.

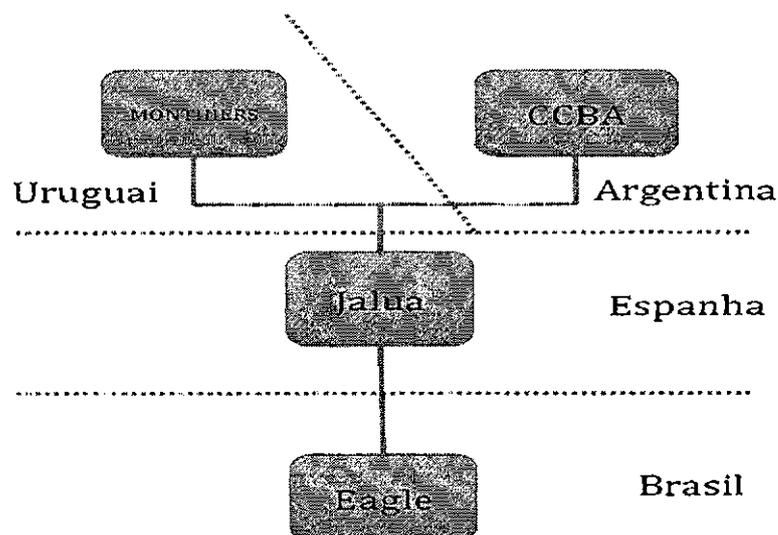
Tal se aplica, inclusive, à CSLL, uma vez que o parágrafo 4 do Artigo 2º da Convenção determina sua aplicação a quaisquer impostos substancialmente semelhantes que forem criados, seja por adição aos impostos já existentes, seja em sua substituição. E este é exatamente o caso da



Contribuição Social sobre o lucro líquido, substancialmente semelhante ao imposto de renda, tendo ambos, como ponto de partida, o lucro líquido do exercício.

Ressalvo que não acolho sem ressalvas a conclusão de Bianco, de que a legislação brasileira prevendo a tributação dos lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior é incompatível com o art. 7º do Tratado e não deve ser aplicada mesmo nos casos de utilização do tratado visando à obtenção de benefícios fiscais através de mecanismos de planejamento tributário. Entendo que se no ato de lançamento a autoridade fiscal identificar a utilização do tratado apenas como mecanismo de planejamento fiscal internacional estruturado exclusivamente com objetivo de escapar (ou reduzir) a tributação no Brasil, a questão deve ser examinada à luz de planejamento inoponível ao fisco. Nessas circunstâncias, cabe aplicar a atual versão dos Comentários à Convenção Modelo, que estabelece expressamente que a legislação das CFCs está em perfeita sintonia com os tratados. No caso, a questão não foi analisada sob esse prisma, porque não tal não constou da acusação fiscal.

Ocorre que o ponto fundamental neste caso, em minha opinião, não é bem este. Como exaustivamente visto antes, a sociedade brasileira (EAGLE), possui o controle societário de uma empresa residente na Espanha (JALUA), com o qual o Brasil possui tratado para evitar a dupla tributação, que por sua vez possui o controle de outras empresas (MONTHIERS/URUGUAI e CCBA/ARGENTINA). Noutro giro, a Eagle possui o controle direto da JALUA localizada na Espanha e o controle indireto da CCBA (Argentina) e Monthiers (Uruguai), assim retratado:



A sociedade brasileira, para atender a legislação societária, registrou os lucros auferidos no exterior sem a interferência de uma equivalência patrimonial prévia na sociedade residente na Espanha, por estar dispensada segundo a legislação espanhola.

Embora os resultados apurados pelas sociedades MONTHIERS e CCBA, tenham sido considerados pela sociedade brasileira para efeitos societários, os mesmos não foram oferecidos à tributação pelo fato da contribuinte, ora Recorrente, entender que tais resultados não seriam alcançados pela legislação pátria, ou que, ao menos, tais lucros seriam da sociedade residente na Espanha (JALUA), e que, portanto, estaria ao abrigo do tratado Brasil – Espanha para evitar a dupla tributação.

A questão pode ser resumida nas seguintes indagações: a legislação brasileira que passou a tributar os resultados auferidos por intermédio de pessoas jurídicas no exterior alcança apenas a controlada que a empresa brasileira possua controle direto ou alcança também o lucro auferido pelas empresas que detenha o controle indireto? O lucro auferido pela controlada indireta é lucro da controladora ou lucro da controlada direta?

A resposta conferida pela Conselheira Sandra a esta indagação foi a seguinte:

“Em primeiro lugar, menciono a questão suscitada pela Recorrente como prejudicial, referente ao fato de que o balanço patrimonial da Jalua e suas demonstrações financeiras no exterior evidenciam que no ano de 2002 foi apurado prejuízo de quase quarenta e oito milhões de Euros, e que o valor indicado no Diário da Eagle como resultado da Jalua, decorre de ajustes feitos para atender à legislação comercial brasileira.

Sobre essa prejudicial faço as seguintes considerações.

Quanto à equivalência patrimonial da controlada indireta, haveria duas hipóteses a serem consideradas: (1) ou se toma em consideração o resultado da Jalua (sem influência do resultado da Monthiers), e nesse caso o resultado da controlada indireta uruguaia se considera diretamente auferido pela Eagle (com apoio no art. 1º, §§ 1º, 2º e 4º e no art. 7º da IN 213), sendo inaplicável o acordo internacional; (2) ou se toma o resultado da Jalua Spain já influenciado pelo resultado positivo da Monthiers, aplicando-se o acordo internacional. Ao analisar essa questão para enfrentar o argumento da PFN, de que os resultados apurados no Uruguai não se submetem ao Acordo internacional, entendi que não há como trazer tais lucros para o Brasil se não por intermédio da controlada direta.



A tributação do lucro obtido pela Monthiers por intermédio da Jalua pressupõe o cálculo da equivalência patrimonial, na Jalua, do investimento por ela feito na Monthiers.

Pondera a Recorrente que os resultados da Monthiers não estão refletidos no resultado da Jalua, porque a legislação da Espanha não prevê o reconhecimento da equivalência patrimonial, e que se fosse feita a equivalência patrimonial da Monthiers na Jalua, haveria uma pela variação cambial do investimento, decorrente da desvalorização real frente ao euro, e disso resultaria a inexistência de lucros na Jalua.”

Com a devida vênia da Ilustre Conselheira Relatora, que, como de costume tão bem apreciou a matéria ora vencida, ousou discordar de seu entendimento no sentido de que em relação ao lucro da Monthiers, “*não há como trazer tais lucros para o Brasil se não por intermédio da controlada direta*” e de que “*a tributação do lucro obtido pela Monthiers por intermédio da Jalua pressupõe o cálculo da equivalência patrimonial, na Jalua, do investimento por ela feito na Monthiers*”.

Registre-se, ainda, o memorial apresentado pelo Ilustre advogado da Recorrente quando trata desta questão, ao afirmar que a possibilidade de se tributar o lucro da Monthiers no Brasil “*equivaleria a tributar diretamente na empresa brasileira o lucro das investidas indiretas, desconsiderando-se a personalidade jurídica de suas investidoras ...*”.

Como será demonstrado adiante, não há desconsideração da personalidade jurídica, vejamos.

A TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE CONTROLADAS

A ilustre Conselheira Relatora fez um completo esboço da legislação relativa ao tema, razão pela qual deixo de fazê-lo novamente, pontuando e trazendo a baila apenas alguns normativos que entendo ser relevantes para o meu raciocínio.

Com efeito, a Lei nº 9.249/95, em seu art. 25, passou a tributar os resultados auferidos pelas pessoas jurídicas no exterior pelo regime da universalidade, o denominado worldwide income, alterando o regime anterior da territorialidade. Por este novo regime, conforme a cabeça do art. 25, “*os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferido no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano*”.



O § 2º da norma em comento (art. 25, da Lei n. 9.249/95), disciplinou a sistemática de apuração dos lucros auferidos por filiais, sucursais ou **controladas** no exterior, determinando o seguinte:

§ 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 embasem 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.

O § 5º do referido artigo estabeleceu, ainda, que “os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão compensados com lucros auferidos no Brasil” e o § 6º 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.”

Assim, a legislação tributária simplesmente determinou que a empresa no Brasil adicionasse ao seu lucro real os lucros auferidos no exterior, sem qualquer interferência, para efeitos desta adição, dos resultados da avaliação dos investimentos reconhecidos pelo método da equivalência patrimonial.

E mais, determinou o artigo o art. 16 da Lei n. 9.430/96, que os lucros fossem apurados individualizadamente por controlada, ao preceituar que:

“Art. 16. Sem prejuízo do disposto nos arts. 25, 26 e 27 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, os lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas e coligadas, no exterior, serão:



I - considerados de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada;

II - arbitrados, os lucros das filiais, sucursais e controladas, quando não for possível a determinação de seus resultados, com observância das mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e computados na determinação do lucro real.”

O mecanismo utilizado pelo artigo 25 da Lei nº 9.249/95, é pura e simplesmente de adição do lucro auferido no exterior por empresa controlada ao lucro líquido para efeito de tributação pelo imposto de renda, conforme explica Ricardo Mariz de Oliveira:

“(…) os resultados contabilizados por equivalência patrimonial, segundo expressa disposição do parágrafo 6º do art. 25 da Lei nº 9.249 (RIR/99, art. 394, parágrafo 9º), devem ser objeto de ajustes no lucro líquido, para apuração do lucro real, isto é, são excluídos quando positivos e são adicionados quando negativos. Isto é assim porque o referido dispositivo determina que tais resultados continuaram a ter o tratamento previsto na legislação anterior, ou seja, devem ser computados no lucro líquido, mas não no lucro real (...).

Todavia, os resultados positivos obtidos através de filiais, sucursais, coligadas e controladas, quando disponibilizados, geram acréscimo ao lucro líquido, no LALUR, nos valores e sob as regras adiante expostas. Portanto, primeiro devem ser excluídos dos resultados positivos contabilizados por equivalência patrimonial de acordo com os preceitos legais aplicáveis e depois devem ser adicionados os valores considerados tributáveis em virtude da sua disponibilização.”

E mais adiante, complementa o ilustre tributarista de São Paulo:

“Devem ser considerados os lucros contábeis, tal como apurados de acordo com a lei local dessas entidades, sem qualquer influência de ajustes para efeitos fiscais no país em que elas se situam, sejam ajustes para isentar receitas e rendimentos, sejam para impedir ou limitar a dedução de despesas, custos e encargos, ou sejam para diferir tratamentos fiscais, etc. Também são irrelevantes os ajuste que a lei do imposto de renda no Brasil determine sobre o lucro líquido, para apuração do lucro real.

(...)



A adição do lucro obtido por meio desses estabelecimentos e pessoas jurídicas, ao lucro real da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, deve ser feita integralmente no caso de filiais e sucursais, e na proporção da participação da pessoa jurídica nos lucros da coligada ou controlada.”

Posteriormente, o artigo 74 da MP 2158-35/01 estabeleceu, por ficção, a disponibilização dos lucros auferidos por controladas ou coligadas na data do balanço, mantendo de resto a regra de adição ao lucro líquido, a saber:

“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.

Ao comentar este dispositivo, em trabalho intitulado “Da Tributação das Empresas Controladas e Coligadas”, Alessandra Okuma assevera:

“O art. 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001, trouxe uma norma anti-elisiva preventiva, que imputou diretamente à controladora e à coligada residente no Brasil, os lucros auferidos no exterior, como se tivessem sido produzidos internamente. É considerada transparente a sociedade residente no exterior; logo, seus lucros passaram a ser adicionados ao lucro líquido da controladora ou coligada residente no Brasil, para fins da apuração do imposto sobre a renda e da contribuição social sobre o lucro, na data do balanço em que forem apurados, tal como se estivessem automaticamente distribuídos.”

Pois bem, a questão é: quando a legislação em comento determina a adição dos lucros auferidos por controladas, no exterior, ao lucro real da controladora domiciliada no Brasil, restringi o alcance desta norma apenas ao lucro apurado pela controlada direta ou abarca também o lucro da controlada indireta?



Em que pese reconhecer a possibilidade de a legislação pátria alcançar o lucro da controlada indireta, Edmar Oliveira Andrade Filho entende que inexiste, até o momento, esta norma legal, asseverando:

“(…) não existe, na legislação, nenhum mandamento que determine que a tributação, no Brasil, dos lucros apurados por coligadas, controladas, filiais e sucursais abranja também os resultados de investimentos destas em outras sociedades no exterior. É certo que a lei brasileira poderia, validamente, alcançar os lucros que tivessem sido efetivamente recebidos nestas condições (...)” (in Imposto de Renda das Empresas, 5ª ed., Atlas, p. 293)

Com a devida *vênia*, ousou discordar dessa posição. A norma legal acima referida quando cria a referida adição dos lucros auferidos por controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, a meu ver não restringe o seu campo de aplicação apenas às controladas diretas. A regra é de clareza meridiana ao determinar que os lucros auferidos por controladas sejam adicionados, sem fazer qualquer distinção, o que abarca tanto o resultado da controlada direta quanto à controlada indireta, por força do artigo 243, § 2º da Lei nº 6.404/76 e do artigo 384 do RIR/99.

Ocorre que para efeitos fiscais e societários, considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. Este é um conceito legal de empresa controlada que foi absorvido pela legislação tributária, como será demonstrado adiante.

O CONCEITO DE SOCIEDADE CONTROLADORA

Com efeito, o artigo 116 da Lei nº 6.404/76, estabelece a definição de “acionista controlador”, de modo a dar efetividade ao princípio da transparência (V. Armond Wald, Rbenc 8/77), estabelecendo que:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e



b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Mais adiante, o § 2º do artigo 243 da Lei nº 6.404/76 dispõe que:

“§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

Segundo a exposição de motivos referente ao artigo 243, § 2º da Lei da S/A:

“ O conceito de sociedade controladora corresponde ao de acionista controlador, do parágrafo único do art.116, com as adaptações necessárias para compreender quaisquer formas de sociedade controladas (e não apenas a de companhia) e a possibilidade de controle indireto, através de cadeia ou pirâmide de sociedades. Além disso, não se requer, no caso de sociedades, o efetivo exercício do poder de dirigir as atividades das sociedades controladas, que se presume nas relações intersocietárias”

O Código Civil novel manteve, em linhas gerais, o mesmo conceito da Lei nº 6.404/76, a saber:

Art. 1.098. É controlada:

I - a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores;

II - a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controlada.

Logo, para o direito comercial e civil o conceito jurídico de “controlada” abarca tanto a controlada direta quanto a indireta. Não há distinção. Para a legislação tanto faz o controle ser direto ou indireto, em ambos os casos estamos diante de uma empresa controlada, para efeito de imputação de deveres e obrigações. Eis o que diz Maria Helena Diniz:



“Sociedade controlada. É aquela: a) de cujo capital outra sociedade possui a maior parte, tendo no exercício do direito de voto a maioria deles nas deliberações dos quotistas e nas assembleares e o poder de eleger a maior parte dos administradores. Há, portanto, um controle direto de uma sociedade por outra. A holding de controle, na lição de Modesto Carvalhosa, é titular direta de ações da controlada, tendo a maioria dos votos para impor sua vontade nas deliberações sociais e na eleição dos administradores. O controle opera-se pela participação sociomajoritária. Trata-se de holding pura; b) cujo controle esteja em poder de outra (holding-mãe, p. ex.) mediante ações ou cotas possuídas por outras sociedades, ou sociedades por esta já controlada. Ter-se-ia, aqui, como pondera Ricardo Fiúza, uma relação de controle indireta por existir, entre sociedade controlada e controladora, outras sociedades que participam do capital da controlada. A holding-mãe controla outras holdings, que são controladoras de sociedades operacionais. Há uma holding controladora de todo grupo empresarial.”

A função precípua do conceito de “controle” é expendida por Fábio Ulhoa Coelho, que ensina:

“A noção de poder de controle nasce no âmbito do direito societário. Seu objetivo é o identificar, no contexto das regras próprias à organização da sociedade anônima, o acionista que comanda os negócios sociais, para responsabilizá-lo por lesões aos interesses dos minoritários, decorrentes do abuso de sua parte. A lei da sociedade por ações, de 1976, introduz no direito positivo brasileiro a definição de acionista controlador, no art. 116, para, logo no dispositivo seguinte, atribuir-lhe a responsabilidade civil pelos danos decorrentes do abuso de poder. Dessa definição de “acionista controlador”, pode-se extrair uma noção de “controle”, fundada na titularidade de direitos de sócio.”

E mais adiante, o preclaro Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, explicita que as regras que vieram dar transparência às relações societárias foram utilizadas por outras disciplinas jurídicas, inclusive a fiscal, asseverando:

“Nascido nesse específico contexto do direito societário, a definição de controlador é exportada para outros campos da disciplina jurídica. A primeira a se interessar pelo seu aproveitamento foi a legislação fiscal. Já no ano seguinte ao da lei da sociedade por ações, o Regulamento do Imposto de Renda de 1977 contemplou um conceito de controlador, com texto bem próximo ao do legislador societário; e, em 1993, uma lei de custeio da seguridade social, embora sem apresentar nova definição, faz referência aos acionistas controladores, para imputar-lhes responsabilidade solidária pelos débitos da companhia junto ao INSS, quando o inadimplemento decorre de dolo ou culpa dos administradores.



Outro legislador, que também mostrou interesse na referência ao controlador de sociedade anônimas, transpondo o conceito para fora do direito das sociedades, foi o bancário. O Dec.-lei nº. 2.321, em 1987, e a lei nº. 9.447, em 1997, atribuem ao titular do controle de instituição financeira sob regime de administração especial temporária, sob intervenção ou em liquidação extrajudicial, responsabilidade solidária com os administradores, pelos atos de má administração.

De fato, a legislação tributária, mais precisamente a legislação do imposto de renda, adotou integralmente o conceito de sociedade controlada da legislação civil e comercial, nos termos do artigo 384 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), que preceitua:

“Art. 384. (...)

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (Lei nº 6.404, de 1976, art. 243, § 2º).

Também o artigo 466 do mesmo Regulamento, ao tratar de lucros distribuídos disfarçadamente, prescreve:

Art. 466. Se a pessoa ligada for sócio ou acionista controlador da pessoa jurídica, presumir-se-á distribuição disfarçada de lucros ainda que os negócios de que tratam os incisos I a VI do art. 464 sejam realizados com a pessoa ligada por intermédio de outrem, ou com sociedade na qual a pessoa ligada tenha, direta ou indiretamente, interesse (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 61, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso VI).

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, sócio ou acionista controlador é a pessoa física ou jurídica que, diretamente ou através de sociedade ou sociedades sob seu controle, seja titular de direitos de sócio ou acionista que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria de votos nas deliberações da sociedade (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 61, parágrafo único, e Decreto-Lei nº 2.065, de 1983, art. 20, inciso VI).

Assim, para definir o conceito de sociedade controlada, a legislação fiscal utiliza-se integralmente das regras do direito societário, conforme demonstra Alessandra Okuma, ao tratar da tributação de lucros auferidos no exterior, *verbis*:

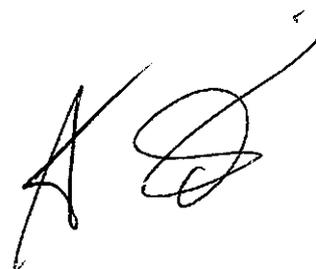


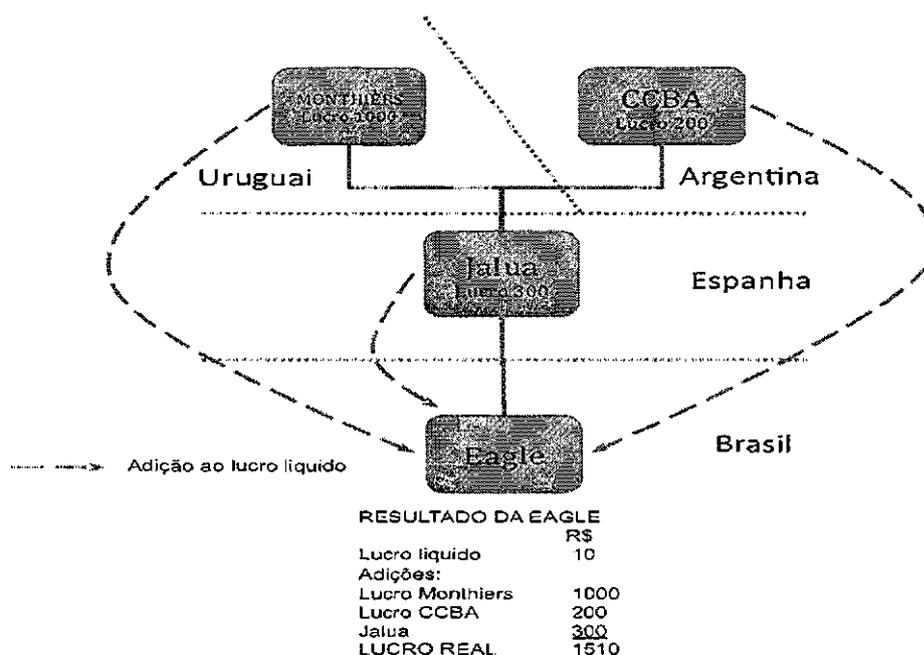
“Para identificar as sociedades coligadas e controladas, a legislação do imposto de renda vigente valeu-se do conceito já previsto na Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações). São sociedades controladas aquelas na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

Desta forma, ao conceituar o termo “controlada” a norma fiscal abarca o conceito de direito civil e comercial, alcançando tanto aquelas controladas que a empresa no Brasil possua controle direto quanto à de controle indireto. Assim, para a legislação societária e fiscal, inclusive para o artigo 25 da Lei nº 9.249/95, que trata de lucros auferidos no exterior por controladas, não há distinção jurídica entre as empresas em que se mantenha controle direito ou indireto, ambas são empresa controladas.

No caso em concreto, a Jalua (Espanha), a Monthiers (Uruguai) e a CCBA (Argentina) são, todas elas, controladas da Eagle no Brasil, razão pela qual, devem ser adicionados os lucros por elas auferidos no exterior ao lucro líquido da investidora no Brasil, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, devendo tais adições ser feitas de forma individualizado, consoante o comando do artigo o art. 16 da Lei n. 9.430/96.

Neste sentido, afirma Ricardo Mariz que “os resultados de cada coligada ou controlada devem ser apurados separadamente para efeitos de tributação”, razão pela qual podemos resumir a questão com o seguinte esquema elaborado conceitualmente, para fixar o raciocínio, sem se preocupar com o resultado real de cada empresa e tratados para evitar a bi-tributação, a saber:





Da exegese do dispositivo legal acima citado, verifica-se que, para efeito de tributação dos lucros auferidos no exterior, deve-se levar em consideração, de forma individualizada, os lucros auferidos por cada controlada no exterior, seja ela controlada direta ou indiretamente pela empresa brasileira, adicionando-os ao lucro da empresa brasileira para efeito de tributação do imposto de renda.

A QUESTÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

As regras de tributação dos lucros auferidos no exterior previstas no artigo 25 da Lei nº 9.249/95, não é do tipo “controlled foreign corporations” (CFC), de origem norte americana, que prevê a desconsideração da personalidade jurídica para fins fiscais. Neste controle criam-se testes para determinar quando poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica das empresas para se alcançar a transparência fiscal, aplicando-se, em regra, quando envolve países com tributação favorecida.

Certamente que as regras de CFC serviram de inspiração à legislação brasileira, mas esta criou um regime próprio, estabelecendo uma adição ao lucro líquido da empresa controladora do resultado (lucro) apurado pela empresa controlada no exterior. Criou uma regra própria de transparência fiscal, e apenas nisso assemelha-se ao CFC.

Quando o ilustre advogado da Recorrente, em seu memorial, afirma que a possibilidade de se tributar o lucro da Monthiers (controlada indireta) no Brasil “*equivalaria a tributar diretamente na empresa brasileira o lucro das investidas indiretas, desconsiderando-se a personalidade jurídica de suas investidoras ...*”, parte do pressuposto, a meu ver equivocado, de que o lucro alcançado pela legislação brasileira é apenas e tão somente o lucro da controlada na qual a controladora possua controle direto. Não é bem assim.

Em verdade, as investidas indiretas, pela legislação brasileira, também são empresas controladas para fins societário e fiscal, tendo em vista que inexiste na legislação sobre a tributação dos lucros auferidos no exterior qualquer regra que determine a tributação de lucros de uma controlada, a de controle direto, e a não tributação dos lucros de outra controlada, a de controle indireto.

In casu, não entendo que se trata de desconsideração da personalidade jurídica, eis que a Lei nº 6.404/76, ao dispor sobre o conceito de acionista controlador (art. 116) e de sociedade controlada, abarca tanto a controlada direta quanto à indireta (art. 243, § 2º), e também a legislação fiscal que a incorporou, vez que estão apenas regulando o próprio limite da personalidade jurídica. Como ensina Alberto Xavier:

(...) sendo a personalidade jurídica uma criação do direito, um simples instrumento de persecução coletiva dos interesses dos sócios, como agudamente o revelou ASCARELLI, tal criação só deve ser consagrada e respeitada na medida em que ela não se revelar, em si mesma, antijurídica. E sendo a personalidade jurídica realidade meramente instrumental, não repugna que ela seja considerada para certos fins e desconsiderada para outro ou outros.

Todavia, o superamento da personalidade jurídica (e a conseqüente “transparência fiscal internacional”) como técnica de combate à elisão fiscal internacional só é possível nos ordenamentos que contenham disposições que especificamente o autorizem.

Nos demais, a questão deverá ser resolvida à luz das regras do direito interno que eventualmente delimitem a liberdade de utilização dos instrumentos facultados pelo direito com o fim de minorar o ônus fiscal.”



No Brasil a legislação é expressa ao determinar a tributação dos lucros auferidos no exterior por intermédio de empresas controladas, que abarca a tributação do lucro tanto de controladas direta como o lucro de controladas indiretas.

Em verdade, como demonstrado acima, a transparência no Brasil antes de ser fiscal é principalmente societária, mediante o conceito de acionista controlador e de sociedade controlada, que foi um importante marco à época em que fora editada a Lei nº 6.404/76, como mecanismo de controle das atividades das multinacionais. O Brasil foi pioneiro em implantar, por intermédio destes conceitos, a possibilidade de controle de grupos multinacionais, consoante assevera Alfredo Lamy ao comentar o artigo 116 da Lei nº 6.404/76, *verbis*:

“Cabe, para encerrar o presente artigo, uma referência especial à disciplina da ação das multinacionais no Brasil em face dos novos textos que vimos de examinar.

É de todos sabido que o problema do controle dessas macroempresas ascendeu ao primeiro plano de preocupação não apenas dos economistas, mas de estadistas e dos organismos internacionais. E o Código de Ética – que há muito vem a ONU discutindo como norma de procedimento a ser por elas adotado – encontra, na nova lei brasileira, seu fundamento legal, e não discriminatório: a integração da empresa com os interesses da comunidade e o respeito ao bem público e aos interesses da economia nacional passaram a fazer parte dos deveres e responsabilidades dos que exercem o poder empresarial, sejam eles administradores ou controladores, brasileiros ou estrangeiros, de empresas nacionais ou multinacionais.

Sem pretender disciplinar o problema do capital estrangeiro no país – de todo estranho aos objetivos de uma lei de S/A -, não se furtou ela, no entanto, a enfrentar o problema que lhe dizia respeito – a disciplina do poder empresarial das empresas multinacionais. E procurou fazê-lo da forma que julgou mais eficiente, assumindo o risco do pioneirismo e abrindo um caminho de cujo acerto falarão os frutos que a aplicação da lei vier a produzir.



Ora, para fins societários a Recorrente não nega que deve reconhecer os resultados auferidos no exterior por suas controladas diretas e indiretas, o que de fato fez por ocasião de sua demonstração financeira. Aliás, reconhece estes resultados expressamente e por força da norma contida na Instrução CVM nº 247, de 27 de março de 1996, com suas posteriores alterações, que determina, em seu artigo 5º, que sejam avaliados pelo método da equivalência patrimonial “*o investimento em cada controlada*”.

Noutro giro, mesmo que a legislação espanhola não determine que a controlada direta proceda à equivalência patrimonial dos investimentos em controlada indireta da controladora no Brasil, esta deve proceder à equivalência patrimonial em cada controlada (direta e indireta) para efeito de atender as regras societárias brasileira.

Acontece que o mesmo ocorre com a legislação fiscal, quando o artigo 16 da Lei nº 9.430/96, determina que os lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas (diretas e indiretas) e coligadas, no exterior, devem ser considerados no lucro real de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada (direta ou indireta) ou coligada.

De resto, o fato de haver ou não equivalência patrimonial na controlada direta dos lucros auferidos por controladas indiretas não afeta em nada o lucro tributável, ou melhor, a adição ao lucro tributável que a empresa no Brasil deve reconhecer para atender à regra do artigo 25 da Lei nº 9.249/95. Este normativo, em momento algum atribuiu qualquer efeito fiscal à equivalência patrimonial, mantendo-a neutra em relação aos lucros auferidos no exterior.

Isto não quer dizer que o lucro auferido alhures pelas controladas indiretas estejam fora do alcance da legislação fiscal em tela, que criou a adição ao lucro líquido dos lucros auferidos no exterior.

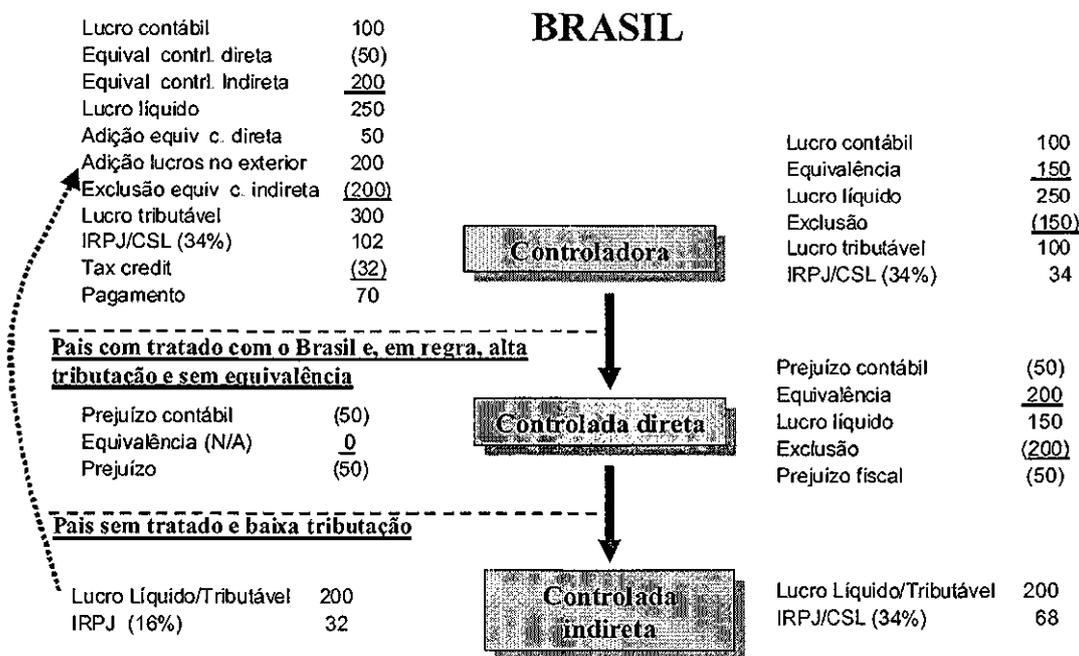
A TRANSPARÊNCIA FISCAL POR INTERMÉDIO DA LEI Nº 9.249/95

Se o artigo 116 e o § 2º do artigo 243 da Lei nº 6.404/95, representaram uma inovação para homenagear o princípio da transparência no âmbito societário, as normas fiscais que abarcam este princípio juntamente com a regra do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, pretenderam criar uma fórmula de transparência fiscal para empresas que auferem lucros por intermédio de outras empresas no exterior. Em minha opinião tal regime jurídico abarca três princípios:



- Equalizar a tributação das rendas auferidas no exterior com a tributação das rendas auferidas no País;
- Evitar a dupla tributação da renda, respeitando os tratados ou concedendo crédito do imposto pago alhures;
- Evitar a elisão fiscal

Explico um pouco melhor esta situação com um exemplo:



Do exemplo acima se vê que a carga tributária final é a mesma em ambos os exemplos, de controladora e controladas no Brasil (68 + 34 = 102) e de controladora brasileira e controladas estrangeiras (32 + 70 = 102), em homenagem ao princípio da isonomia, isto considerando a equivalência patrimonial neutra do ponto de vista fiscal. Adiciona, no caso em que envolve empresas estrangeiras, ao lucro líquido da empresa controladora o lucro auferido no exterior (200), conferindo-se o correspondente crédito do imposto pago alhures, de modo a evitar uma dupla tributação e ao mesmo tempo evitar a utilização de mecanismos de elisão fiscal.

Dessa forma, sustentar que a legislação brasileira alcança apenas a controlada direta e não enxerga o resultado da controlada indireta, seria, aí sim, criar um benefício, uma não tributação, sem qualquer respaldo legal.



O LIMITE DO TRATADO BRASIL-ESPANHA

Não pode a Recorrente invocar em seu benefício o tratado celebrado entre os Estados acima contratante, que visou evitar a dupla tributação dos lucros auferidos pelas sociedades residentes dos respectivos Estados, a fim de obter uma economia de imposto decorrente de lucros auferidos por outra sociedade controlada/interligada residente num terceiro Estado, os quais não fazem jus ao benefício em razão de sua situação substancial.

De fato, não há como considerar ao abrigo do tratado Brasil – Espanha, os lucros auferidos num terceiro país sem tratado, que tem apenas como passagem um dos Estados contratantes, eis que, pela regra disposta no art. 7º. do Tratado, os lucros por ele abrangido são apenas aqueles auferidos pelos Estados Contratantes, aliado ao fato de que pela lei societária e fiscal, os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada ou coligada no exterior mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão considerados no balanço para efeito societário, bem como, para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.

Não se trata, portanto, como pode parecer num primeiro momento, no afastamento do tratado Brasil – Espanha, para tributar o lucro auferido por parte destes Estados contratantes, o que entendo inviável, mas sim, de dar efetividade aos preceitos definidos no referido convênio, eliminando a dupla tributação dos lucros neles auferidos e tributando os lucros alienígenas, decorrentes de estratégias utilizadas pelas empresas com o fito de eximir-se e/ou reduzir os tributos devidos, que, embora possam ser consideradas lícitas, seus resultados não se encontram contemplados nos tratados.

O fato é que, a legislação brasileira determinou uma adição ao lucro líquido da sociedade controladora no Brasil, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto de renda e contribuição social, os lucros auferidos no exterior por filial, sucursal, controlada ou coligada, considerados de forma individualizada, e sendo assim, não há como deixar de considerar isoladamente tais lucros, inclusive, para efeito da aplicação de tratados.

Assim, entendo correta a decisão recorrida que manteve a exigência em relação ao presente item pela aplicação do *world-wide income taxation* e afastamento do tratado Brasil – Espanha no caso *in concreto*.



Dessa forma, entendo que não merece qualquer reforma a r. decisão recorrida que manteve a exigência em relação ao presente item, razão porque, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

É como voto.

Sala das Sessões, DF, em 17 de dezembro de 2008


VALMIR SANDRI



DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ SÉRGIO GOMES

Acompanho meus ilustres pares no condizente à admissibilidade do recurso, rejeição das preliminares e demais tópicos não ventilados nesta declaração de voto.

Rogando *venia*, ousou divergir no que diz respeito à conclusão restada vencedora, qual seja, a não aplicabilidade do Tratado Brasil-Espanha aos resultados das controladas indiretas, no caso MONTHIERS e CCBA, como também, na parte em que excluiu da tributação o lucro da controlada JALUA, na ordem de R\$ 80.562.176,03.

Filio-me integralmente à tese esposada pela digna relatora originária na oportunidade da Resolução nº 101-02.577, quando asseverou:

“Efetivamente, a Eagle não tem participação na Monthiers (na contabilidade da Eagle não existe uma conta registrando um investimento na Monthiers). O ativo permanente da Eagle registra a participação permanente na Jalua, e é esta conta que, de acordo com a Lei das S.A., deverá ser avaliada pelo método da equivalência patrimonial e receber o ajuste, cuja contrapartida é conta de resultado. Assim, não obstante devam ser considerados os lucros auferidos na Monthiers, essa consideração será por intermédio da Jalua. Ainda que a legislação espanhola não obrigue o ajuste de investimento pelo método da equivalência patrimonial, para cumprir a legislação brasileira a Eagle está obrigada a aplicá-lo na cadeia de investimentos da Jalua, a fim reconhecer como virtualmente adquirida, independentemente da distribuição de dividendos, a quota-parte que lhe cabe nos lucros da Jalua (fundamento da avaliação pelo método da equivalência patrimonial, conforme lição de Bulhões Pereira)

Exatamente por isso o § 6º da IN SRF 213/2002 determina que “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.”

Portanto, a parcela lançada como lucro auferido pela Jalua, e que, de acordo com a lei espanhola, ainda não integram o lucro daquela empresa (equivalência patrimonial), se submete à Convenção.”

Noutro giro, a exemplo do entendimento do Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, posto nessa mesma época da baixa do processo em diligência, tenho que os resultados em análise devam ter o tratamento de dividendos antecipados, eis que vigente o artigo 74 da MP 2.158, de 2001, tal qual, aliás, já decidido por este Conselho, mais especificamente pela Colenda Oitava Câmara, no Acórdão nº 108-08.765, de 23 de março de 2006, do qual colho os seguintes excertos:

“A situação da controlada Iliama Participações Sociedad Limitada (“Iliama Espanha”), com resultado de parte de 2001 e ano de 2002, é semelhante à da Iliama Portugal a partir da MP 2158.

Com efeito, o art. 74 e § único da MP 2158-34 estabeleceu a ficção de que o lucro auferido por controlada no exterior estaria disponibilizado à sua controladora no Brasil em 31 de dezembro de cada ano.

Convém observar que não há espaço para o julgador administrativo tecer considerações acerca da inconstitucionalidade de lei nem para afastar sua aplicação, de maneira que há de ser respeitada neste âmbito a ficção mencionada com os seus reflexos de caráter tributário.

É de notar também que, diversamente do que dispunha a Lei 9249, a tributação pelo IRPJ e da CSL não incidem sobre o lucro da Iliama Espanha, mas sim sobre os dividendos disponibilizados à Refratec (art. 1º da Lei 9532 e art. 74 e § ún. da MP 2158-34). Por isso, não há que se cogitar da proteção da cláusula VII do Tratado Brasil e Espanha (Decreto 76975/1976), cuja redação é a mesma que a do Tratado com Portugal e que acima se transcreveu.

É certo que o Tratado Brasil Espanha cuida também da questão da distribuição de dividendos, e que permite a tributação dos dividendos pagos por uma empresa na Espanha (Iliama Espanha) para uma empresa no Brasil (Refratec):

“ARTIGO 10 Dividendos

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

2. Todavia, esses dividendos podem ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos dividendos.

Este parágrafo não afetará a tributação da sociedade com referência aos lucros que deram origem aos dividendos pagos.

3. O disposto nos parágrafos 1 e 2 não se aplica quando o beneficiário dos dividendos, residente de um Estado Contratante, tiver, no outro Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos, um estabelecimento permanente a que estiver ligada a participação geradora dos dividendos. Neste caso, serão aplicáveis as disposições do Artigo 7.



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

5. Quando uma sociedade residente da Espanha tiver um estabelecimento permanente no Brasil, esse estabelecimento permanente poderá aí estar sujeito a um imposto retido na fonte de acordo com a legislação fiscal brasileira. Todavia, esse imposto não poderá exceder 15% do montante bruto dos lucros do estabelecimento permanente determinado após o pagamento do imposto de renda de sociedades referente a esses lucro!

Não obstante, o imposto só será aplicável quando os lucros forem efetivamente transferidos para o exterior."

Entendo que deva ser considerado como "dividendo pago" (item 1 do Artigo 10) como o dividendo que o sócio tiver direito, que tiver sido disponibilizado ao sócio. Caso contrário, qualquer emprego do dividendo que não fosse a transferência para uma conta de titularidade do sócio estaria à margem da incidência do tributo, e, à evidência, não é esse o conteúdo dessa norma jurídica.

Vale advertir ainda que algumas restrições previstas no texto reproduzido referem-se a situações específicas. Explico. A restrição da alíquota máxima de 15% de imposto sobre o dividendo é aplicável apenas ao país em que a empresa geradora do lucro tiver sede, no caso a restrição é para a Espanha (item 2). A limitação de que a tributação sobre os dividendos só será aplicável quando forem efetivamente distribuídos ao exterior refere-se ao caso em que uma empresa da Espanha tiver um estabelecimento permanente no Brasil (item 5)."

Assim, levando-se em conta que o pacto entre os Estados tem por escopo não só evitar a dupla tributação, mas também (quicá notadamente) prevenir a evasão fiscal, creio, então, que a Convenção impede a legislação brasileira na exigência do gravame até o limite de 15% (quinze por cento), consoante consta do item 2 do artigo 10. É dizer, embora tenha ficado definido que os dividendos são tributados pela legislação brasileira, ficou reservado à lei espanhola também impor exigência, mas limitada aos 15%, do que resulta concluso que a zona de interesse comum, de competência concorrente, situa-se tão-somente até esse percentual.

Em decorrência, não há óbice à tributação a partir desse patamar.

A lei brasileira tributa a renda das pessoas jurídicas à alíquota de 34% (trinta e quatro por cento), subdivididos em 15% e 10% de imposto e adicional, mais 8% e 1% de contribuição social e adicional. Embora diversas as denominações, assim eleitas pelo legislador para fins orçamentários (geral e previdenciário), fato é que para o capital ou visão estrangeiros aquela é, efetivamente, a carga tributária brasileira incidente diretamente sobre a renda.

No caso, em que pese não se tratar de capital estrangeiro, não pode o investimento nacional que busca riqueza no exterior atribuir-se surpreso com a aplicação da

carga tributária brasileira, mesmo porque, repita-se, o fundamento dos tratados é a prevenção da elisão e da evasão fiscal.

Nada obstante a segregação orçamentária, o que demandará cálculo proporcional às imposições tributárias, o dividendo recebido do exterior sujeitar-se-á a alíquota remanescente de 19% (dezenove por cento).

Em suma: acaso não existente o Tratado ditos dividendos seriam tributados à alíquota global de 34%; em existindo, e por força dele, tão-somente 19%.

Quanto à aventada tese de que o item 4 do artigo 23 do Tratado regra a não tributação brasileira dos dividendos do residente Brasileiro, entendo diferentemente. A uma porque é princípio de Direito que a norma não possui palavras sobejas, nem tampouco se contradiz, cabendo ao intérprete solucionar o aparente conflito segundo as regras de hermenêutica, de sorte tal que há de se repelir, de plano, a incompatibilidade. A duas, e por decorrência, interpreto que esse item 4 está dizendo que o Brasil não pode tributar a parcela que o Estado espanhol reservou para si, qual seja, 15% (quinze por cento).

Aos que possam pensar que esta interpretação é exclusivamente econômica registro que me socorri do ensinamento de Dino Jarach transcrito na obra “Curso de Direito Tributário Brasileiro” do saudoso Fábio Fanucchi, 4ª ed., Resenha Tributária, SP, páginas 200/202, quando em análise o artigo “**interpretação e integração da legislação tributária**”:

“É equívoco crer que em matéria tributária as leis se interpretam economicamente e não juridicamente. Alguém disse, pero es um desatino (sic), porque as leis sempre se interpretam juridicamente e a interpretação econômica não é uma interpretação oposta à jurídica, porém, simplesmente, é um critério jurídico no sentido de que ditas leis devem ser interpretadas de modo especial, inerente à sua natureza. Afirmei, em outra oportunidade, que esta especialização não quer dizer que seja fenômeno único ou exclusivo da matéria tributária. Pontos de vista análogos foram sustentados por diversos juristas de direito comercial. Recordei que Vivante, ao tratar do direito comercial em geral, e da matéria de seguros em particular, sustentou que o direito comercial se diferenciava e libertava dos modelos do direito civil, do qual se originara e era uma parte especial e ao qual volta, segundo a tendência moderna de estabelecer um direito das obrigações comum, sem distinção entre o comercial e o civil. Se distinguia por este critério de interpretação e por aplicar as leis de acordo com o conteúdo real das instituições e da vida econômica efetiva e não simplesmente de acordo com um critério formal. Em matéria tributária, o princípio de interpretação econômica, por uma razão análoga, segue idêntico critério. A matéria tributária também se atem a fenômenos de caráter econômico-financeiro. O critério político – que é a base do imposto – como já vimos – é o da capacidade contributiva, que representa uma apreciação político-social de fenômenos ou manifestações de riqueza. Como característica uniforme de todos os impostos, vemos esta manifestação de riqueza valorada com critério político pelo legislador. A consequência lógica é a de que a aplicação do imposto, de acordo com os fins e funções das instituições fixadas pelo legislador, não pode ser outra senão a de interpretar os fatos segundo a sua natureza

econômica, porque só ela é capaz de indicar-nos qual é a realidade que o legislador quis apreciar e valorar para efeitos tributários.”


É como voto.
José Sérgio Gomes



