ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.000530/2005-28

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

Processo nº	16327.000530/2005-28
Recurso nº	Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº	**9101-002.589 – 1ª Turma**
Sessão de	14 de março de 2017
Matéria	IRPJ - LUCROS NO EXTERIOR
Recorrentes	FAZENDA NACIONAL
	EAGLE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

CONTROLE DIRETO E INDIRETO. LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA.

A legislação societária permite a construção de estruturas conforme a necessidade do grupo econômico e tutela pela transparência das informações da rede de empresas mediante métodos de avaliação de investimentos (MEP) e consolida institutos para o exercício do poder e controle de cada ente empresarial. Nesse contexto, o controle pode ser exercido de maneira direta ou indireta, pois o que importa é o poder dos investidores para deliberar sobre o destino dos negócios do grupo.

LUCROS NO EXTERIOR. CONTROLADAS DIRETAS OU INDIRETAS. APURAÇÃO INDIVIDUALIZADA. PROPORÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA.

Os lucros auferidos por controladas e coligadas, diretas ou indiretas, no exterior, serão considerados de forma individualizada, para cada uma das empresas, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real, na data do balanço no qual tiverem sido apurados. Para evitar a bitributação, ao se apurar os resultados de controladas ou coligadas de maneira individualizada, deve se afastar os resultados auferidos de investimentos dessas controladas e coligadas por meio de equivalência patrimonial.

APURAÇÃO DOS LUCROS E OUTROS RESULTADOS NO EXTERIOR.

O art. 1º da IN SRF nº 213, de 2002, com base na legislação tributária (art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995 e 16 da Lei nº 9.430, de 1996), e na legislação empresarial dispondo sobre o conceito de controladas (arts. 116 e 243 da Lei nº 6.404, de 1976 e art. 1098 do Código Civil), estabelece procedimentos para apurar os lucros de controladas e coligadas e resultados de outras participações societárias. O rito previsto nos §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da instrução normativa operacionaliza a apuração dos lucros (1) das controladas no

exterior (diretas ou indiretas), que serão adicionados ao lucro líquido da controladora no Brasil, (2) das coligadas, que serão adicionados ao lucro da investidora, e (3) das filiais e sucursais que serão adicionados ao lucro líquido da matriz no Brasil, que será, para os três casos, considerado de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada, vedada a consolidação dos valores. O § 6º dispõe sobre tributação residual, que diz respeito a resultados não abrangidos pelos parágrafos anteriores, auferidos por outros investimentos.

ART. 74 DA MP Nº 2.158-35, DE 2001. TRATADO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO DE RENDA. MATERIALIDADES DISTINTAS.

Não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Espanha para evitar bitributação de renda. Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário. São diferentes os lucros dos residentes na Espanha e os lucros auferidos pelos investidores no Brasil.

OPERACIONALIZAÇÃO DA NEUTRALIDADE DO SISTEMA E SUPERAÇÃO DO DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO.

A neutralidade do sistema de tributação quando investidor e investida estão localizadas no Brasil opera-se mediante a exclusão dos resultado positivo da investida apurado via Método de Equivalência Patrimonial no lucro real da investidora, porque os lucros da investida já foram tributados no Brasil pela mesma alíquota que seriam se o fossem pela investidora. Estando investidor no Brasil e investida no exterior, se a alíquota no exterior é menor do que a brasileira, quebra-se a neutralidade do sistema, e viabiliza-se diferimento por tempo indeterminado da tributação, caso a investidora, que detém poder de decisão sobre a investida, decida não distribuir os lucros. Por isso, o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, ao determinar que os lucros sejam auferidos pelo investidor brasileiro, na medida de sua participação, ao final de cada ano-calendário, dispondo sobre aspecto temporal, evitou o diferimento, e, ao mesmo tempo, o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, autorizou a compensação dos impostos pagos no exterior, viabilizando a neutralidade do sistema.

ART. 74 DA MP Nº 2.158-35, DE 2001. TRATADO DE BITRIBUTAÇÃO. NÃO REPERCUSSÃO NAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS DO PAÍS CONTRATANTE.

Ao ser interpretar quem seriam os sujeitos de um tratado de bitributação, o país da fonte é o país em que deve se encontrar a empresa onde efetivamente são desempenhadas as atividades produtivas. Tais atividades podem ser produzidas pela própria empresa, ou mediante investimentos, desde que naquele país contratante. Pode ser até mesmo uma holding, desde que concentre investimentos que desempenhem atividades produtivas localizados no mesmo país, e não um mero "hub", um centralizador de investimentos localizados em países não signatários de acordos com o Brasil. O tratado de bitributação deve ser aplicado em situações no qual, efetivamente, as empresas se localizam nos países contratantes. Alargar o conceito da empresa situada no país da fonte para qualquer empresa que concentre auferimento de

renda de outras empresas, independente das circunstâncias ou da localização dos investimentos, subverte a finalidade e o objetivo dos tratados internacionais. Não há que se conceber que dois países se reúnam para dar amparo a sistemas paralelos de tributação.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

A multa de ofício, penalidade pecuniária, compõe a obrigação tributária principal, e, por conseguinte, integra o crédito tributário, que se encontra submetido à incidência de juros moratórios, após o seu vencimento, em consonância com os artigos 113, 139 e 161, do CTN, e 61, § 3º, da Lei 9.430/96.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE E MÉRITO. ETAPAS DISTINTAS. APRECIAÇÃO DO MÉRITO. APLICAÇÃO DO DIREITO.

Uma vez superado o exame de admissibilidade, primeira etapa e estreito filtro processual, passa-se ao exame do mérito, quando se aplica o direito, em que o julgador tem plena liberdade de firmar sua convicção e para interpretar a legislação tributária, não ficando restrito aos fundamentos das partes, mas apenas à matéria tipificada pela autoridade fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Voluntário e do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhes provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhes deram provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional (i) quanto à tributação de lucros auferidos pela JALUA, votando pelas conclusões os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio; e por maioria de votos, em conhecer do recurso (ii) quanto aos juros de mora sobre a multa de ofício, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio, que não conheceram. No mérito, acordam, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Solicitaram apresentar declaração de voto os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto e Daniele Souto Rodrigues Amadio.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flávio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

Relatório

Trata-se de:

1) Recurso Especial interposto pela EAGLE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS S.A. (e-fls. 1581/1598),

2) Recurso Voluntário interposto pela EAGLE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS S.A. (e-fls. 1719/1799), e

3) Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL (e-fls. 1531/1548),

em face da decisão proferida no Acórdão nº 101-97.070 (e-fls. 1469 e segs), pela Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, na sessão de 17/12/2008, no qual foi dado provimento parcial ao recurso voluntário e deu provimento ao recurso de ofício, e que teve erro material retificado por meio do Despacho nº 1100-00-00.167/2010 (e-fls. 1550/1551), de 18/02/2010, da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento.

Resumo Processual

Na autuação fiscal, relativa ao ano-calendário de 2002, trata da tributação de lucros no exterior, com base no art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001, e variação cambial dos investimentos no exterior, no qual foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL.

A Contribuinte apresentou impugnação, que foi julgada procedente em parte pela primeira instância (DRJ). Em razão do crédito exonerado, foi enviada remessa necessária (recurso de ofício).

A turma ordinária do CARF deu provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela Contribuinte e deu provimento ao recurso de ofício.

Em razão do provimento ao recurso de ofício, foi interposto pela Contribuinte recurso voluntário, com fulcro no art. 8º do Regimento Interno da CSRF, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 2007. Em face do provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela Contribuinte, foram interpostos recursos especiais por ambas as partes.

Todos os recursos foram admitidos por despacho de exame de admissibilidade.

A Contribuinte apresentou contrarrazões ao recurso especial da PGFN, e a PGFN apresentou contrarrazões ao recurso voluntário interposto pela Contribuinte.

A seguir, maiores detalhes sobre a autuação fiscal e da fase contenciosa.

Da Autuação Fiscal

Trata a autuação fiscal (Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 431/437) de **duas infrações**, a **primeira**, lucros no exterior (art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001) e a **segunda**, ganhos de variação cambial, que teriam sido auferidos pela EAGLE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS S.A. ("EAGLE"), relativos ao ano-calendário de 2002, por meio da (1) controlada JALUA (Ilhas Canárias, Espanha), que controlava as empresas MONTHIERS (Uruguai) e CCBA (Argentina), e (2) controlada BRAHMACO (Gibraltar).

A estrutura societária do grupo empresarial no período fiscalizado (ano-calendário de 2002) tem a EAGLE como controladora da JALUA e BRAHMACO. A JALUA detinha controle da MONTHIERS e CCBA.

Para descrever as infrações lançadas, transcrevo o relatório apresentado pela decisão da DRJ, preciso e objetivo:

"1) ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR (fls. 404 e 418/425):

a) VALOR DA INFRAÇÃO R$ 205.380,13 (esse valor corresponde ao lucro antes do imposto da controlada Brahmaco em 2002, situada em Gibraltar, cujo capital social pertence 100% à controladora Eagle. Esse lucro considerou-se disponibilizado fictamente em 31/12/2002, para a controladora Eagle aqui no Brasil. Ainda, esse lucro da Brahmaco em 2002 foi assim obtido: Lucro Operacional de R$ 1.209.730,91- R$ 1.004.350,78 de variação cambial do PL = Lucro do período de R$ 205.380,13, vide fls. 334/336);

b) VALOR DA INFRAÇÃO R$ 1.537.353.459,71 (esse valor corresponde ao lucro antes do imposto da controlada Jalua em 2002, situada nas Ilhas Canárias - Espanha, cujo capital social pertence 100% à Eagle. Esse lucro considerou-se disponibilizado fictamente em 31/12/2002, para a controladora Eagle aqui no Brasil. Ainda, esse lucro da Jalua antes do imposto está assim constituído: lucro operacional da Jalua RS 80.562.176,03 + resultado líquido não operacional positivo com equivalência patrimonial R$ 1.456.791.283,68, vide fls. 280, 290, 396, 397 e 399. Esse ganho líquido com equivalência patrimonial da Jalua provém de suas empresas controladas e está assim constituído: Resultado do Exercício da Monthiers no valor de R$ 1.516.707.473,62 adicionado ao resultado negativo da CCBA de R$ 59.916.189,94 = R$ 1.456.791.283,68).

2) ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL - GANHOS COM VARIAÇÃO CAMBIAL DO PL DAS CONTROLADAS NO EXTERIOR (fl. 404 e 418/425):

a) VALOR DA INFRAÇÃO R$ 1.004.350,78 (ganho com variação cambial do PL da controlada Brahmaco em 2002 - valorização do dólar frente ao real);

b) VALOR DA INFRAÇÃO 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 às fls. 277 e 423. 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)."

Foram lavrados os autos de infração de IRPJ e CSLL (e-fls. 413/424).

Da Fase Contenciosa.

A contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 474 e segs.), que foi julgada **procedente em parte** pela 1ª Turma da DRJ/Brasília. Entendeu o Colegiado que o ganho da variação cambial (segunda infração), estaria refletido na equivalência patrimonial, o que teria acarretado tributação em duplicidade com a primeira infração, de lucros auferidos no exterior. Assim, excluiu do valor da primeira infração (lucros auferidos no exterior) parcela que considerou imputável ao ganho de variação cambial, e manteve na integralidade a segunda infração (ganhos de variação cambial), conforme ementa a seguir.

> *Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica -IRPJ*
>
> *Ano-calendário: 2002*
>
> *Ementa: LANÇAMENTO DO IRPJ E DA CSLL. PRELIMINAR DE NULIDADE. AJUSTE DE BASE DE CÁLCULO. REVISÃO DO LANÇAMENTO. Não há que se cogitar de nulidade do lançamento fiscal na hipótese em que estejam presentes os elementos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Além disso, a necessidade de ajuste na base de cálculo, para excluir adição indevida, não macula o lançamento fiscal, pois trata-se de vício perfeitamente sanável. Sendo assim, restando comprovado nos autos que houve adição de parcela em duplicidade na base de cálculo, procede-se a revisão do lançamento fiscal.*
>
> *LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. DISPONIBILIZAÇÃO FICTA PARA A CONTROLADORA AQUI NO BRASIL (MP n° 2.158-34/2001, ART. 74) - Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n° 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 da MP n° 2.15834/2001, 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.*
>
> *LUCROS E DIVIDENDOS ORIUNDOS DE INVESTIMENTO NA ESPANHA - ADI SRF 6/2002 - Sujeitam-se à incidência do imposto de renda os lucros e dividendos recebidos por residentes ou domiciliados no Brasil, decorrentes de participação em "Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros"/ETVE, regulada pela Lei Espanhola do Imposto de Sociedades, não se aplicando o disposto no parágrafo 4° do artigo 23 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. Este entendimento aplica-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1° janeiro de 1996.*

IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR. COMPENSAÇÃO. Os créditos de imposto de renda pagos no exterior, relativos a lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, somente serão compensados com o imposto devido no Brasil, se referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital forem computados na base de cálculo do imposto, no Brasil, até o final do segundo ano-calendário subseqüente ao de sua apuração (Lei n° 9.532, de 1997, art. 1º, §4°).

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR - DISPONIBILIZAÇÃO FICTA. RESULTADO POSITIVO COM EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR - VARIAÇÃO CAMBIAL. Taxa SELIC. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE - A arguição de ilegalidade e inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal não é oponível na esfera administrativa, pois tais matérias estão afetas exclusivamente ao Poder Judiciário, em face dos princípios da Separação de Poderes e da Unidade de Jurisdição.

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.

Em razão do crédito tributário exonerado, foi efetuada remessa necessária (recurso de ofício). A Contribuinte interpôs recurso voluntário. A Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, na sessão de 17/12/2008, no Acórdão nº 101-97.070 (e-fls. 1469 e segs), deu provimento parcial ao recurso voluntário e deu provimento ao recurso de ofício, nos seguintes termos:

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 Lei 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 pais 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 n° 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 oficio 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 oficio fiquem limitados a 1%, vencidos a nessa parte os Conselheiros Valmir Sandri, João Carlos Lima Júnior, Caio Marcos Cândido e José Ricardo da Silva, que afastavam integralmente os juros de mora sobre a multa de oficio; 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 oficio. 8) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso voluntário quanto as demais matérias. 9) Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso de oficio, 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.*

O Despacho nº 1100-00-00.167/2010 (e-fls. 1550/1551), de 18/02/2010, da Primeira Câmara da Primeira Seção de Julgamento, retificou erro material na transcrição do acórdão:

> *Trata-se de uma decisão extensa e, apesar de minuciosa revisão efetuada antes de proclamar o resultado, uma das matérias apreciadas providas à unanimidade pelo colegiado não constou*

*do dispositivo, qual seja, a **exclusão da variação cambial do patrimônio líquido das controladas**.*

A conselheira relatora, Dra. Sandra Maria Faroni, tratou da matéria no item 2 de seu voto condutor, sob o título "Tributação da Variação cambial do investimento ", à fl. 32 do acórdão. Na conclusão do aludido voto, extrai-se (fl. 34):

"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**, (grifei) "*

A matéria também constou da ementa do acórdão (verbis):

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.

Em verdade, tratou-se de um equivoco na anotação procedida por esta presidência, que deixou de constar o provimento do recurso nesta parte.

Erros materiais dessa natureza podem ser corrigidos mediante despacho do presidente da Câmara, conforme disposto no art. 66 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/2009, bem como no art. 58 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes vigente na data do julgamento (aprovado pela portaria MF 147/2007).

Diante do exposto a redação correta do item 8 da decisão do acórdão 101-97.070, passa a ser a seguinte:

8) Por unanimidade de votos, excluir da tributação a matéria relacionada à variação cambial do patrimônio líquido das controladas e NEGAR provimento ao recurso voluntário quanto as demais matérias.

Ressalto que o presente despacho deve integrar o Acórdão n° 101-97.070, ao qual deve ser untado, inclusive em relação ao arquivo em meio eletrônico.

Em razão do provimento ao recurso de ofício, foi interposto pela Contribuinte recurso voluntário (e-fls. 1719 e segs.), com fulcro no art. 8º do Regimento Interno da CSRF, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 2007. Discorre, na sequência: (1) sobre a impossibilidade de modificação do critério jurídico do lançamento; (2) que a IN SRF 2013, de 2002, impede a tributação direta no Brasil do lucro da Monthiers, controlada indireta e que a consolidação na controlada direta é a única interpretação razoável do art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996; (3) que o

Tratado Brasil-Espanha impede a tributação do lucro, sendo irrelevante a existência de controladas indiretas fora da Espanha para os efeitos do tratado; (4) que não há acusação de planejamento fiscal, mas que de qualquer forma isso por si só não autorizaria a desconsideração do tratado; (5) que o Tratado Brasil-Espanha também se aplica para a CSLL; (5) que o provimento do recurso implicará na absorção da infração relativa à Brahmaco por prejuízos no exercício e (6) sobre o não cabimento dos juros de mora sobre a multa de ofício.

Também foi interposto pela Contribuinte recurso especial (e-fls. 1581 e segs.), para protestar sobre entendimento da decisão recorrida de manter a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício no percentual de 1% ao mês, e requerer pelo afastamento integral dos juros sobre a multa.

A PGFN interpôs recurso especial (e-fls. 1531 e segs.), tratando de duas matérias. Primeiro, entende que a decisão recorrida deve ser reformada na parte em que excluiu da tributação os lucros auferidos pela JALUA na Espanha, e vem pleitear a manutenção da exigência que exceder 15% do montante bruto dos dividendos. Segundo, protesta para que a incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício não seja limitada a 1%, mas sim ao percentual equivalente à taxa SELIC.

O recurso voluntário da Contribuinte, e os recursos especiais de ambas as partes foram admitidos por despacho de exame de admissibilidade (e-fls. 1939/1944).

Foram apresentadas pela Contribuinte contrarrazões (e-fls. 1982 e segs.) ao recurso especial da PGFN. Contesta o despacho de exame de admissibilidade, por entender que não deveria ter sido dado seguimento ao recurso especial, porque (1) a discussão da tributação dos lucros da JALUA centrou-se na interpretação do Tratado Brasil-Espanha, e não na aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35, conforme alegado pela PGFN, e (2) o não houve prequestionamento necessário em face da decisão recorrida sobre a incidência de juros de mora sobre multa de ofício. Quanto ao mérito, discorre que a JALUA não auferiu lucros, e sim prejuízo, e que, ainda que se considerasse a apuração de lucros, o Tratado Brasil-Espanha impede a sua tributação.

Foram apresentadas pela PGFN contrarrazões (e-fls. 1946 e segs.) ao recurso voluntário e ao recurso especial. No que concerne ao recurso voluntário, entende que não houve ausência na modificação do critério jurídico do lançamento, que a autoridade fiscal não incorreu em desobediência à IN SRF nº 213, de 2002, porque a tributação das controladas não foi individualizada, mas mediante consolidação, que no caso concreto não há que se falar em aplicabilidade do Tratado Brasil-Espanha, que a discussão sobre a realização do planejamento tributário não tem relevância vez que o que se discute é a aplicação abusiva e equivocada do tratado. Sobre o recurso especial, discorre que cabe a incidência de juros de mora com base na taxa SELIC sobre a multa de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro André Mendes de Moura

I. Admissibilidade.

A princípio, cumpre delimitar a matéria devolvida ao Colegiado.

Conforme já relatado, os lançamentos dizem respeito a **duas infrações**, a **primeira**, lucros no exterior (art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001) e a **segunda**, ganhos de variação cambial, que teriam sido auferidos pela EAGLE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS S.A. ("EAGLE"), relativos ao ano-calendário de 2002, por meio da (1) controlada JALUA (Ilhas Canárias, Espanha), que controlava as empresas MONTHIERS (Uruguai) e CCBA (Argentina), e (2) controlada BRAHMACO (Gibraltar).

O lucro operacional auferido pela Brahmaco, com base de cálculo no valor de R$205.380,13, é lançamento **mantido** e **matéria preclusa**.

Da mesma maneira, a variação cambial da Brahmaco (base de cálculo de R$1.004.350,78) e da variação cambial da JALUA (base de cálculo de R$1.944.264.377,20), são lançamentos **afastados** e **matérias preclusas**.

Remanescem, portanto, para apreciação: **(1)** Recurso Voluntário da Contribuinte: requer a exclusão da tributação da MONTHIERS e CCBA (controladas da JALUA), base de cálculo de R$1.456.791.283,68; **(2)** Recurso Especial da Contribuinte: requer o afastamento total da incidência de juros de mora sobre multa de ofício, que foi mantida no acórdão recorrido sob o percentual de 1% ao mês; **(3)** Recurso Especial da PGFN: **(3.1)** requer o restabelecimento da tributação dos lucros auferidos pela JALUA (Espanha), base de cálculo de R$80.562.176,03 deduzido do valor de 15% do montante bruto dos dividendos; **(3.2)** requer o restabelecimento da incidência de juros de mora sobre multa de ofício com base na taxa SELIC, juros que foram mantidos no acórdão recorrido sob o percentual de 1% ao mês.

O recurso voluntário da Contribuinte, e os recursos especiais de ambas as partes foram admitidos pelo despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 1939/1944. Em contrarrazões, aduz a Contribuinte que o recurso especial da PGFN não deveria ser conhecido na integralidade.

Primeiro, porque, em relação à matéria tributação de lucros auferidos pela JALUA, o acórdão recorrido teria centrado a discussão em torno da interpretação do Tratado Brasil-Espanha, e a PGFN teria manejado sua insatisfação contestando a violação ao art. 43 do CTN e o artigo 74 da MP nº 2.158-35, de 2001.

Segundo, porque a matéria juros de mora sobre multa de ofício não foi tratada na decisão recorrida e, por isso, não teria sido prequestionada e ainda não teria havido enfrentamento dos fundamentos do acórdão para demonstrar a contrariedade em face do § 3º, art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996.

O despacho de exame de admissibilidade enfrentou os protestos apresentados pela Contribuinte quanto à admissibilidade com precisão. Vale transcrever as e-fls 1941/1943:

> *O recurso tem fundamento no art. 7º, inciso I do antigo Regimento Interno da CSRF. Em síntese, a representação fazendária defende que* a decisão deve ser reformada na parte em que excluiu da tributação o valor dos lucros auferidos pela "Jalua" na Espanha (R$ 80.562.176,03) e na parte em que limitou a 1% aos juros de mora sobre a multa de ofício, pois na primeira parte contrariou o artigo 43 e parágrafos do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela Lei Complementar nº 104/01 e o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158/35-01; e na segunda parte contrariou o artigo 139 do Código Tributário Nacional, o artigo 13 da Lei 9.065/1995 e o artigo 61, §3º da lei 9.430/96.
>
> *O antigo Regimento Interno da CSRF, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007 admitia estes questionamentos nos casos de decisão não-unânime da Câmara:*
>
> **Art. 7º** Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra:
>
> **I** - decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova; e
>
> [...]
>
> *Em que pese a complexidade da decisão proferida pela Câmara recorrida, não há dúvida acerca da manifestação não-unânime em favor da exoneração dos créditos tributários vinculados às matérias questionadas pela recorrente, consoante destaques abaixo na decisão extraída do Acórdão nº 101-97.070, já atualizado nos termos do despacho de fls. 1550/1551:*
>
> 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 oficio fiquem limitados a 1%, vencidos a nessa parte os Conselheiros Valmir Sandri, João Carlos Lima Júnior, Caio Marcos Cândido e José Ricardo da Silva, que afastavam integralmente os juros de mora sobre a multa de oficio; 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 oficio**. 8) Por unanimidade de votos, excluir da tributação a matéria relacionada à variação cambial do patrimônio líquido das controladas e NEGAR provimento ao recurso voluntário quanto as demais matérias. 9) Por maioria de votos, DAR provimento ao recurso de oficio, 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.

No primeiro ponto, antecipando-se à admissibilidade do mencionado recurso especial, a contribuinte apresentou contrarrazões opondo-se ao seu conhecimento porque a Procuradoria da Fazenda Nacional não logrou demonstrar a contrariedade aos dispositivos legais por ela citados, na medida em que a exoneração do crédito tributário se deu em razão de interpretação de tratado internacional, e o cabimento do recurso interposto somente se verifica em face de interpretação contrária à lei.

A Procuradoria da Fazenda Nacional argumenta que os lucros auferidos pela controlada Jalua foram reconhecidos na contabilidade da autuada, segundo o método da equivalência patrimonial, e que nestas circunstâncias os dispositivos legais invocados determinariam sua tributação. A aplicação do Tratado Brasil-Espanha, por sua vez, contrariaria as disposições do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, na medida em que este não incidiria sobre pessoa residente no exterior, mas sim a sociedade brasileira.

> *Nestes termos, importa concluir que a representação fazendária cumpriu o requisito regimental de demonstrar que o fundamento para exoneração do crédito tributário – aplicação do Tratado Brasil-Espanha – contrariaria a interpretação que entende ser a mais adequada da lei tributária veiculada no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.*
>
> *Quanto ao segundo ponto, a contribuinte também defendeu, em suas contrarrazões, a impossibilidade de se apreciar contrariedade em face do art. 13 da Lei nº 9.065/95, porque não ventilado na decisão recorrida, e assim não questionado. Acrescentou que o art. 139 do CTN foi observado na decisão recorrida e que não houve enfrentamento dos fundamentos do acórdão para demonstrar a contrariedade ao art. 61, §3o da Lei nº 9.430/96.*
>
> *Contudo, como os juros de mora aplicados sobre a multa de ofício não são objeto de lançamento, a ausência de pré-questionamento do art. 13 da Lei nº 9.065/95 não pode ser invocada como motivo para rejeição do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Assim, deve-se admitir que a representação fazendária também logrou argumentar em favor da contrariedade à lei neste ponto.*

Nesse sentido, em relação à admissibilidade, adoto as razões do Despacho de Admissibilidade de e-fls. 1939/1944, com fulcro no art. 50, § 1º da Lei nº 9.784, de 1999 [1], que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, para **conhecer** os Recursos Especiais da PGFN e da Contribuinte, e conhecer o Recurso Voluntário da Contribuinte.

Passo ao exame do mérito.

II. Mérito.

As matérias tratadas nos Recursos Voluntário e Recurso Especial tem correlação, razão pela qual serão apreciadas em conjunto.

II.1 - Lucros no Exterior.

A princípio, vale relembrar a autuação fiscal, na parte devolvida ao Colegiado (e-fl. 435):

2. DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO APLICÁVEL:

2.1. Jalua S.A., posteriormente denominada Jalua Spain S.L.

[1] Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
(...)
V - decidam recursos administrativos;
(...)
§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

*2.1.1. Resultado do Exercício: A **Monthiers** (Uruguai) obteve um resultado em 2002 de R$ 1.516.707.473,62 conforme documentação apresentada pelo contribuinte e a **CCBA** (Argentina) por sua vez obteve um resultado negativo de R$ 81.638.597,70 (fls. 294). Tendo em vista que a participação da Jalua na empresa é de apenas 70%, considera-se um valor de R$ 59.916.189,94 negativo (fls. 294), resultado esse não transcrito para os demonstrativos da Jalua por não ser obrigatório pela legislação espanhola conforme documento apresentado pelo contribuinte às fls. 290, porém reconhecido pela Eagle conforme transcrição no diário (fls. 359) e documentos apresentados pelo contribuinte às fls.280 e 290.*

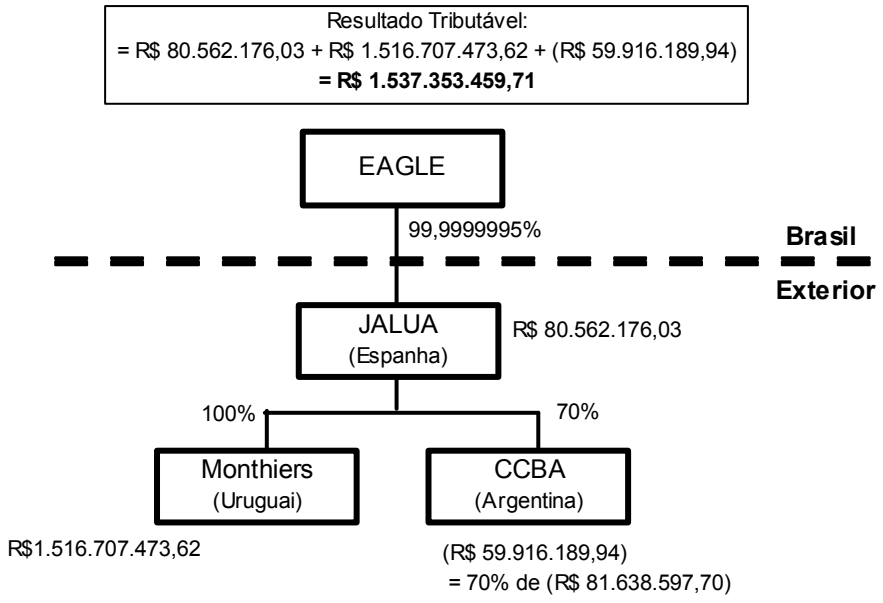
Obtemos portanto:

2.1.1.1. Resultado Operacional e financeiro da Jalua - R$ 80.562.176,03 - fls. 280 e 290;

2.1.1.2. Result. Equivalência Patrimonial (Resultado da Monthiers adicionado ao resultado negativo da CCBA conforme item 2.1.1) - R$ 1.456.791.283,68 - fls. 294

2.1.1.3. Resultado do exercício - R$ 1.537.353.459,71 - valor esse registrado em documentos apresentados pelo contribuinte às fls. 290, na linha 11 da ficha 37 da DIPJ 2003, ano-calendário 2002 da Eagle (fls. 396, 397 399), no balanço Patrimonial Eagle-Jalua (fls. 280)

Apresento a parte da autuação devolvida para o Colegiado esquematizada no quadro a seguir:



Verifica-se que foram tomados, de maneira individualizada, os lucros da JALUA (controlada direta da EAGLE), da MONTHIERS (controlada indireta da EAGLE), e considerado o prejuízo da CCBA (controlada indireta da EAGLE).

A decisão recorrida afastou a tributação sobre os lucros da JALUA (R$80.562.176,03) por entender pela aplicabilidade do Tratado Brasil-Espanha, entendimento sobre o qual se insurgiu o recurso especial da PGFN.

Por outro lado, a decisão recorrida manteve a tributação sobre as controladas indiretas (R$1.456.791.283,68), motivo da irresignação do recurso voluntário.

O caso concreto demanda a apreciação de três pontos principais:

1) a materialidade do art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001 ao discorrer sobre a tributação de controladas e coligadas, se diz respeito tanto às diretas quanto indiretas, e a operacionalização prevista no art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996 - **possibilidade de tributação das controladas da JALUA**;

2) abrangência da aplicação de tratados de bitributação para empresas não localizadas no país residente - **se o tratado Brasil-Espanha tem repercussão nas controladas da JALUA**;

3) abrangência da aplicação dos tratados de bitributação para empresa localizada no país residente - **se o tratado Brasil-Espanha tem repercussão na JALUA**.

Passo ao exame, iniciando o debate discorrendo sobre a tributação de lucros do exterior nas controladas indiretas.

II.1.1 - Sobre a Tributação das Controladas Indiretas.

Transcrevo os artigos 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001, e 25 da Lei nº 9.249, de 1995:

> *MP nº 2.158-35, de 2001*
>
> *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.*
>
> .....
>
> *Lei nº 9.249, de 1995*
>
> *Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.*
>
> *(...)*

> *§ 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;(...) (grifei).*

Conforme disposto na lei, os lucros auferidos por **controladas** no exterior, serão adicionados ao **lucro líquido da matriz ou controladora**.

Fato é que a legislação societária e tributária trata o controle exercido de **maneira direta e indireta sem distinções**.

Os arts. 116 e 243 da Lei nº 6.404, de 1976, deixam claro o valor tutelado que direciona a relação entre as empresas do grupo: o **poder, ou o controle,** de deliberar sobre o destino da empresa.

> *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.*
>
> .....
>
> *Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.(...)*
>
> *§ 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.*

Como não poderia deixar de ser, o Código Civil de 2002 ratifica o entendimento:

> *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 controladas.*

MARTINS [2], no Manual de Contabilidade Societária, ao tratar da consolidação das demonstrações contábeis, discorre sobre os aspectos relevantes para se caracterizar o controle.

> *Dessa forma, os aspectos relevantes para se caracterizar o controle são:*
>
> ***- Poder sobre a investida**: provém de direitos que conferem ao investidor a capacidade para dirigir as atividades relevantes da investida (aquelas que afetam significativamente seu desempenho). Um investidor pode ter poder sobre uma investida mesmo que outra entidade tenha direitos que lhe garanta a capacidade de participar da gestão de atividades relevantes, como é o caso da influência significativa. Contudo, um investidor que tenha somente direitos de proteção sobre uma investida não tem poder sobre a investida e, portanto, não controla sua investida.*
>
> ***- Exposição (ou direitos) a retornos variáveis em razão de seu envolvimento com a investida:** o que ocorre na medida em que os retornos do investidor provenientes do seu envolvimento com a investida variam em função do desempenho da investida e da participação da investidora no capital da investida.*
>
> ***- Capacidade para utilizar seu poder sobre a investida para afetar seus rendimentos sobre o investimento:** o que implica que o investidor tem poder sobre a investida e usa esse poder para influenciar o retorno sobre o seu investimento por meio do seu envolvimento com a investida.*
>
> *Como se pode observar, a determinação do controle baseia-se no poder (sobre as atividades relevantes da investida), nos retornos (para o investidor) e na relação entre eles (o uso desse poder para obter retornos sobre o investimento). (grifos originais)*

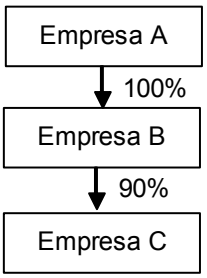
TÔRRES[3] menciona o elemento volitivo, em que no controle prevalece a vontade de um sujeito sobre a atividade econômica de outro, inclusive estruturas societárias de forma "piramidal":

[2] MARTINS, Eliseu... [et. al]. Manual de Contabilidade Societária, 2ª ed. São Paulo : Atlas, 2013, p. 735-6.

> *O controle é sempre considerado com uma relação de dominação, um poder que transcende, inclusive, as prerrogativas da própria assembléia, órgão máximo de deliberações. Como diz Ferri, o controle exprime uma particular posição através da qual* ***um sujeito é capaz de fazer prevalecer a própria vontade sobre a atividade econômica de uma outra sociedade****.*
>
> .....
>
> *Entre os tipos possíveis de grupos transnacionais, persiste a distinção entre eles em razão da relação de controle, na medida em que tais relações se fundam na posse do "pacote de ações", mesmo não sendo necessário que o controle acionário de todas as empresa estejam nas mãos de uma única empresa (formação estrelar). Há formas nas quais* ***uma empresa controla outras empresas que, por sua vez, possuem o controle de outras - forma piramidal.*** *E assim por diante. (grifei)*

Na mesma direção, ao dispor sobre exemplos de estruturas societárias, MARTINS[4] de maneira didática sepulta qualquer dúvida sobre a questão.

> *Suponha que a Empresa A tenha 100% das ações ordinárias da Empresa B, que é uma subsidiária integral da empresa A. Portanto, a Empresa B é uma controlada direta da Empresa A. Admita adicionalmente que a Empresa B seja detentora de 90% do capital votante de outra sociedade, a Empresa C, como abaixo representado:*



> *Assim, a* ***Empresa C também será uma controlada da Empresa A****, só que agora indiretamente, ou seja, por meio de sua controlada, a Empresa B, a qual por sua vez é a controlador direta de C (ou controladora intermediária), e a Empresa A é a controladora indireta (ou controladora final) de C. (grifei)*

Em entendimento consonante, MAMEDE[5] não hesita ao colocar o poder como vetor principal na relação entre as empresas.

---

[3] TÔRRES, Heleno. Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas, 2ª ed. rev, atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 263-5. Não foram incluídas as referências do autor.

[4] MARTINS, 2013, p. 737.

[5] MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro : direito societário : sociedades simples e empresárias, volume 2, 3ª ed. São Paulo : Atlas, 2008, p. 209.

> ***Sociedade controlada*** *é aquela na qual* ***a maioria dos votos*** *nas deliberações de quotistas ou acionistas, bem como* ***o poder*** *de eleger a maioria dos administradores, pertença a outra sociedade que, assim, será chamada de sociedade controladora. Também haverá controle societário quando a titularidade das ações ou quotas necessárias para decidir as deliberações sociais e de eleger a maioria dos administradores for de uma sociedade que, por seu turno, seja controlada por outra. Assim, se a* ***sociedade A for controladora da sociedade B e esta, por seu turno, for controladora da sociedade C, a sociedade A será considerada controladora da sociedade C.*** *(grifei)*

Fato é que, quando os investimentos eram avaliados pelo custo de aquisição, e os lucros das investidas só eram refletidos na investidora quando eram efetivamente distribuídos, havia separação clara entre a entidade jurídica investidora e a entidade jurídica investida. Contudo, com a adoção do método da equivalência patrimonial para os investimentos em forma de controladas e coligadas, passa-se a visualizar o **grupo econômico** como um todo. Vale transcrever a redação do art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976:

> *Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que* ***façam parte de um mesmo grupo ou estejam sob controle comum*** *serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas: (...)*

O contexto delineado pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior[6] consolida o entendimento:

> *7. Inicialmente, os investimento eram avaliados pelo custo de aquisição, razão pela qual os lucros das empresas investidas só eram reconhecidos pelas investidoras quando efetivamente recebidos. Todavia, por influência americana e inglesa, foi desenvolvida a idéia de consolidação de balanços, calcada, principalmente, no afastamento da figura da entidade jurídica e da adoção do conceito de entidade econômica, em que, mais do que a propriedade,* ***o que se ressalta é o controle****.(grifei)*

Como se pode observar, entender que o controle se restringe ao controle direto implica em completo desvirtuamento da liberdade negocial do qual dispõem as empresas para organizarem seus grupos econômicos. A legislação societária permite a construção de estruturas conforme a necessidade do grupo, tutela pela transparência das informações da rede de empresas, mediante métodos de avaliação de investimentos (MEP) e consolida instrumentos para exercício do poder de cada empresa.

E sobre o MEP, não por acaso o mesmo art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, dispõe no § 6º:

> *§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o*

[6] SOUZA JUNIOR, A. P. A Disponibilidade de Lucros Oriundos do Exterior. In: Revista Fórum de Direito Tributário - RFDT. Belo Horizonte: Imprenta, ano 1, n. 2, mar./abr. 2003, p. 51.

tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.

Assim, os lucros no exterior, assim como os lucros de outros investimentos do Brasil, seriam, primeiro, devidamente contabilizados de acordo com o Método de Equivalência Patrimonial (MEP) na investidora no Brasil (débito no ativo e crédito na conta de resultados), e excluídos da apuração do lucro real (§ 6º). Na sequência, **apenas** os lucros auferidos por investimentos no exterior seriam adicionados ao lucro líquido, para efeito de determinação do lucro real.

Assim, a legislação autoriza a apuração dos lucros nas controladas no exterior, diretas ou indiretas, na controladora do Brasil, na medida da participação societária que a controladora possuir em cada uma das controladas diretas ou indiretas. Assim, por exemplo, estrutura no qual a empresa A (Brasil), controla a empresa B (exterior), e empresa B, controla empresas no exterior C, D e E, não haveria óbice para que os lucros de B, C, D, e E sejam considerados diretamente na empresa A.

Vale transcrever novamente o art. 25, § 2º, inciso II:

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

(...)

*§ 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;(...)*

(...)

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

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

Por sua vez, o art. 16 da Lei nº 9.430, de 1.996, consolida o procedimento:

*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.*
>
> *§ 1º Os **resultados** decorrentes de aplicações financeiras de renda variável no exterior, em um mesmo país, poderão ser consolidados para efeito de cômputo do ganho, na determinação do lucro real. (...) (grifei)*

Ora, os lucros serão adicionados ao lucro líquido da **matriz ou controladora, e considerados de forma individualizada,** por filial, sucursal, controlada ou coligada.

E, precisamente sob a perspectiva da legislação tributária (art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995 e 16 da Lei nº 9.430, de 1996), e da legislação dispondo sobre o conceito de controladas (arts. 116 e 243 da Lei nº 6.404, de 1976 e art. 1098 do Código Civil), deve ser analisado o art. 1º da IN SRF nº 213, de 2002.

> *Art. 1º **Os lucros, rendimentos e ganhos de capital** auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa.*
>
> *§ 1º Os **lucros** referidos neste artigo são **os apurados por** filiais e sucursais da pessoa jurídica domiciliada no Brasil e os **decorrentes de participações societárias, inclusive em controladas e coligadas**.*
>
> *§ 2º Os rendimentos e ganhos de capital a que se refere este artigo são os auferidos no exterior diretamente pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil.*
>
> *§ 3º A pessoa jurídica domiciliada no Brasil que auferir **lucros**, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, objeto das normas desta Instrução Normativa, está obrigada ao regime de tributação com base no lucro real.*
>
> *§ 4º Os **lucros** de que trata este artigo **serão adicionados ao lucro líquido,** para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica no Brasil, integralmente, quando se tratar de filial ou sucursal, ou **proporcionalmente à sua participação no capital social, quando se tratar de controlada ou coligada.***
>
> *§ 5º Para efeito de tributação no Brasil, os **lucros** serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de **forma individualizada**, por filial, sucursal, controlada ou coligada, **vedada a consolidação dos valores**, ainda que todas as entidades estejam localizadas em um mesmo*

> *país, sendo admitida a compensação de lucros e prejuízos conforme disposto no § 5º do art. 4º desta Instrução Normativa.*
>
> *§ 6º Os **resultados** auferidos por intermédio de **outra pessoa jurídica**, na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, **mantenha qualquer tipo de participação societária**, ainda que indiretamente, serão **consolidados** no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil. (grifei)*

O dispositivo normativo discorre sobre todo o caminho a ser seguido para a apuração dos resultados obtidos pelas empresas que mantém vínculo, seja de qual for a natureza, com a investidora no Brasil.

Observa-se que os §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º ratificam o disposto nos diplomas legais, discorrendo sobre os procedimentos em relação aos **lucros, rendimentos e ganhos de capital** auferidos no exterior, (1) por meio de sucursais, filiais, e (2) os decorrentes de participações societárias em **controladas e coligadas**.

Naturalmente, podem-se obter receitas no exterior **além** das decorrentes de lucros de sucursais e filiais e resultados de participação societária de controladas e coligadas.

Trata-se do escopo do § 6º, ao predicar que os resultados obtidos por essas sucursais, filiais, controladas e coligadas, por meio da participação em outra pessoa jurídica, cujo vínculo seja de qualquer natureza, também devem ser considerados para efeitos de tributação.

Percebe-se, portanto, procedimentos diferentes, para resultados auferidos por (1º caso) filiais, sucursais e investimentos de participação societária na condição de controladas e coligadas, e (2º caso) todos os outros.

No primeiro caso, o art. 25, § 2º, inciso II, dispõe que (a) os lucros das controladas no exterior (diretas ou indiretas), serão adicionados ao lucro líquido da **controladora** no Brasil, (b) os lucros da coligadas serão adicionados ao lucro da investidora, e (c) os lucros das filiais e sucursais sejam adicionados ao lucro líquido da **matriz** no Brasil, de **forma individualizada**, por filial, sucursal, controlada ou coligada, **vedada a consolidação dos valores**.

Portanto, preciso o entendimento de que, mesmo os lucros das controladas indiretas devem ser adicionados ao lucro da controladora no Brasil.

No segundo caso, fala-se em **consolidação, no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada**, dos resultados auferidos mediante participações societárias de qualquer tipo, ou seja, referem-se a todos os outros resultados que não digam respeito aos lucros de controladas ou coligadas decorrentes do MEP e aos lucros de filiais e sucursais.

Caso assim não se entenda, admitir-se-á a existência de dois comandos normativos sucessivos (§§ 5º e 6º) dispondo sobre condutas conflitantes (o primeiro determinando apuração individualizada para cada empresa, e o segundo determinando a consolidação dos resultados).

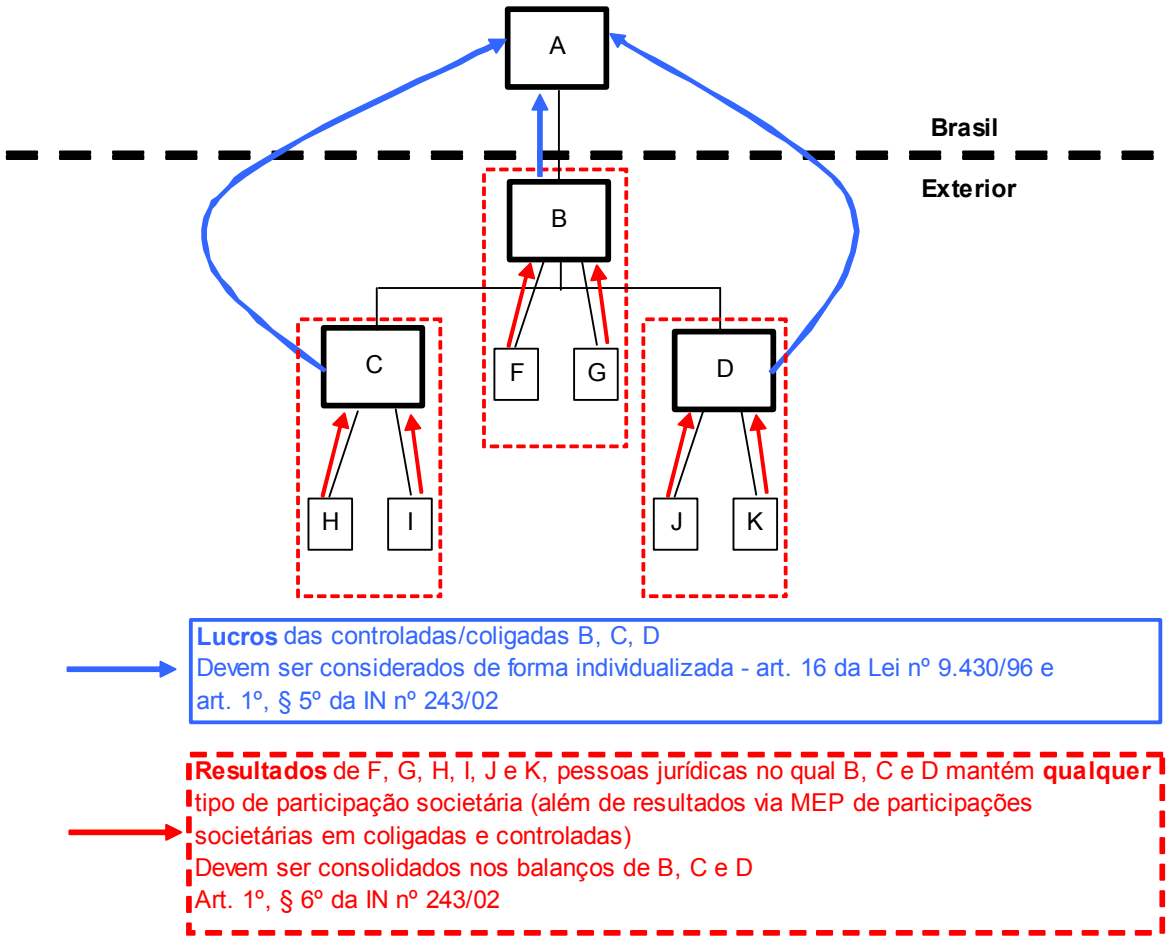
Como já dito, a sequência dos §§ 1º a 6º determina o caminho para se apurar os resultados no exterior.

Primeiro, determina o procedimento a ser adotado para controladas e coligadas (§§ 1º a 5º), e depois, no § 6º, dispõe sobre a tributação residual (demais resultados das demais empresas com qualquer vínculo societário).

Tributa-se, portanto, no § 6º, **todo** o resto não abrangido pelo § 5º: **resultados** auferido pelos demais investimentos e outras fontes de receitas, como, por exemplo, de natureza financeira.

Trata o § 6º de materialidade independente, complementar, um *plus*, que excede e não se comunica com o previsto no § 5º.

Apresento o quadro a seguir para ilustrar o entendimento:



Nesse sentido, o art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001, dispõe sobre a tributação das controladas, tanto diretas quanto indiretas.

Assim, em uma estrutura societária com várias ramificações, os lucros auferidos por controladas e coligadas devem ser apurados **individualmente**, ainda que haja duas ou mais empresas coligadas/controladas localizadas no mesmo país. E, na apuração do

resultado de cada controlada/coligada, devem ser consolidados os resultados dos demais investimentos da correspondente empresa, independente da vinculação societária.

Portanto, na medida em que se tributa individualmente o lucro auferido no exterior de cada controlada/coligada direta ou indireta, a apuração dos lucros dessa controlada/coligada não pode incluir os resultados apurados via MEP dos seus investimentos. Das duas uma: ou se tributa individualmente o lucro auferido no exterior de cada controlada/coligada direta ou indireta, ou se consolida o resultado apurado via MEP das participações societárias das controladas/coligadas. Opção legislativa é clara pela apuração dos resultados de controladas ou coligadas individualizada, razão pela qual deve se afastar os resultados auferidos de investimentos destas controladas e coligadas por meio de equivalência patrimonial, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996 e do art. 1º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da IN SRF nº 213, de 2002, sob pena de bitributação. Consigne-se que tal situação não é o caso dos presentes autos.

Passemos ao caso concreto.

A autoridade fiscal apurou, **individualmente** (art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996, e § 5º do art. 1º da IN SRF nº 213, de 2002), o lucro auferido pela JALUA (Espanha) e pela MONTHIERS (Uruguai), e ainda, considerou o prejuízo auferido pela CCBA (Argentina).

Vale transcrever, novamente, a conclusão apresentada no Termo de Verificação Fiscal (e-fl. 435).

> *2. DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO APLICÁVEL:*
>
> *2.1. Jalua S.A., posteriormente denominada Jalua Spain S.L.*
>
> *2.1.1. Resultado do Exercício: A **Monthiers** (Uruguai) obteve um resultado em 2002 de R$ 1.516.707.473,62 conforme documentação apresentada pelo contribuinte e a **CCBA** (Argentina) por sua vez obteve um resultado negativo de R$ 81.638.597,70 (fls. 294). Tendo em vista que a participação da Jalua na empresa é de apenas 70%, considera-se um valor de R$ 59.916.189,94 negativo (fls. 294), resultado esse não transcrito para os demonstrativos da Jalua por não ser obrigatório pela legislação espanhola conforme documento apresentado pelo contribuinte às fls. 290, porém reconhecido pela Eagle conforme transcrição no diário (fls. 359) e documentos apresentados pelo contribuinte às fls.280 e 290.*
>
> *Obtemos portanto:*
>
> *2.1.1.1. Resultado Operacional e financeiro da Jalua - R$ 80.562.176,03 - fls. 280 e 290;*
>
> *2.1.1.2. Result. Equivalência Patrimonial (Resultado da Monthiers adicionado ao resultado negativo da CCBA conforme item 2.1.1) - R$ 1.456.791.283,68 - fls. 294*
>
> *2.1.1.3. Resultado do exercício - R$ 1.537.353.459,71 - valor esse registrado em documentos apresentados pelo contribuinte às fls. 290, na linha 11 da ficha 37 da DIPJ 2003, ano-*

calendário 2002 da Eagle (fls. 396, 397 399), no balanço Patrimonial Eagle-Jalua (fls. 280)

Determinou-se a base tributável: R$80.562.176,03 + R$1.456.791.283,68 + (R$59.916.189,94) = **R$1.537.353.459,71,** precisamente o valor lançado no auto de infração (e-fl. 417), mediante, como já dito, apuração dos lucros da MONTHIERS e JALUA, e o prejuízo da CCBA.

001 - ADIÇÕES NÃO COMPUTADAS NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL
LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR

Ausência de adição ao lucro líquido do período, na determinação do lucro real, dos lucros auferidos no exterior, por controladas, ou apurados conforme demonstrações financeiras em anexo.

Fato Gerador	Valor Tributável ou Imposto	Multa(%)
31/12/2002	R$ 205.380,13	75,00
31/12/2002	R$ 1.537.353.459,71	75,00

ENQUADRAMENTO LEGAL

Art. 25, §§ 2° e 3°, da Lei n° 9.249/95;
Art. 16 da Lei 9.430/96
Arts. 249, inciso II, e 394, do RIR/99;
Lei Complementar 104/01
Art. 74, caput, da Medida Provisória n° 2.158-35 de 24 de agosto de 2001;
Art. 143 do CTN

* O primeiro lançamento, de R$205.380,13, refere-se à pessoa jurídica Brahmaco, matéria preclusa.

Fato é que a legislação predica que devem ser apurados individualmente **apenas os lucros**. Percebe-se, portanto, que a autoridade autuante, ao considerar o prejuízo da CCBA, diminuiu a base tributável do lançamento.

Assim, até o momento, não há reparos ao procedimento da autoridade autuante, exceto pela consideração de prejuízo da CCBA, mas que, como resultou em uma base de cálculo **menor** do que a que deveria ter sido apurada, não consumou prejuízo para o sujeito passivo.

Ocorre que outras questões ainda devem ser apreciadas.

Isso porque pugna a Contribuinte pela apreciação do Tratado Brasil-Espanha, tanto para a MONTHIERS e CCBA, quanto para a JALUA.

Entendo que tal apreciação aplica-se apenas para a JALUA.

No caso das empresas MONTHIERS e CCBA, o tratado de bitributação não tem repercussão por dois motivos independentes.

Primeiro, como estão sediadas fora da Espanha, pelo já exposto no presente voto, encontram-se fora do escopo do tratado. Poder-se-ia dizer em interferência no Tratado

Brasil-Espanha no caso concreto **apenas se houvesse uma consolidação dos resultados das controladas MONTHIERS e CCBA na JALUA, o que não é o caso dos autos.**

Transcrevo novamente o § 5º do art. 1º da IN SRF nº 243, de 2002:

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

A legislação brasileira predica pela apuração individual da controlada/coligada em cada país. A interpretação do art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996, e do art. 1º, § 5º da IN SRF nº 243, de 2002, é de que os lucros auferidos serão considerados isoladamente.

O **segundo** motivo é tratado no próximo tópico, no qual teço considerações para apresentar entendimento de que o acordo de bitributação tem repercussão **apenas na empresa sediada no país contratante**, **ou seja, não se estende a eventuais ramificações societárias (coligadas/controladas) localizadas fora do país contratante**.

II.1.2 - Sobre Aplicação do Tratado Brasil-Espanha para empresas não localizadas na Espanha (MONTHIERS e CCBA)

As disposições do artigo 7º, item 1, presente nos tratados de bitributação, apresenta disposição geral comum a todos os tratados para evitar bitributação da renda:

> *ARTIGO 7*
>
> *Lucros das empresas*
>
> *1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.*

Os dois Estados Contratantes, Brasil ou a Espanha, a depender da localização e natureza das empresas envolvidas, assumem, cada qual, os papéis da **Estado Residente (país da residência)** e **Estado Fonte (país da fonte).**

Peço vênia para reproduzir a abalizada doutrina de XAVIER [7] para falar do assunto:

> *Vamos apenas considerar a primeira hipótese, ou seja, a diversidade de elementos de conexão, quanto à qual se trava hoje ainda um conflito entre dois grandes princípios que se*

[7] XAVIER, Alberto. Direito tributário internacional do Brasil, 6ª ed., atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 255.

> *arrogam validade geral em matéria de tributação da renda e da fortuna: o princípio da fonte (source principle, Ursprungsprinzip, Quellenprinzip) e o princípio da residência (residence principle, Wohnsitzprinzip).*
>
> *Em face de um movimento internacional de capitais, importa* ***distinguir o país onde se situa a empresa ou o receptor de um investimento e onde se obtém a renda produzida pelos capitais*** *-* o país da fonte *- e o* ***país onde reside o titular dos fundos fornecidos e que aufere a renda dos capitais investidos no exterior*** *-* o país da residência.*(grifei)*

A celebração do tratado, portanto, qualifica, ao se tratar da tributação de renda envolvendo empresas residentes em dois países diferentes, de um lado, o **país da fonte**, onde *se situa a empresa ou receptor de um investimento* e onde se *obtém a renda produzida pelos capitais*, e de outro, o **país da residência**, onde *reside o titular dos fundos fornecidos* e que *aufere a renda das capitais investidos no exterior*.

E, em se tratando de **tributação sobre a renda**, discorre XAVIER [8] sobre elementos de conexão objetivos:

> *No imposto de renda, o* ***elemento de conexão fundamental é o lugar de situação da*** **fonte** ***dos rendimentos****, pois é ele que vai permitir a repartição, dentro dos rendimentos globais de uma pessoa, física ou jurídica, entre aqueles que se submetem, ou não, à aplicação de um dado ordenamento tributário (...)*
>
> *No sentido econômico, a fonte equivale ao "capital" (em sentido amplo) donde brota a renda tributada, pelo que esta se localiza no lugar em que é exercida a atividade, em que são utilizados os fatores de produção ou em que se situam os bens ou direitos de que provém.*

Como se pode observar, são possíveis **várias interpretações** sobre qual seria, efetivamente, **o lugar de situação da *fonte* dos rendimentos,** e por consequência, a natureza da empresa fonte dos rendimentos. **Uma**, poderia entender que uma empresa centralizadora de investimentos (uma holding), ainda que tais investimentos estivessem localizados em outro país, poderia ser considerada como a fonte dos rendimentos. **Outra**, que o lugar da situação da fonte dos rendimentos deveria ser aquele onde efetivamente seria desempenhada a atividade produtiva, mediante utilização dos fatores de produção, ou seja, uma holding não poderia ser qualificada para caracterizar a fonte da renda obtida.

Entendo que a formatação das estruturas societárias deve ser apreciada com bastante prudência.

Inclusive, na interpretação dos tratados, a preocupação em se tutelar a boa-fé objetiva foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 31 do Decreto nº 7.030, de 2009, que promulgou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados:

Artigo 31

Regra Geral de Interpretação

[8] XAVIER, 2004, p. 303.

> *1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.*

De qualquer forma, há tempos se compartilha a preocupação de que a atuação da empresa nos países signatários dos tratados seja substantiva, para se evitar manipulações societárias.

Vale transcrever abalizada doutrina de ROCHA [9] sobre o assunto.

> *É importante, portanto, que a empresa situada no país com o qual o Brasil tenha celebrado tratado desenvolva uma "atividade econômica substantiva", sendo relevante, portanto, compreender o alcance dessa expressão.*
>
> *Em seu relatório de 1998 sobre Harmful Tax Competition, a OCDE tocou no assunto, embora não tenha se aprofundado na análise da questão, como se percebe pela leitura da passagem a seguir:*
>
> *"Adicionalmente, a ausência de uma exigência para que a atividade seja substantiva é importante, porque sugere que a jurisdição esteja tentando atrair investimentos e transações que visem objetivos puramente fiscais. Pode também indicar que a jurisdição não oferece (ou não pode oferecer) um ambiente legal ou comercial ou qualquer vantagem econômica que seria atrativa para atividades econômicas substantivas na ausência da oportunidade de redução da tributação oferecida. A determinação de quando e se uma atividade é substancial pode ser difícil. Por exemplo, serviços financeiros e administrativos podem em certas circunstâncias envolver atividades substantivas. Contudo, certos serviços prestados por 'empresas de papel' indicam de pronto a falta de substância".*

Concluindo, o doutrinador dispôs com clareza:

> *Vistos estes comentários, pode-se concluir o presente item no sentido de que o direito à utilização das regras de determinado tratado internacional tributário depende da demonstração de que ambas as empresas tratam-se de pessoas residentes nos Estados contratantes, excluídas as situações em que não se verifica a estrutura necessária para o desenvolvimento do objeto social da empresa, o que somente poderá ser verificado em cada caso concreto.*

Observa-se que o doutrinador, com prudência e clareza, sob a perspectiva da preocupação com a substância das empresas situadas nos países celebrantes de acordo de bitributação, não condena nenhuma estrutura societária, muito menos a formação de holdings, situação que deve ser examina mediante as particularidades de cada caso.

O contexto de criação e utilização de holdings também é objeto de análise por TÔRRES[10]:

[9] ROCHA, Sérgio André. Tributação de lucros auferidos no exterior : (Lei nº 12.973/14). São Paulo : Dialética, 2014, p. 58 e segs.

> *Salvo a lei germânica de 1965 e a lei brasileira sobre sociedades anônimas, as sociedades* holdings *desenvolveram-se sem uma normatização específica. Não obstante, elas se propagaram com uma velocidade muito grande, sem maiores controles, mesmo não possuindo como objeto uma atividade econômica típica, porquanto sirva, na maioria dos casos, apenas para praticar operações financeiras, usando dos privilégios de ser uma espécie de "condomínio de ações" com caráter societário, como diz Gláucio Veiga. É que a dinâmica capitalista, esposada pela concorrência e competitividade, não poderia prescindir da criação de um ente coletivo desprovido da rigidez da sociedade mercantil e que pudesse, de acordo com a situação do mercado, oferecer respostas rápidas às necessidades financeiras do Grupo. O problema é que isso passou a ser usado, também, e exclusivamente, em alguns casos, para estratégias cuja finalidade reside tão-somente na simples economia de impostos, sem qualquer motivo negocial.*

Inclusive, na balizada obra de TÔRRES há referência de outro autor, Gláucio Veiga, sobre o assunto:

> *Uma importante crítica a esta natureza atribuída às sociedades* holdings *foi operada por Gláucio Veiga, em* Conceito de sociedade *holding:* estrutura e característica no direito nacional. Influência no direito europeu e americano*. Recife, inédito, 1981, 13 p., ao indagar: "Como considerar sociedade comercial a uma sociedade que se limita a guardar em seu cofre ações de outras sociedades e se restringe apenas a repassar dividendos e a comparecer às Assembléias Gerais para votar, com é o caso da* holding*? Onde os sinais de atividade empresarial desta sociedade? Como considerar sociedade mercantil uma sociedade de mero gozo, de fruição, como a* holding*?*

O que se discute é que não se pode deixar de verificar se a organização empreendida foi utilizada para promover situações dissonantes com a materialidade dos fatos, desvirtuando institutos de direito internacional visando mera transferência de lucros para países com situação fiscal favorecida.

Entendo que a pessoa jurídica recebe tratamento diferenciado no sistema de tributação (com diferentes opções para apurar seus resultados) porque, essencialmente, tem um efeito **multiplicador** para a sociedade. A pessoa jurídica emprega pessoas, contrata fornecedores, movimenta a economia, multiplica os agentes de produção, e por isso dispõe de bases de cálculo e alíquotas diferentes das aplicadas para a pessoa física.

Contudo, não há que se confundir "liberdade negocial" com liberdade para desvirtuar institutos e desconsiderar toda a lógica do sistema de tributação.

No caso concreto, a Contribuinte, por meio da JALUA (Espanha), concentrou investimentos de empresas situadas em **países sem tratado com o Brasil** (MONTHIERS e CCBA), **em uma controladora situada num país com tratado com o Brasil, a Espanha**.

[10] TORRES, 2001, p. 265-6. Não foram incluídas as referências do autor.

Questiono fortemente tal procedimento, por entender que afronta diretamente os institutos basilares apresentados no presente voto.

Ao ser interpretar **quem seriam os sujeitos de um tratado de bitributação**, o país da fonte é o país em que deve se encontrar a empresa onde efetivamente são desempenhadas as atividades produtivas. Tais atividades podem ser produzidas pela própria empresa, ou mediante investimentos, desde que naquele país. Pode ser perfeitamente uma holding, desde que concentrem investimentos que desempenhem atividades produtivas localizados no mesmo país, ou que não seja uma holding que, como no caso concreto, serviu como um "hub", um centralizador de investimentos localizados em países não signatários de acordos com o Brasil.

No caso concreto, considera a Contribuinte que o país de residência seria o Brasil, e o país da fonte a Espanha, razão pela qual protesta pela aplicação do tratado de bitributação celebrado entre os dois países.

Ocorre que a JALUA não é empresa onde são substancialmente produzidos os rendimentos de suas controladas, não é fonte dos rendimentos, e, por consequência, sua localização na Espanha não confere à Espanha a condição de **país da fonte.**

Ou seja, o Tratado Brasil-Espanha não se aplica para os lucros auferidos pelas empresas residentes fora da Espanha. Vale transcrever o Artigo 1 do Decreto nº 76.975, de 2 de Janeiro de 1976 [11] :

> *ARTIGO 1*
>
> *Pessoas visadas*
>
> *A presente Convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.*

O tratado Brasil-Espanha pode ser aplicado em situações no qual, efetivamente, há uma empresa localizada em um dos dois países que possa ser caracterizada como empresa no qual reside o titular dos investimentos auferidos no exterior, e outra empresa onde a renda produzida é obtida dentro do próprio país, seja mediante atuação direta no setor produtivo ou por investimentos no país. Alargar o conceito da empresa situada no país da fonte, para qualquer empresa que concentre auferimento de renda de outras empresas, independente das circunstâncias ou da localização destas outras empresas, é liberalidade que pode surtir efeitos no âmbito societário, empresarial e cível, mas que não pode ser oposta ao ramo tributário.

Não se fala em simulação, fala-se em enquadramento na hipótese de incidência prevista no tratado. Fala-se em **respeito à finalidade e objetivo dos tratados internacionais**. **Não se reúnem dois países para celebrar acordo que dê amparo à construção empreendida nos presentes autos.**

Precisamente nesse sentido, por entender que a JALUA não é empresa produtora da fonte (para o caso das empresas MONTHIERS e CCBA), e, por consequência, a

[11] Promulga a Convenção destinada a Evitar a Dupla Tributação e Previne a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil/Espanha.

Espanha não é o pais da fonte, **não há que se falar em aplicação do tratado de bitributação Brasil-Espanha para as controladas do caso concreto.**

Enfim, há que se apreciar a apuração dos lucros na JALUA, isso porque se trata de empresa localizada na Espanha, e de onde se apurou base tributável, o que será visto no próximo tópico.

II.1.3 - Sobre Aplicação do Tratado Brasil-Espanha para empresa localizada na Espanha (JALUA)

Transcrevo a norma em debate:

> *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.*

Quanto ao aspecto **material,** trata-se de **lucros** auferidos no exterior, por intermédio das controladas ou coligadas, em *quantum* proporcional à participação da controladora do Brasil sobre o investimento.

A legislação societária dispõe sobre várias destinações para o lucro. Contudo, para os lucros percebidos no exterior por meio de investimentos em controladas ou coligadas, há um tratamento diferenciado.

Fato é que, tanto para investimentos de controladas/coligadas no Brasil, quanto no exterior, os lucros auferidos pelas investidas são refletidas na contabilidade da investidora por meio do Método de Equivalência Patrimonial.

Para investimentos no Brasil, a investidora contabiliza o resultado positivo da investida, proporcional à sua participação, e exclui o resultado na apuração do lucro real. Nesse caso, viabiliza-se a neutralidade porque, como o lucro auferido pela investida já foi tributado no Brasil, não cabe sua tributação no resultado da investidora. E principalmente porque a investida encontra-se no Brasil, ou seja, os lucros auferidos pela investida são necessariamente oferecidos à tributação.

Situação diferente ocorre quando o investimento tem sede no exterior.

Nesse caso, a legislação brasileira previu, inicialmente, o mesmo tratamento em relação à contabilização do resultado positivo da investida: o lucro proporcional à sua participação é incluído no resultado da empresa brasileira, e excluído na apuração do lucro real. Contudo, dispôs uma etapa complementar: se os lucros forem auferidos de controladas e coligadas, cabe a adição no resultado tributável, na proporção de participação da investidora brasileira sobre o investimento, **ao final de cada ano-calendário.**

Parte-se da premissa de que **os lucros são da investidora brasileira**, e, por isso, a sua tributação não deve estar subordinada à política tributária adotada pelo país onde se encontra o investimento.

Isso porque o país onde se encontra o investimento pode optar por tributar o lucro em bases tributáveis **menores**, e a controladora brasileira, que detêm **poder de decisão** sobre a investida, pode optar em não receber os lucros auferidos. Trata-se de situação em que a **neutralidade** que ocorre quando investidora e investida estão no Brasil é desvirtuada.

Porque quando ambas estão no Brasil, a mesma alíquota é aplicada sobre o lucro da investida e o da investidora. Tributa-se o lucro de investida, e tal valor não é tributado pela investidora. **Não há prejuízo no sistema.**

Por outro lado, se investida está em país de tributação menor, não há que se falar em neutralidade. Na realidade, operacionaliza-se um diferimento em tempo indeterminado da tributação.

E, precisamente para se evitar tal diferimento, o art. 74 da norma em debate dispôs expressamente sobre **aspecto temporal**: o lucro presume-se distribuído para a empresa brasileira (na condição de detentora das ações/quotas da investida), na proporção de sua participação, **ao final do ano-calendário**.

E a neutralidade, que se operacionaliza quando tanto investida quanto investidora estão no Brasil, também é tutelada ao se dispor quando a investida está no exterior.

Vale transcrever o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995:

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

Como se pode observar, não se pode falar em bitributação. A neutralidade da tributação entre investida e investidora é operacionalizada por meio de outro mecanismo, mediante compensação do que a investida já recolheu aos cofres no exterior, e supera-se a questão do diferimento de tributação por tempo indeterminado. **A tributação só se consuma se as alíquotas no exterior foram inferiores à praticadas no Brasil**.

Por sua vez, precisamente sobre a perspectiva de que a materialidade trata dos lucros auferidos pela investidora brasileira, que não se aplica o art. 7º da Convenção Brasil-Espanha.

Isso porque os lucros, apesar de auferidos pela empresa no exterior, pertencem, na medida da participação societária, ao seu investidor que se localiza no Brasil. Ou seja, a legislação brasileira diz respeito aos lucros auferidos pelo contribuinte, investidor, residente no Brasil.

Por isso que entendo não haver reparos na interpretação conferida pela Receita Federal, por meio da Solução de Consulta Interna nº 18, da Cosit:

> *As convenções internacionais para evitar dupla tributação que seguem o modelo da OCDE trazem uma regra de tributação exclusiva dos lucros disposta no Parágrafo 1 do Artigo 7, segundo a qual os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a*

empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exercer suas atividades na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis àquele estabelecimento permanente. Transcreve-se a redação do citado parágrafo:

"Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável."

26. Assim, para entender a compatibilidade entre os acordos celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação que seguem o modelo da OCDE e a legislação sobre a tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior, é importante destacar o Comentário da própria OCDE sobre o Parágrafo 1º do Artigo 7 da Convenção Modelo (tradução livre):

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

27. Conforme exposto pela OCDE, não seriam os lucros da sociedade investida tributados pelo Estado de residência dos sócios, mas os lucros auferidos pelos próprios sócios, em que pese na apuração da base de cálculo tributável seja utilizado como referência o valor dos lucros auferidos pela sociedade sediada no outro Estado. Portanto, o parágrafo 1º não visa impedir o Estado de residência dos sócios de tributar a renda obtida por intermédio de sua participação em sociedades domiciliadas no exterior.

28. O art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, prevê a tributação da renda dos sócios brasileiros decorrente de sua participação em empresas domiciliadas no exterior. Ou seja, a norma interna incide em contribuinte brasileiro, não gerando qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros.

29. É certo que a função primordial dos tratados é promover, mediante a eliminação da dupla tributação, as trocas de bens e serviços e a movimentação de capitais e pessoas. Esse objetivo é

> *igualmente alcançado uma vez que o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, autoriza a compensação dos tributos pagos no exterior, na hipótese de reconhecimento de lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real. Portanto, a aplicação da norma interna brasileira não acarreta a bitributação econômica dos lucros decorrentes de investimentos no exterior.*
>
> *30. Além disso, é importante ressaltar que, segundo o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, os acordos para evitar dupla tributação também têm por escopo a prevenção da elisão e evasão fiscal, já que os contribuintes poderiam ser tentados a abusar da legislação fiscal de um Estado, através da exploração das diferenças entre as várias legislações dos países ou jurisdições, de maneira a evitar a dupla não tributação. Transcreve-se, por elucidativo, o parágrafo 7 dos Comentários da Convenção-Modelo:*
>
> " 7. O objetivo principal das convenções para evitar a dupla tributação é promover, mediante a eliminação da dupla tributação internacional, o comércio internacional de bens e serviços, e a circulação de capitais e de pessoas. Também é objetivo das convenções evitar a fraude e evasão fiscal.
>
> 7.1 Os contribuintes podem ser tentados a abusar das leis tributárias do Estado, explorando as diferenças entre as legislações dos países ... "

Destaca ainda a solução de consulta que nos tratados celebrados com a Dinamarca (Decreto nº 75.106, de 20 de dezembro de 1974.) e com as Repúblicas Tcheca e Eslovaca (Decreto nº 43, de 25 de fevereiro de 1991), foi estabelecida cláusula expressa no sentido de não são tributar os lucros não distribuídos. Ou seja, apenas nesse caso o art. 74 da MP nº 2.158-35, ao dispor sobre aspecto temporal da disponibilização dos lucros, em tese entraria em conflito com o celebrado no tratado.

E, tendo em vista que o Tratado Brasil-Espanha não se aplica ao caso em análise, tanto para IRPJ quanto para CSLL, resta superada apreciação da segunda divergência apontada pela Contribuinte, de que a aplicação do Tratado Brasil-Espanha deveria ser estendida à CSLL.

Correto, portanto, o procedimento da autoridade fiscal ao apurar os lucros auferidos pela JALUA. Contudo, no presente caso, a devolução da matéria pela PGFN operou-se apenas manter a exigência que exceder 15% do montante bruto dos dividendos, aspecto processual que será tratado no próximo tópico.

II.1.4 - Conclusões sobre a Matéria Lucros no Exterior no Caso Concreto e Considerações Complementares

Passo a consolidar as conclusões do presente voto.

Vale reprisar as matérias objeto dos recursos em debate:

- Recurso Especial da PGFN: (**Item 1**) requer o restabelecimento da tributação dos lucros auferidos pela JALUA (Espanha), base de cálculo de R$80.562.176,03, para pleitear a manutenção da exigência que exceder 15% do montante bruto dos dividendos.

- Recurso Voluntário da Contribuinte (**Item 2)**: requer a exclusão da tributação da MONTHIERS e CCBA (controladas da JALUA), base de cálculo de R$1.456.791.283,68;

Sobre o Item 1 (recurso especial da PGFN), discorre a Contribuinte, em contrarrazões ao recurso especial da PGFN, que a base de cálculo estaria incorreta, porque em vez de lucro, teria a JALUA incorrido em prejuízo. Menciona o art. 6º da IN SRF nº 213, o qual teria reconhecido que "As demonstrações financeiras das filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, serão elaboradas segundo as normas da legislação comercial do país de seu domicílio". Assim, adotando-se o procedimento previsto na legislação espanhola a JALUA teria incorrido em prejuízo de 47.747.936,62 euros. Discorre que (e-fls. 1997)

> *(...) a Jalua possuía investimentos em outras empresas situadas no exterior e que a legislação comercial espanhola determina a avaliação desses investimentos pelo custo de aquisição, exceto para, em homenagem ao princípio do conservadorismo, demonstrar as perdas dos investimentos (...)*

Ocorre que a interpretação dada pela Contribuinte ao dispositivo da instrução normativa não é a mais adequada, vez que incorreu em uma leitura isolada e descontextualizada.

Há que se observar que se trata de norma complementar, ou seja, que demanda uma fonte para sua existência.

Por isso, transcrevo o art. 25, § 2º da Lei nº 9.249, de 1995:

> *Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)*
>
> *§ 1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte:*
>
> *I - os rendimentos e ganhos de capital serão convertidos em Reais de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que forem contabilizados no Brasil;*
>
> *II - caso a moeda em que for auferido o rendimento ou ganho de capital não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais;*
>
> *§ 2º **Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior**, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:*

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

Observa-se que há dispositivo legal expresso determinando que a base de cálculo a ser tomada para a controlada é a disposta na **legislação brasileira.**

Precisamente sob tal perspectiva deve ser apreciado o mencionado art. 6º da IN SRF nº 213, de 2002:

> *Art. 6º As demonstrações financeiras das filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, serão elaboradas segundo as normas da legislação comercial do país de seu domicílio.*
>
> *§ 1º Nos casos de inexistência de normas expressas que regulem a elaboração de demonstrações financeiras no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, estas deverão ser elaboradas com observância dos princípios contábeis geralmente aceitos, segundo as normas da legislação brasileira.*
>
> *§ 2º **As contas e subcontas constantes das demonstrações financeiras elaboradas pela filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, depois de traduzidas em idioma nacional e convertidos os seus valores em Reais, deverão ser classificadas segundo as normas da legislação comercial brasileira, nas demonstrações financeiras elaboradas para serem utilizadas na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.** (grifei)*

Dispõe a instrução normativa do caminho a ser tomado para a determinação da base de cálculo a ser tributada. Primeiro, toma-se a apuração elaborada segundo as normas da legislação comercial do país de domicílio no exterior. Depois, as demonstrações financeiras devem ser classificadas segundo as normas da legislação comercial brasileira, **para a determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.**

E a Fiscalização adotou **precisamente** tal entendimento, conforme as palavras da própria Contribuinte (e-fls. 1998/1999):

> *Ocorre, porém, que a simples leitura do trecho acima transcrito c o exame das folhas do processo indicadas como fonte dos dados utilizados evidencia que a fiscalização pautou-se exclusivamente na demonstração do resultado da Jalua efetuada pela Recorrida **já com os ajustes pertinentes à legislação societária brasileira, SIMPLESMENTE IGNORANDO AS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS DA CONTROLADA NO EXTERIOR, ELABORADAS SEGUNDO AS NORMAS DA LEGISLAÇÃO COMERCIAL DO PAÍS DE SEU DOMICÍLIO, que como já dito acima** (fls. 281/289 e doc. 02 da impugnação) demonstra que **AQUELA EMPRESA NO PERÍODO-BASE ENCERRADO EM 20/12/2002 APUROU NA ESPANHA PREJUÍZO DE € 47.747.936,62** (quase quarenta e oito milhões de Euros).*

> ***De fato a fiscalização assumiu como "resultado operacional e financeiro da Jalua" o valor de RS 80.562.176,03, que consta da demonstração decorrente dos ajustes efetuados pela Recorrida em conformidade com a legislação comercial brasileira**, e como "resultado do exercício" o valor de R$ 1.537.353.459,71 indicado às fls. 290 dos autos (R$ 1.536.593.774,95 + R$ 759.684,76 de imposto de renda pago no Exterior, desconsiderado pela fiscalização) que como dito é resultado positivo do ajuste feito para, pelo método da equivalência e considerando as normas da legislação comercial brasileira, demonstrar o efeito em Reais no Brasil da consolidação geral dos investimentos via JALUA no exterior, o que levou à tributação em duplicidade já reconhecida pela r. decisão recorrida. (grifos originais)*

Reforço o alegado pela Contribuinte: **a fiscalização assumiu como "resultado operacional e financeiro da Jalua" o valor de RS 80.562.176,03, que consta da demonstração decorrente dos ajustes efetuados pela Recorrida em conformidade com a legislação comercial brasileira.** Ora, sem reparos o procedimento da autoridade autuante, que agiu com base no art. 25, § 2º da Lei nº 9.249, de 1995, e art. 6º, *caput* e §§ 1º e 2º da IN SRF nº 213, de 2002.

Discorre ainda a Contribuinte que a fundamentação do recurso especial da PGFN teria se concentrado sobre a aplicação do art. 10 do Tratado, e, nesse contexto, estaria a apreciação do presente Colegiado vinculada à interpretação dada pela recorrente.

Não assiste razão à Contribuinte.

Uma vez superado o estreito filtro da admissibilidade, **a cognição para a apreciação do mérito se amplia**. O art. 1034 do Código de Processo Civil dispõe com clareza:

> *Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, **aplicando o direito**.*
>
> *Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado. (grifei)*

Na realidade, conforme a abalizada doutrina de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY [12], o dispositivo vem consagrar a súmula do STF nº 456 (*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*) e o Regimento Interno do STJ, art. 257 (*No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*).

Passando-se pela primeira etapa, o exame de admissibilidade, a etapa seguinte, apreciação do mérito, demanda a aplicação do direito. Ou seja, **não fica o julgador**

[12] JÚNIOR, Nelson Nery. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2173.

limitado estritamente aos fundamentos aduzidos pelas partes. Pelo contrário, tem liberdade para aplicar o direito ao caso concreto, o que lhe permite, inclusive, interpretar a legislação tributária de maneira diversa daquela defendida pela recorrente. Os limites dizem respeito à **matéria.** E, nos presentes autos, a matéria tipificada pela autoridade fiscal diz respeito à tributação de lucros no exterior com base no art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001. Se a parte A interpreta que sua pretensão deve ser atendida pelo fundamento X, e a parte B pelo fundamento Y, trata-se de cognição que não restringe a apreciação do julgador.

Situação diferente diz respeito ao pedido.

Se por um lado o julgador não encontra limites quanto aos **fundamentos** das partes para firmar a convicção e aplicar o direito ao caso concreto, por outro, a situação assume contornos diferentes ao se reconhecer o **pedido.**

O pedido delimita fronteira que não pode ser ultrapassada, sob pena de decisão *extra petita*. Vale transcrever excerto do recurso da PGFN (e-fl. 1542):

> *Por essa razão, e sendo possível conciliar os artigos 10 e 23 do Tratado, cabe a manutenção das exigências que excedam a 15% do montante bruto dos dividendos, disponibilizados via equivalência patrimonial, pela coligada sediada no exterior.*

Nesse sentido, nos termos do pedido do recurso da PGFN, e da cognição aplicada ao caso concreto (**tópico II.1.3** do presente voto, que concluiu que a materialidade tratada no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2002, não se comunica com a do Tratado Brasil-Espanha), **cabe ser restabelecida a exigência (base de cálculo de R$80.562.176,03) que exceda a 15% do montante bruto dos dividendos, incidente sobre a JALUA (Espanha).**

Sobre o Item 2 (recurso voluntário da Contribuinte), cabe ser **mantida** a autuação relativa à MONTHIERS e CCBA (base de cálculo de R$1.456.791.283,68). Conforme **tópicos II.1.1** e **II.1.2** do presente voto, a incidência prevista no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2002, prevê a tributação das controladas diretas e indiretas e o Tratado Brasil-Espanha não tem repercussão nas controladas diretas da JALUA (Espanha).

Enfim, em contrarrazões, aduziu a Contribuinte que a decisão recorrida teria incorrido em modificação ao critério jurídico do lançamento.

Não lhe assiste razão.

Há que se ter prudência ao se arguir a aplicação do art. 146 do CTN [13], sob pena de sua descaracterização.

No caso em tela, conforme já demonstrado, a autoridade autuante atuou conforme predica a legislação tributária ao consolidar de maneira **individualizada** os lucros da JALUA, MONTHIERS, além de beneficiar a Contribuinte ao considerar o prejuízo da CCBA, para se determinar a base tributável. E, como se pode observar, foi a interpretação adotada pelo voto vencedor da turma *a quo.* Repito o que foi escrito no presente voto: a Fiscalização, de

[13] Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

maneira individualizada, conforme art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996, e § 5º do art. 1º da IN SRF nº 213, de 2002, tomou os resultados das controladas, com base nas adaptações exigidas para a adequação à legislação brasileira.

Verifica-se que a decisão recorrida não promoveu nenhuma modificação nos critérios jurídicos adotados pela autoridade fiscal no exercício do lançamento de ofício, razão pela qual afasto a aplicação do art. 146 do CTN.

II.2 - Juros de Mora Sobre Multa de Ofício

A matéria juros de mora sobre multa de ofício foi devolvida ao Colegiado em dois recursos:

- Recurso Especial da PGFN: requer o restabelecimento da incidência de juros de mora sobre multa de ofício com base na taxa SELIC, juros que foram mantidos no acórdão recorrido sob o percentual de 1% ao mês;

- Recurso Especial da Contribuinte: requer o afastamento total da incidência de juros de mora sobre multa de ofício, que foi mantida no acórdão recorrido sob o percentual de 1% ao mês.

Sobre o assunto, vale transcrever, inicialmente, o artigo 113, do CTN, que predica que o objeto da obrigação tributária principal é o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária:

> *Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*
>
> *§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de **tributo ou penalidade pecuniária** e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (grifei)*
>
> *§ 2º (...)*

Por sua vez, o crédito tributário decorre da obrigação principal, conforme o artigo 139 do CTN:

> *Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.*

A penalidade pecuniária tem base no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, materializada na multa de ofício aplicada sobre o tributo.

E, como se pode observar a penalidade pecuniária, decorrente da infração, compõe a obrigação tributária principal e, por conseguinte, **integra o crédito tributário**.

Por sua vez, o CTN, ao discorrer sobre o pagamento, informa que devem incidir **juros** sobre o **crédito** tributário não integralmente adimplido no vencimento, *verbis:*

> *Art. 161. O **crédito** não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e*

> *da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. (grifei)*
>
> *§ 1º (...)*

E a correção estipulada pelo mencionado art. 161, a partir da Lei nº 9.065, de 1995, segue a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, questão já pacificada pela Súmula CARF 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.*

Verifica-se, assim que **tanto tributo quanto a multa de ofício estão sujeitos à atualização prevista no art. 161 do CTN, mediante aplicação da taxa SELIC**.

II.3. Resumo do Mérito.

Enfim, consolido os resultados do voto:

- Deve ser dado provimento ao recurso especial da PGFN, para restabelecer a tributação dos lucros auferidos pela JALUA (Espanha), relativa à exigência que exceder 15% do montante bruto dos dividendos; e restabelecer a incidência de juros de mora sobre multa de ofício com base na taxa SELIC.

- Deve ser negado provimento ao recurso voluntário da Contribuinte e manter a tributação da MONTHIERS e CCBA (controladas da JALUA).

- Deve ser negado provimento ao recurso especial da Contribuinte e restabelecer a incidência de juros de mora sobre multa de ofício com base na taxa SELIC.

III. Conclusão

Diante de todo o exposto, voto no sentido de **conhecer** o recurso voluntário da Contribuinte e os recursos especiais da Contribuinte e da PGFN; e, no mérito, **negar provimento** ao recurso voluntário da Contribuinte, **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte, e **dar provimento** ao recurso especial da PGFN.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura

Declaração de Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa

Com a devida vênia ao Ilustre Relator, por quem tenho profunda admiração, divirjo quando aos pontos tratados a seguir.

Conhecimento do Recurso Especial da Procuradoria

O Recurso Especial da Procuradoria da Fazenda Nacional foi interposto contra parte do acórdão em que foi sucumbente relacionada à tributação da controlada direta localizada na Espanha (Jalua). O acórdão recorrido, por decisão da maioria do Colegiado decidiu aplicar o artigo 7º, do Tratado Brasil-Espanha (Decreto nº 76.975/1976), *verbis*:

> *Artigo 7*
>
> *Lucros das empresas*
>
> *1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente à situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.*
>
> *2. Quando uma empresa de um Estado Contratante Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividade idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.*
>
> *3. No calculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos de administração assim realizados.*

> *4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.*
>
> *5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros Artigos da presente Convenção, as disposições desses Artigos não serão afetadas pelas disposições do presente Artigo.*

A aplicabilidade do artigo 10 foi tratada longamente pela então Relatora, ex-Conselheira Sandra Maria Faroni, em voto ao qual me reporto pela completude na análise da matéria.

O voto vencido, lavrado pelo ex-Conselheiro José Sérgio Gomes, interpretou que a controlada direta (Jalua) estaria sujeita à tributação no que supera o percentual de 15% do lucro, aplicando o item 2, do artigo 10 da mesmo Tratado Brasil- Espanha (Decreto nº 76.975/1976), que dispõe:

> *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 exercer 15% do montante bruto dos dividendos.* (grifamos)
>
> *Este parágrafo não afetará a tribulação da sociedade com referência aos lucros que deram origem aos dividendos pagos.*

A divergência no julgamento pelo Colegiado *a quo*, portanto, foi unicamente entre aplicar o artigo 7 do Tratado (e assim afastar, integralmente, o lançamento tributário com relação à controlada localizada na Espanha – como entendeu a maioria do Colegiado) e aplicar o artigo 10 (para manter a tributação que superasse o percentual de 15% - como entendeu o voto vencido). Lembro desde de já que a interpretação adotada pelo nobre Conselheiro José Sérgio Gomes não é a única do artigo 10. De toda sorte, centro-me no fato da divergência na interpretação adotada pela Turma ser unicamente sobre qual artigo do Tratado seria aplicável.

Nesse contexto, a Procuradoria apresentou recurso especial fundamentado no artigo 7º, I, do antigo Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 147/2007), que prescrevia:

> *Artigo 7º Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra:*
>
> *I - decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova; e*
>
> *II - decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.*

A devolutividade do recurso especial fundamentado pelo artigo 7º, I, portanto, está relacionada à falta de unanimidade da decisão recorrida e à contrariedade à lei ou evidência de prova.

No caso dos autos, de fato, não foi unânime a decisão recorrida quanto à controlada direta na Espanha, lembrando tratar-se de discordância sobre a aplicação do artigo 7º, ou 10º, do Tratado Brasil-Espanha.

Nesse contexto, a Procuradoria apresentou seu recurso especial do qual destaco trechos:

> *No caso, discute-se se os valores reconhecidos pela EAGLE em sua contabilidade a título de lucros auferidos no exterior (equivalência patrimonial em face dos valores recebidos por coligadas), atrairia a regra do art. 7º do Tratado, ou o art. 10, combinado com o art. 23, do Tratado.* (fls. 1437 dos autos)
>
> *O artigo 74 da MP 2.158/2001 não incide sobre lucros de não residente no Brasil, mas sobre os lucros de sociedade residente no Brasil. Não se aplica o art. 7º do Tratado Brasil-Espanha.*
>
> *Assim, afastado o art. 7º do Tratado Brasil-Espanha, caberia a aplicação do art. 10, combinado com o art. 23 da convenção (...)* (fls. 1439 dos autos)
>
> *Com efeito, o art. 10 do Tratado Brasil-Espanha firma que os dividendos pagos por sociedade residente na Espanha à sociedade residente no Brasil são tributados no Brasil. Mas a Espanha poderá tributar esses dividendos à alíquota de 15%. (...)*
>
> *Ora, diante dessas normas é plenamente lícito concluir que os "dividendos tributáveis" na Espanha de acordo com a convenção correspondem a 15% do montante bruto dos dividendos. Esse valor está isento no Brasil. Mas, os valores que excedem a 15% do montante bruto dos dividendos não estariam isentos no Brasil. No caso, toda a tributação no Brasil que excedesse a alíquota de 15% (a exemplo do adicional de IRPJ e a CSLL) poderia ser mantida. (...) (fls. 1341)*
>
> *Por essa razão, e sendo possível conciliar os artigos 10 e 23 do Tratado, cabe a manutenção das exigências que excedam a 15% do montante bruto dos dividendos, disponibilizados via equivalência patrimonial, pela coligada sediada no exterior* (fls. 1342)

O pedido formulado pela Procuradoria em seu recurso especial é consistente com a divergência da Turma (a respeito da aplicação dos artigos 7º ou 10º do Tratado Brasil Espanha).

Nesse contexto, voto pelo conhecimento do recurso especial da Procuradoria, mas limitando este conhecimento ao quanto devolvido a este Colegiado, ou seja, para enfrentamento da possível aplicação do artigo 10, como requerido expressamente pela Procuradoria.

A devolutividade restrita deste recurso especial decorre não só da disposição do artigo 7º, I, do antigo RICARF (que limitava o cabimento do recurso à hipótese de divergência na Turma e, portanto, limitava o conhecimento da matéria adstrita a tal divergência), como também do próprio recurso especial interposto. Se a Procuradoria apenas solicitou a reforma do acórdão recorrido para aplicação do Tratado Brasil-Espanha é nestes termos que este Colegiado deveria se pronunciar.

Diante disso, acompanho o Ilustre Relator para conhecimento do recurso especial da Procuradoria, mas o faço pelas conclusões, por entender que a devolutividade estaria limitada à divergência da Turma *a quo* e, ainda, às razões e pedido do próprio recurso especial.

Em seu recurso especial, a Procuradoria ainda trata da incidência de juros sobre a multa, tema que será tratado ao final da presente declaração de voto, mas que adianto que entendo pelo conhecimento do recurso especial neste ponto.

Recurso Especial da Procuradoria – Tributação da Controlada Direta (Espanha)

O recurso especial da Procuradoria não merece provimento.

Lembro que o Relator entendeu que *"tanto para investimentos de controladas/coligadas no Brasil, quanto no exterior, os lucros auferidos pelas investidas são refletidas na contabilidade da investidora por meio do Método de Equivalência Patrimonial.*"

No entanto, o artigo 7º do Tratado Brasil-Espanha (Decreto nº 76.975/1976), acima reproduzido, impede a tributação de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha, como a Jalua, como reconhecido pela Turma *a quo*.

Sobreleva considerar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que **os Tratados Internacionais prevalecem sobre as normas de direito interno**, em razão de sua especialidade, nos termos do artigo 98, do Código Tributário Nacional:

> *"(...) 3. A interpretação das normas de Direito Tributário não se orienta e nem se condiciona pela expressão econômica dos fatos, por mais avultada que seja, do valor atribuído à demanda, ou por outro elemento extrajurídico; a especificidade exegética do Direito Tributário não deriva apenas das peculiaridades evidentes da matéria jurídica por ele regulada, mas sobretudo da singularidade dos seus princípios, sem cuja perfeita absorção e efetivação, o afazer judicial se confundiria com as atividades administrativas fiscais.*
>
> *4. O poder estatal de arrecadar tributos tem por fonte exclusiva o sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os operacionais; ainda que uma norma*

> *seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios jurídicos gerais e constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais, dentre outras.*
>
> *5. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão da sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (RESP 1.161.467-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 01.06.2012).*
>
> *6. O art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos Países ocidentais, inclusive pelo Brasil, conforme Tratados Internacionais Tributários celebrados com a Bélgica (Decreto 72.542/73), a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.051/80), disciplina que os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado (dependência, sucursal ou filial); ademais, impõe a Convenção de Viena que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), em reverência ao princípio basilar da boa-fé.*
>
> *7. No caso de empresa controlada, dotada de personalidade jurídica própria e distinta da controladora, nos termos dos Tratados Internacionais, os lucros por ela auferidos são lucros próprios e assim tributados somente no País do seu domicílio; a sistemática adotada pela legislação fiscal nacional de adicioná-los ao lucro da empresa controladora brasileira termina por ferir os Pactos Internacionais Tributários e infringir o princípio da boa-fé na relações exteriores, a que o Direito Internacional não confere abono.*
>
> *8. Tendo em vista que o STF considerou constitucional o caput do art. 74 da MP 2.158-35/2001, adere-se a esse entendimento, para considerar que os lucros auferidos pela controlada sediada nas Bermudas, País com o qual o Brasil não possui acordo internacional nos moldes da OCDE, devem ser considerados disponibilizados para a controladora na data do balanço no qual tiverem sido apurados.*
>
> *9. O art. 7o, § 1o. da IN/SRF 213/02 extrapolou os limites impostos pela própria Lei Federal (art. 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP* (Recurso Especial nº 1.325.709, 1ª Turma, DJe de 20/05/2014)

É importante ponderar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento referido, também reconheceu a ilegalidade do artigo 7º, §1º, da IN/SRF 213/2002, que trata do reflexo na contabilidade da investidora pelo Método de Equivalência Patrimonial. O artigo 7º, §1º da IN/SRF 213/2002 tem a seguinte redação:

> *Art. 7º A contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior em filial, sucursal, controlada ou coligada, avaliado pelo método da equivalência patrimonial, conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira, deverá ser registrada para apuração do lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil.*
>
> *§ 1º Os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial, não tributados no transcorrer do ano-calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.*

Nesse sentido, destaco trecho da íntegra do acórdão a respeito da ilegalidade IN/SRF 213/2002:

> *63. Repita-se que a sistemática adotada pela Fazenda Pública, de adicionar o lucro obtido pela empresa controlada no Exterior para cômputo do lucro real da empresa controladora importa na tributação daquele mesmo lucro, em contraste com o disposto nas referidas Convenções Internacionais. (...)*
>
> *66. Nesse contexto, quanto à base de cálculo, como sustentado pela recorrente, o art. 7o, § 1o. da IN/SRF 213/02 extrapolou os limites impostos pela própria Lei Federal (art. 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP 2.158-35/01) a qual objetivou regular.*
>
> *67. Com efeito, analisando-se a legislação complementar ao art. 74 da MP 2.158-35/01, constata-se que o regime fiscal vigorante é o do art. 23 do DL 1.598/77, que em nada foi alterado quanto à não inclusão, na determinação do lucro real, dos métodos resultados de avaliação dos investimentos no Exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é, das contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas.*

Ressalvo que o acórdão referido não foi submetido à sistemática de recursos repetitivos (artigo 543-C, do CPC/1973 e 1.036 a 1.041, do CPC/2015), não sendo obrigatória sua aplicação pelos Conselheiros do CARF (art. 62, §2º, RICARF/2015).

De toda sorte, compartilho do entendimento daquela Corte Superior, pela impossibilidade de tributação dos lucros por força de Tratados Internacionais. Assim, considerando a devolutividade restrita do recurso especial (como tratado no item supra), voto por negar provimento ao recurso especial, mantendo a aplicação do artigo 7º do Tratado Brasil-Espanha quanto à controlada direta (Jalua).

Recurso Voluntário

Entendo, ainda, pelo provimento ao recurso voluntário da contribuinte, na medida em que os lucros auferidos pelas controladas indiretas foram **consolidados** na controlada direta (Jalua), como se extrai do Termo de Verificação Fiscal:

> *2. DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO APLICÁVEL:*

> *2.1. Jalua S.A., posteriormente denominada Jalua Spain S.L.*
>
> *2.1.1. Resultado do Exercício: A **Monthiers** (Uruguai) obteve um resultado em 2002 de R$ 1.516.707.473,62 conforme documentação apresentada pelo contribuinte e a **CCBA** (Argentina) por sua vez obteve um resultado negativo de R$ 81.638.597,70 (fls. 294). Tendo em vista que a participação da Jalua na empresa é de apenas 70%, considera-se um valor de R$ 59.916.189,94 negativo (fls. 294), resultado esse não transcrito para os demonstrativos da Jalua por não ser obrigatório pela legislação espanhola conforme documento apresentado pelo contribuinte às fls. 290, porém reconhecido pela Eagle conforme transcrição no diário (fls. 359) e documentos apresentados pelo contribuinte às fls.280 e 290.*
>
> *Obtemos portanto:*
>
> *2.1.1.1. Resultado Operacional e financeiro da Jalua - R$ 80.562.176,03 - fls. 280 e 290;*
>
> *2.1.1.2. Result. Equivalência Patrimonial (Resultado da Monthiers adicionado ao resultado negativo da CCBA conforme item 2.1.1) - R$ 1.456.791.283,68 - fls. 294*
>
> *2.1.1.3. Resultado do exercício - R$ 1.537.353.459,71 - valor esse registrado em documentos apresentados pelo contribuinte às fls. 290, na linha 11 da ficha 37 da DIPJ 2003, ano-calendário 2002 da Eagle (fls. 396, 397 399), no balanço Patrimonial Eagle-Jalua (fls. 280)*

Exatamente porque consolidados os lucros na controlada direta (Espanha – Jalua), o Tratado Brasil-Espanha também é aplicável aos lucros então consolidados pelo auditor fiscal autuante. Até porque a tributação – individualizada – das controladas indiretas implicaria em modificação do critério jurídico do lançamento.

Pondero, ainda, que a orientação da Receita Federal do Brasil era pela necessária consolidação dos lucros das **controladas indiretas** na **controlada direta**, como se observa do artigo 1º §6º, da IN SRF 213/2002:

> *Art. 1º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa.*
>
> *§ 1º Os lucros referidos neste artigo são os apurados por filiais e sucursais da pessoa jurídica domiciliada no Brasil e os decorrentes de participações societárias, inclusive em controladas e coligadas.*
>
> *§ 2º Os rendimentos e ganhos de capital a que se refere este artigo são os auferidos no exterior diretamente pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil.*

> *§ 3º A pessoa jurídica domiciliada no Brasil que auferir lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, objeto das normas desta Instrução Normativa, está obrigada ao regime de tributação com base no lucro real.*
>
> *§ 4º Os lucros de que trata este artigo serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica no Brasil, integralmente, quando se tratar de filial ou sucursal, ou proporcionalmente à sua participação no capital social, quando se tratar de controlada ou coligada.*
>
> *§ 5º Para efeito de tributação no Brasil, os lucros serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada, vedada a consolidação dos valores, ainda que todas as entidades estejam localizadas em um mesmo país, sendo admitida a compensação de lucros e prejuízos conforme disposto no § 5º do art. 4º desta Instrução Normativa.*
>
> *§ 6º Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, **na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada**, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.*
>
> *§ 7º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital de que trata este artigo a serem computados na determinação do lucro real e da base de cálculo de CSLL, serão considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem.*
>
> *§ 8º Os rendimentos e os ganhos de capital, decorrentes de aplicações ou operações efetuadas no exterior, integrarão os resultados da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, e as perdas reconhecidas nesses resultados são indedutíveis e devem ser adicionadas para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.*

O §6º, acima colacionado, é bastante claro ao determinar que *"os resultados auferidos de outra pessoa jurídica"* (referindo-se à **controlada indireta**) *"na qual a filial, sucursal controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente"* (referindo-se à controlada direta), *"serão consolidados no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada"* (novamente tratando da controlada direta) *"para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil"*.

Tratamento distinto recebiam as **controladas diretas**, conforme §5º acima reproduzido. Com efeito, *"os lucros serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada, vedada a consolidação de valores"*. A interpretação que concilie os §5º e §6º há de se vislumbrar a clareza do tratamento das controladas diretas pelo §5º e controladas indiretas pelo §6º.

O agente fiscal autuante, portanto, consolidou os lucros das controladas indiretas na Jalua (controlada direta) observando os ditames da IN SRF 213/2002, mas equivocou-se ao desconsiderar o Tratado Brasil-Espanha quanto à consolidação efetuada.

Nesse contexto, voto por **dar provimento ao recurso voluntário da contribuinte**, para reforma do acórdão recorrido no que concerne às controladas indiretas.

Juros de Mora Sobre a Multa de Ofício – Recurso Especial da Procuradoria e da contribuinte

Como manifestado em julgamentos anteriores desta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, entendo ilegal a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, em face da falta de previsão expressa em lei para tanto.

Isto porque o *caput* do artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, trata apenas dos débitos de tributos e contribuições administradas pela Secretaria da Receita Federal, *verbis*:

> *Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*
>
> *§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.*
>
> *§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*
>
> *§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)*

Acrescente-se que o §3º deste dispositivo legal trata da possibilidade de incidência de juros de mora sobre os débitos a que se refere o citado artigo, isto é, débitos de tributos e contribuições devidas à Receita Federal do Brasil - expressamente tratados pelo *caput* -, confirmando que não há previsão para incidência de juros sobre a multa de ofício.

Ressalte-se que os parágrafos de um artigo expressam aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo, ou exceções à regra por ele estabelecidas, conforme artigo 11, III, alínea "c", da Lei Complementar nº 95/1998.

Assim, a disposição do §3º, do artigo 61 deve se conformar ao *caput* deste dispositivo, regulando, assim, os débitos de tributos, contribuições e multa de mora.

É oportuno lembrar que o legislador expressamente previu a incidência de juros sobre multas isoladas, como se depreende do artigo 43, da mesma Lei nº 9.430/1996. Ao regular a multa de ofício, em sentido contrário, o artigo 44 da Lei nº 9.430/1996 não estabeleceu expressamente a incidência de juros.

Ressalte-se que o Código Tributário Nacional trata de crédito tributário com dois sentidos diferentes, em alguns dispositivos tratando da obrigação tributária e a penalidade pelo descumprimento desta obrigação, como se observa dos artigos 121, 139, 142, em outros apenas como a obrigação tributária principal, como se verifica dos artigos 164.

Colaciona-se o artigo 164, do Código Tributário Nacional:

> *Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:*
>
> *I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;*
>
> *(...)*

Ao dispor que cabe a consignação na hipótese de recusa ao pagamento "outro tributo ou de penalidade" evidencia que no crédito tributário tratado pelo artigo 164 não está incluída penalidade.

No mesmo sentido, dispõe o artigo 161, do Código Tributário Nacional:

> *Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.*

Note-se que o artigo 161, do Código Tributário Nacional, define a incidência de juros de mora, "sem prejuízo das penalidades", revelando que estas penalidades não compõe o crédito tributário na acepção expressa por este dispositivo.

O §1º do artigo 161 expressa "aspectos complementares à norma enunciada no *caput*" (conforme artigo 11, III, alínea "c", da Lei Complementar nº 95/1998) e, portanto, não infirma a conclusão que a penalidade não está incluída no crédito como definido por este dispositivo.

Conclusões

Por tais razões, voto **por conhecer do recurso especial** da Procuradoria limitando este conhecimento ao quanto divergiu a Turma *a quo* e, no mesmo sentido, requereu expressamente a Recorrente. Assim, acompanho o relator pelas conclusões no que concerne ao conhecimento deste recurso.

No mérito, com a devida vênia, voto por **dar provimento ao recurso voluntário** da contribuinte **e dar provimento ao seu recurso especial**, **negando provimento ao recurso especial da Procuradoria**.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Declaração de Voto

Conselheiro Luís Flávio Neto.

Na sessão de março de 2017, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (doravante "**CSRF**") analisou os recursos especiais interpostos por EAGLE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS S.A. (doravante "**EAGLE**" ou "**contribuinte**") e pela Procuradoria da Fazenda Nacional (doravante "**PFN**") no processo n. 16327.000530/2005-28, em face do acórdão n. 101-97.070 (doravante "**acórdão *a quo*"** ou "**decisão recorrida**"), proferido pela r. 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes (doravante "**Turma *a quo***"), assim ementado:

> 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 Lei 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 pais 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 n° 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

Por voto de qualidade, o Colegiado da CSRF decidiu dar provimento ao recurso da PFN e negar provimento ao recurso do contribuinte.

Nesta **declaração de voto**, *permissa vênia*, apresento os fundamentos que me fizeram votar pelo provimento do recurso do contribuinte, com o cancelamento da autuação fiscal quanto à matéria ora tratada.

Com atenção ao ano-calendário de 2002 e naquilo que é estritamente relevante ao presente julgamento, a EAGLE, residente no Brasil, detinha o controle da empresa "JALUA", residente na Espanha. A JALUA, por sua vez, detinha o controle das empresas "MONTHIERS", residente no Uruguai, e "CCBA", residente na Argentina.

Compreendeu a fiscalização que a JALUA (Espanha) teria obtido resultado operacional de R$80.562.176,03, bem que lhe seria imputável resultado de equivalência patrimonial de R$ 1.456.791.283,68, composto pelo resultado obtido naquele ano pela MONTHIERS, de R$ 1.516.707.473,62, bem como pelo resultado negativo da CCBA, de 81,638.597,70.

Com suposto fundamento no art. 74 da MP 2.158-35/2001, no art. 1º, par. 6º, da IN SRF 213/2002 e no art. 43 do CTN, a fiscalização autuou a EAGLE pela não adição, à base de cálculo do IRPJ e da CSLL, do montante de R$ 1.537.353.459,71, equivalente ao lucro operacional da JALUA somado ao resultado de equivalência patrimonial atinente à MONTHIERS e CCBA.

A questão em disputa consiste em saber:

1) Se o legislador brasileiro prescreveu norma que determina à administração fiscal tributar, ao final do exercício fiscal, os lucros auferidos por controladas indiretas, independentemente de qualquer disponibilização, bem como a forma como isso deveria ser conduzido;

2) Em face da EAGLE (Brasil), se o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha (Decreto nº 76.975/1976, doravante "**Acordo Brasil-Espanha**") impediria a tributação brasileira dos lucros obtidos por sua controlada direta JALUA (Espanha), inclusive aqueles que seriam mensuráveis por esta pelo MEP, pertinente às suas controladas (controladas indiretas da EAGLE), as empresas MONTHIERS (Uruguai) e CCBA (Argentina);

Para que bem se delimite a matéria em análise, é necessário observar que os tratados de dupla tributação são vocacionados a cobrir o sistema jurídico de dois diferentes Estados contratantes. As normas do acordo internacional se sobrepõem total ou parcialmente às

normas brasileiras de incidência tributária, levando-as, nessa parcela de contato, à sombra (ou melhor, à não aplicação). As normas domésticas de incidência tributária que permanecerem iluminadas serão aplicadas normalmente, tal como acordado entre ambos os Estados contratantes por meio do tratado de bitributação. [14]

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

Em geral, a doutrina do Direito tributário internacional há tempos admite ser infrutífera a antiga disputa quanto à "melhor" ordem de análise desses estágios, pois em nada prejudica o resultado interpretativo.[15] Neste voto, em particular, primeiro será analisada a legislação brasileira (tópico "**1**") e, na sequência, o Acordo Brasil-Espanha (tópico "**2**"). No tópico "**3**" se dedica à questão discutida neste julgamento, pertinente à possibilidade da JALUA ser considerada empresa transparente em face da legislação estritamente brasileira ou do texto do Acordo Brasil-Espanha.

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

Em breve retrospecto legislativo, observa-se que, até janeiro de 1996, as empresas residentes no Brasil sofriam a incidência de IRPJ exclusivamente sobre as rendas derivadas de fontes nacionais (princípio da territorialidade formal). Apenas com o art. 25 da Lei n. 9.249, de 26.12.1995, foi introduzida no ordenamento pátrio a regra da tributação da renda em bases mundiais (princípio da universalidade ou territorialidade material)[16].

Desse marco legal seguiu-se a edição da IN/SRF n. 38, de 27.06.1996, que, entre outras coisas, tratou do critério temporal dessa tributação, ao dispor que os lucros de coligadas ou controladas no exterior seriam tributados no momento de sua transferência via pagamento, crédito, remessa, entrega ou emprego. Em 10.12.1997, foi publicada a Lei n. 9.532/97 que, em seu art. 1º, § 1º, "b", elegeu esse mesmo critério temporal para a incidência do tributo. Em 29.06.1999, com o advento do art. 19 da MP n. 1.858-6, os lucros auferidos pelas sociedades brasileiras por meio de suas controladas ou coligadas estrangeiras passaram a ser tributadas também pela CSLL.

---

[14] VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. Kluwer : London, 1999, p. 31-32. *"Illustratively expressed: the treaty acts like a stencil that is placed over the pattern of domestic law and covers over certain parts"*.

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

[16] Sobre a concepção de *territorialidade formal* e *material*, vide: TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. Direito tributário (Steuerrecht). Volume 1. Tradução da 18a edição alemã, totalmente refeita, de Luíz Dória Furquim. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 103-104; SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação, *in* Revista de Direito Tributário Atual n. 17. São Paulo : IBDT/Dialética, 2003, p. 20-50.

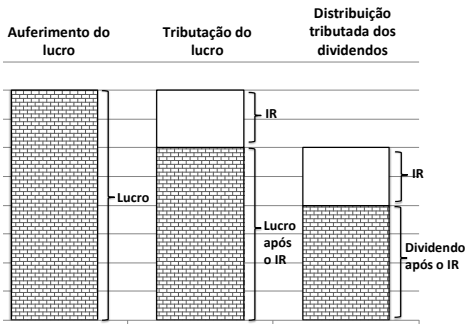
Em 24.08.2001, foi editada a Medida Provisória nº 2.158-35, cujo art. 74 alterou o *critério temporal* da hipótese de incidência do IRPJ e da CSL previsto no art. 25 da Lei n. 9.249/95. Por meio da IN n. 213, de 07.10.2002, especialmente em seu art. 1º, a Secretaria da Receita Federal dispôs sobre a aplicação dessa norma.

Nesse ambiente normativo, haveria a incidência de IRPJ e CSL sobre os "lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior" (§ 2º, art. 25, Lei n. 9.249/05, art. 19 da MP n. 1858-6/99). O critério temporal da incidência desses tributos seria a "data do balanço no qual tiverem sido apurados" "os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior" (MP 2.158-35/2001). A administração fazendária, por sua vez, dispôs que o critério material da hipótese de incidência tributária seria o auferimento de "lucros" por "controladas e coligadas", considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem (IN 213/02, art. 1º, §§ 1º e 7º).

Como se pode observar, no art. 25 da Lei n. 9.249/05, bem como no art. 19 da MP n. 1858-6/99, a categoria selecionada pelo legislador para o exercício de sua competência tributária foi o "lucro", o que representou a escolha por uma base tributável substancialmente maior do que aquela que seria possível caso houvesse optado por outras categorias, como a dos "dividendos".

Portanto, a tributação do "lucro" e não do "dividendo" tem sido uma constante decisão consciente do legislador competente.

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



Como se pode observar, a base tributável própria à categoria *lucros auferidos por controlada no exterior* é necessariamente superior àquela que corresponderia à categoria *dividendos pagos por controlada no exterior*, o que demonstra significativa distinção entre elas.

A legislação brasileira torna relevante o fato "auferimento do lucro" pela controlada no exterior, na data do encerramento do balanço. O "lucro" em questão, antes de qualquer tributação no outro Estado, é que deverá ser adicionado à base de cálculo do IRPJ e da CSL. Conforme a sistemática de tributação brasileira, o imposto pago no outro Estado contratante, apenas terá relevância em momento posterior, podendo ser utilizado como crédito

para o pagamento do tributo brasileiro. Em momento algum a citada lei brasileira tributa *dividendos*, ainda que *fictos*.[17]

Ademais, o caso sob julgamento exige que se compreenda o tratamento tributário do resultado de controladas indiretas residentes no exterior: tendo em vista que EAGLE (Brasil) detinha o controle da JALUA (Espanha) e esta detinha o controle da MONTHIERS (Uruguai) e CCBA (Argentina), importa saber qual o regime fiscal aplicável ao resultado obtido por estas duas últimas.

Note-se o quanto dispõe o art. 16 da Lei 9.430/96:

> 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;

Por sua vez, a Instrução Normativa SRF n. 213, de 07.10.2002, assim dispõe a respeito da consolidação do resultado de controladas diretas e indiretas no exterior:

> Art. 1º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa.
> § 1º Os lucros referidos neste artigo são os apurados por filiais e sucursais da pessoa jurídica domiciliada no Brasil e os decorrentes de participações societárias, inclusive em controladas e coligadas.
> § 2º Os rendimentos e ganhos de capital a que se refere este artigo são os auferidos no exterior diretamente pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil.
> § 3º A pessoa jurídica domiciliada no Brasil que auferir lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, objeto das normas desta Instrução Normativa, está obrigada ao regime de tributação com base no lucro real.
> § 4º Os lucros de que trata este artigo serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica no Brasil, integralmente, quando se tratar de filial ou sucursal, ou proporcionalmente à sua participação no capital social, quando se tratar de controlada ou coligada.
> § 5º Para efeito de tributação no Brasil, os lucros serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada, vedada a consolidação dos valores, ainda que todas as entidades estejam localizadas em um mesmo país, sendo admitida a compensação de lucros e prejuízos conforme disposto no § 5º do art. 4º desta Instrução Normativa.
> § 6º Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão consolidados no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no **Brasil.**
> § 7º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital de que trata este artigo a serem computados na determinação do lucro real e da base de cálculo de CSLL, serão

[17] Sobre a repulsa à adoção de ficção quanto à prática do fato gerador do tributo, vide: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. Tributação pelo IRPJ e pela CSLL de lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior - inconstitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n.130, p. 135-149, 2006, p. 138-142.

considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem.
§ 8º Os rendimentos e os ganhos de capital, decorrentes de aplicações ou operações efetuadas no exterior, integrarão os resultados da pessoa jurídica domiciliada no Brasil, e as perdas reconhecidas nesses resultados são indedutíveis e devem ser adicionadas para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL.

Art. 4º É vedada a compensação de prejuízos de filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, com os lucros auferidos pela pessoa jurídica no Brasil.
§ 1º Os prejuízos a que se refere este artigo são aqueles apurados com base na escrituração contábil da filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, efetuada segundo as normas legais do país de seu domicílio, correspondentes aos períodos iniciados a partir do ano-calendário de 1996.
§ 2º Os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, somente poderão ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada.
§ 3º Na compensação dos prejuízos a que se refere o § 2º não se aplica a restrição de que trata o art. 15 da Lei nº 9.065, de 1995.
§ 4º A pessoa jurídica brasileira que absorver patrimônio de filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, de outra pessoa jurídica brasileira, e continuar a exploração das atividades no exterior, poderá compensar os prejuízos acumulados pela referida filial, sucursal, controlada ou coligada, correspondentes aos períodos iniciados a partir do ano-calendário de 1996, observado o disposto neste artigo.
§ 5º Tratando-se de filiais e sucursais, domiciliadas num mesmo país, quando a matriz no Brasil indicar uma dessas filiais ou sucursais como entidade líder, os resultados poderão ser consolidados por país e os prejuízos de uma poderão ser compensados com os lucros de outra.

Art. 14. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada e o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, poderão ser compensados com o que for devido no Brasil.
(...)
§ 4º A compensação do imposto será efetuada, de forma individualizada, por controlada, coligada, filial ou sucursal, vedada a consolidação dos valores de impostos correspondentes a diversas controladas, coligadas, filiais ou sucursais.
§ 5º Tratando-se de filiais e sucursais, domiciliadas num mesmo país, poderá haver consolidação dos tributos pagos, observado o disposto no § 2º do art. 3º e § 5º do art. 4º.
§ 6º A filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, deverá consolidar os tributos pagos correspondentes a lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos por meio de outras pessoas jurídicas nas quais tenha participação societária.
(...)

Como se pode observar, a IN 213/2002 dispôs que a controladora brasileira deveria reconhecer o resultado positivo obtido por cada uma de suas controladas diretas (consolidação vertical). Por sua vez, cada controlada direta deveria consolidar o resultado reportado pelas empresas em que detivessem participação (consolidação horizontal das controladas indiretas).

Na doutrina, o regime tributário aplicável às controladas indiretas, no ambiente jurídico vigente à época dos fatos geradores em análise, foi bem descrito por PAULO AYRES BARRETO e PAULO ARTHUR CAVALCANTE KOURY[18], *in verbis:*

> "No que respeita à participações societárias consideradas de forma direta e indireta pelo regime de tributação em bases universais, sob a MP 2.158-35/01 e a IN 213/02, somente era tributada, diretamente, a variação do patrimônio líquido da sociedade estrangeira na qual a pessoa jurídica brasileira possuía participação direta, consubstanciando controle ou mera coligação. Isso não significa que as participações indiretas não eram consideradas para apuração do IRPJ e da CSLL no Brasil. **Em verdade, tais participações eram tomadas em conta na medida em que tivessem sido reconhecidas nas demonstrações contábeis das pessoas jurídicas nas quais o contribuinte brasileiro possuía investimentos diretos**".

No caso sob o julgamento, foi imputado à EAGLE o dever de reconhecer resultado obtido por sua controlada direta JALUA (Espanha), na qual deveria ser consolidado o resultado de MONTHIERS (Uruguai) e CCBA (Argentina), controladas indiretas da EAGLE). Para essa consolidação horizontal no âmbito da controlada direta (JALUA, Espanha), a fiscalização somou o resultado operacional da empresa espanhola, de R$80.562.176,03, ao resultado auferido por suas controladas indiretas.

Embora a JALUA não tenha reconhecido em sua contabilidade o resultado de suas controladas por estar desobrigada de adotar o MEP sob a legislação espanhola, o i. agente fiscal lhe imputou o resultado positivo de R$ 1.516.707.473,62 (MONTHIERS, Uruguai) e o resultado negativo de R$ 81,638.597,70 (CCBA, Argentina).

O procedimento adotado, contudo, apresenta vício que reputo insuperável.

A MP n. 2.158-35/2001 em nenhum momento outorgou à administração fiscal a possibilidade tributar o resultado de controladas indiretas ainda cujo reconhecimento não seja mandatório às controladas diretas. Tais participações, conforme esse marco legal, apenas deveriam ter relevância ao fisco brasileiro, na medida fossem reconhecidas nas demonstrações contábeis das pessoas jurídicas controladas diretamente pelo contribuinte brasileiro.

Se, em observância às leis espanholas, a JALUA, em 2002, não reconheceu em sua escrituração contábil e fiscal os resultado apurado por MONTHIERS e CCBA; se a fiscalização, de forma contrária ao que prescreve a MP n. 2.158-35/2001, imputou à JALUA o resultado de MONTHIERS e CCBA, tal como seria feito na caso aquela empresa espanhola estivesse obrigada a apurar o MEP (ficção contrária à lei); **então não há como manter a autuação perpetrada em face do contribuinte.**

É pertinente citar as precisas ponderações de RAMON TOMAZELA SANTOS e ANDRESSA PEGORARO[19] a respeito do tema, *in verbis*:

[18] BARRETO, Paulo Ayres; KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. A Tributação Direta do Resultado de Controladas Indiretas no Exterior: Problemas na Aplicação da Lei nº 12.973/14. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coords.). Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 369. Grifo acrescido.

[19] SANTOS, Ramon Tomazela; PEGORARO, Andressa. Os Acordos Internacionais de Bitributação e os Lucros Apurados por Controladas Indiretas no Exterior – as Regras de Consolidação de Resultados e a Territorialidade

> "Como não se ignora, a interposição de uma controladora direta em um país que tenha celebrado acordo de bitributação com o Brasil tem o objetivo de diferir (ou até evitar) a tributação dos lucros das controladas indiretas. Isso porque os resultados das controladas indiretas precisam primeiro ser consolidados ou distribuídos para controlada direta, para, somente então, serem tributados, no Brasil no momento de sua disponibilização ficta (artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001), ou por ocasião de sua disponibilização efetiva, caso a controlada direta seja residente em país com acordo de bitributação com o Brasil.
> (...)
> Em suma, o parágrafo 6º do artigo 1º da IN SRF nº 213/2002, que versa sobre a consolidação dos resultados das controladas indiretas nas controladas diretas, somente pode ser aplicado na hipótese em que a lei interna do país da controlada direta exigir a consolidação de resultados ou a avaliação de investimentos via equivalência patrimonial, sob pena de manifesta ilegalidade".

Ausente o fundamento legal em questão, não há como prosperar o lançamento legal realizado, o que representa razão suficiente para julgar procedente o recurso especial do contribuinte quanto a essa parcela.

Não obstante, ainda que o procedimento realizado pela fiscalização encontrasse fundamento perante o Direito brasileiro, seria necessário superar a incidência do tratado Brasil-Espanha para que a autuação se mantivesse.

Para que se possa avançar para a análise da incidência do acordo de bitributação Brasil-Espanha ao caso concreto, é preciso assentar as seguintes constatações do quanto exposto até aqui:

- a legislação brasileira vigente à época do período de apuração previa a tributação do "**lucro**" auferido por empresas residentes no exterior controlas por pessoas jurídicas brasileiras;

- a autuação fiscal realizou a tributação do resultado obtido pela JALUA (Espanha), compondo-o com os lucros auferidos por esta e por suas controladas.

Note-se que, a fiscalização não questionou a legitimidade da JALUA ou propôs a sua desconsideração a fim de tributar imediatamente os lucros auferidos pelas controladas indiretas (MONTHIERS e CCBA). Pelo contrário, a autuação fiscal reconheceu a JALUA como legítima controlada direta, procedendo a consolidação do resultado das controladas indiretas em seu bojo.

2. O acordo de dupla tributação celebrado entre o Brasil e a Espanha.

Identificada a norma de incidência tributária existente no sistema jurídico brasileiro, passa a ser necessário identificar as normas do acordo de bitributação por ventura aplicáveis ao caso.

É digno de nota a contribuição da então Conselheira Sandra Maria Faroni para o desenvolvimento do tema da tributação do lucro de controladas no exterior. O voto

Material (Jurisdiction to Tax). Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo: Dialética, n. 217, p. 87-103, 2013, p. 74-95.

vencido do acórdão recorrido traz detalhada análise da evolução legislativa pertinente à matéria até a edição da MP 2158-35, com a conclusão de que a tributação dos "lucros" (e não dos "dividendos") tutelada por esta norma restaria impedida pela incidência do art. 7º do Acordo Brasil-Espanha.

Compreendo estar correta a solução apresentada pela então Conselheira Sandra Maria Faroni no acórdão recorrido.

As "pessoas visadas" pelo Tratado Brasil-Espanha estão discriminadas em seu art. 1º:

> ARTIGO 1
> Pessoas visadas
> A presente Convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.

O termo "residente" é definido em seu art. 4º:

> ARTIGO 4
> Domicílio fiscal
> 1. Para os fins da presente Convenção, a expressão "residente de um Estado Contratante" designa qualquer pessoa que, em virtude da legislação desse Estado, esteja aí sujeita a imposto em razão de seu domicílio, de sua residência, de sua sede de direção ou de qualquer outro critério de natureza análoga.
> (...)
> 3. Quando, em virtude das disposições do parágrafo 1, uma pessoa que não seja uma pessoa física for um residente de ambos os Estados Contratantes, será considerada como residente do Estado Contratante em que estiver situada a sua sede de direção efetiva .

No caso sob julgamento, o primeiro passo é saber se JALUA deve ser considerada "residente" espanhola, restando incontroverso não se tratar de residente no Brasil.

É necessário observar a acurada instrução do presente processo administrativo, com a realização de diligências para a verificação se a JALUA estaria sujeita à tributação na Espanha, se seria uma ETVE e outros elementos considerados relevantes. No acórdão recorrido, a então Conselheira Sandra Maria Faroni apresenta a seguinte síntese quanto à referida diligência determinada pela Turma *a quo*:

> "Para atender ao pedido de diligência, a Secretaria 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 Estranjeros (ETVE) em 2002? Por quê?
> 2. A Jalua Spain era uma Entidad de Tenencia de Valores Estranjeros (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 aplicável aos dividendos distribuídos por ETVE controlada por não residente na Espanha."

A JALUA é, portanto, empresa operacional cuja renda está sujeita à tributação na Espanha em razão de sua residência, cuja personalidade jurídica é reconhecida pela legislação daquele país.

Não há como negar que a tributação de rendimentos advindos da empresa espanhola JALUA (elemento de conexão "fonte"), imputados a empresa brasileira EAGLE (elemento de conexão residência), está sob o escopo do Acordo Brasil-Espanha, tornando mandatória a aplicação de suas regras por ambos os Estados.

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

> ARTIGO 7.
> Lucros das empresas
> 1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente .
> 2. Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares. em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.
> 3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido

> deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados .
> 4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.
> 5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições do presente Artigo.

Por sua vez, assim dispõe o art. 10º do Acordo Brasil-Espanha:

> 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.

É importante consignar não ser matéria controversa, nos autos deste processo administrativo, a incidência do acordo de Brasil-Espanha. Tanto a PFN quanto o contribuinte sustentam a incidência da norma internacional, divergindo apenas quanto ao dispositivo aplicável: art. 7 ou art. 10.

Para o julgamento do presente caso, é preciso saber qual o sentido deve ser atribuído ao termo "pago", especialmente quando presente na expressão "dividendos pagos" adotada no art. 10 do Acordo Brasil-Espanha, de forma a verificar se os rendimentos tributados pela legislação brasileira se enquadrariam nesta categoria. Na hipótese de não incidência da regra do art. 10 desse acordo de bitributação, deve ser aplicado o art. 7.

O art. 10 (3), do Acordo Brasil-Espanha, define o termo "dividendos" como "rendimentos provenientes de ações ou outros direitos, com exceção dos direitos de crédito, que permitam participar dos lucros, assim como os rendimentos de outros direitos de

participação sujeitos ao mesmo tratamento tributário que os rendimentos de ações pela legislação do Estado Contratante do qual a sociedade que os distribui seja residente.".

O dispositivo segue a tradição dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil. O sentido de "dividendos" estabelecido nesses tratados internacionais geralmente é mais amplo que no Direito doméstico brasileiro, de forma a abranger aquilo que em nossa legislação interna possui sentidos diversos, como rendimentos de "partes beneficiárias" (Lei 6.404/76, arts. 46 a 51) e distribuição lucros em razão de debêntures (Lei 6.404/76, arts. 52 a 74).[20] Para fins de aplicação do acordo internacional, devem ser adotados esses conceitos mais amplos, expressos em seu texto.

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

> 2. Para a aplicação da presente Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que não se encontre de outro modo definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado Contratante relativa aos impostos que são objeto da Convenção, a não ser que o **contexto** imponha interpretação diferente.

Prevê o Acordo Brasil-Espanha, então, o **dever** do aplicador investigar um sentido ao termo "pagos" (ou, em última análise, à expressão "dividendos pagos"), no *contexto* do próprio acordo internacional. Apenas se esse "contexto" não prover um sentido plausível ao termo do acordo, este deverá ser investigado no Direito doméstico.

O intérprete apenas se desincumbirá de seu ônus com a incursão por evidências presentes no "contexto" dos tratados de bitributação para a interpretação de seus termos. Não se trata de atitude discricionária, mas de medida essencial para que o acordo bilateral seja coerentemente aplicado por ambos os Estados contratantes, em conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto n. 7.030/99, doravante "**CVDT**") e as demais normas do Direito Internacional.

No acórdão 9101-002.332, julgado por este r. Colegiado em 04.05.2016, procurei analisar exaustivamente evidências desse "contexto", as quais convergiram para que demonstrar que "dividendos pagos", conforme o acordo internacional, seriam aqueles cuja titularidade tenha sido efetivamente transferida de uma parte a outra.

Com remissão às razões expostas naquele julgamento, em relação aos quais mantenho a minha convicção, cumpre aqui ao menos dar destaque à mais imediata de todas as evidencias, pertinente ao "*contexto intrínseco"* dos acordos de bitributação. O *contexto intrínseco* compreende o próprio signo linguístico sob interpretação ou outros presentes no texto do tratado, no preâmbulo, nos anexos, bem como em qualquer acordo ou instrumento celebrado pelas partes relativos ao tratado ou em conexão com a sua conclusão. A sua investigação, além de instintiva, decorre de prescrição expressa no art. 31 (1) e (2) da CVDT.

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

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

O termo "pago", assim, atua como um reforço incisivo para delimitar a aplicação do dispositivo àquelas situações em que os rendimentos por ele tutelados ("dividendos") tenham sido efetivamente "pagos".

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

A CVDT também determina que se investigue se e como o termo "pago" é empregado em outras passagens do Acordo Brasil-Espanha, como no art. 10 (6), no art. 11 (1), (5), (6), (7) e (8) ou no art. 12 (1), (4), (6) e (7). Em tais dispositivos, o termo "pago" é reiteradamente empregado no acordo, assumindo a função de delimitar um marco de transferência efetiva de recursos, seja em relação a juros, royalties ou dividendos.

De forma consistente, portanto, apenas se pode qualificar como *dividendos pagos* os valores ou direitos descritos no art. 10 (3) **cuja titularidade tenha sido efetivamente transferida de uma parte a outra**.

Ademais, ainda com remissão às razões expostas no acórdão 9101-002.332, cumpre também destacar o que dispõem os Comentários à CM-OCDE, editados pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, que compõem o "contexto extrínseco secundário" dos acordos de bitributação.

No caso, desde a sua versão de 1977, os Comentários à CM-OCDE apresentam as seguintes disposições quanto à interpretação do art. 10 (dividendos), especialmente quanto aos termos "dividendos pagos", *in verbis*:

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

Portanto, o termo "pago", conforme mais essa evidência, abrange apenas situações em que haja efetivo "cumprimento da obrigação de colocar recursos à disposição do acionista da maneira exigida por contrato ou pelo costume".

Por sua vez, os Comentários à CM-OCDE, em sua versão mantida desde 2003, expressam a possibilidade de normas nacionais dos Estados contratantes afastarem os benefícios dos tratados ***quando restar configurada a prática de abusos pelo contribuinte***. Podem ser citados como exemplos os parágrafos 9.2 e 22.1 dos Comentários ao art. 1º da CM-OCDE, adicionados naquele, que tratam, em especial, se "as disposições e normas jurisprudenciais específicas da legislação interna de um Estado Contratante destinadas a prevenir abuso fiscal entram ou não em conflito com convenções tributárias".

Assim, ainda que se atribua alguma relevância aos Comentários à CM-OCDE, é preciso ter claro que muitos deles se voltam a situações reputadas como "abusivas" pelo sistema jurídico nacional de um dos Estados contrates. Contudo, a legislação brasileira de tributação de controladas no exterior não se encaixa nesse conceito, pois não se volta apenas contra situações abusivas. Nossa legislação tem vocação para tributar lucros de controladas independentemente da prática de atos abusivos.

Sob tal perspectiva, não se pode sustentar que a legislação brasileira afasta a incidência do tratado internacional sem incorrer-se em ofensa ao acordado perante o Direito Internacional público.

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

> RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO NA ORIGEM. APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTE.
> NULIDADE DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS POR IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO DE JUIZ FEDERAL. NÃO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IRPJ E CSLL. LUCROS OBTIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS NACIONAIS SEDIADAS EM PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO REGULADA. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS SOBRE BITRIBUTAÇÃO ASSINADOS PELO BRASIL COM A BÉLGICA (DECRETO 72.542/73), A DINAMARCA (DECRETO 75.106/74) E O PRINCIPADO DE LUXEMBURGO (DECRETO 85.051/80). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA NAS BERMUDAS. ART. 74, CAPUT DA MP 2.157-35/2001. DISPONIBILIZAÇÃO DOS LUCROS PARA A EMPRESA CONTROLADORA NA DATA DO BALANÇO NO QUAL TIVEREM SIDO APURADOS, EXCLUÍDO O RESULTADO DA CONTRAPARTIDA DO AJUSTE DO VALOR DO INVESTIMENTO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONCEDER A SEGURANÇA, EM PARTE.
> 1. Afasta-se a alegação de nulidade dos acórdãos regionais ora recorridos, por suposta irregularidade na convocação de Juiz Federal que funcionou naqueles julgamentos, ou na composição da Turma Julgadora; inocorrência de ofensa ao Juiz Natural, além de ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Precedentes desta Corte.
> 2. Salvo em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, o Recurso de Apelação contra sentença denegatória de Mandado de Segurança possui apenas o efeito devolutivo. Precedente: AgRg no AREsp. 113.207/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 03/08/2012.
> 3. A interpretação das normas de Direito Tributário não se orienta e nem se condiciona pela expressão econômica dos fatos, por mais avultada que seja, do valor atribuído à demanda, ou por outro elemento extrajurídico; a especificidade exegética do Direito Tributário não deriva apenas das peculiaridades evidentes da matéria jurídica por ele regulada, mas sobretudo da singularidade dos seus princípios, sem cuja perfeita absorção e efetivação, o afazer judicial se confundiria com as atividades administrativas fiscais.
> 4. O poder estatal de arrecadar tributos tem por fonte exclusiva o sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os

operacionais; ainda que uma norma seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios jurídicos gerais e constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais, dentre outras.

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

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

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

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

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

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

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

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

(STJ, REsp 1.325.709/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO,

PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 20/05/2014)

Igual entendimento foi adotado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar o recurso de Apelação da União Federal e a Remessa Necessária nos autos do processo n. 2003.72.01.000014-4/SC[21]:

> TRIBUTÁRIO. IRPJ. CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. CONFLITO DE NORMAS. ART. 74, CAPUT, DA MP Nº 2.158-35/2001. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PREVALÊNCIA DA NORMA VEICULADA NOS TRATADOS. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA DOS LUCROS NO PAÍS DE DOMICÍLIO. REAVALIAÇÃO POSITIVA DOS INVESTIMENTOS EM CONTROLADAS SITUADAS NO EXTERIOR. NEUTRALIDADE DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL PARA FINS FISCAIS. ART. 23, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DL Nº 1.598/1977.
> 1. Em matéria tributária, dispõe o art. 98 do CTN que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. A doutrina adverte quanto à imprecisão técnica do dispositivo, porquanto não se trata, a rigor, de revogação da legislação interna, mas de suspensão da eficácia da norma tributária nacional, que readquirirá a sua aptidão para produzir efeitos se e quando o tratado for denunciado (Ricardo Lobo Torres).
> 2. A despeito da controvérsia no STF sobre a hierarquia normativa entre tratados em matéria tributária e lei interna, a questão se resolve no plano infraconstitucional. As disposições veiculadas nos tratados e convenções internacionais em matéria tributária, após se submeterem ao procedimento previsto no art. 49, inciso I, da CF, passam a integrar o ordenamento jurídico nacional. Eventual antinomia, assim, resolve-se pelo princípio da especialidade, prevalecendo o regramento internacional naquilo que conflitar com a norma interna de tributação. A norma interna deixa de ser aplicada na hipótese específica regulada pelo tratado, mas continua válida e aplicável a todas as situações que não envolvem os sujeitos e os elementos de estraneidade definidos no tratado. Ocorre, dessa forma, a suspensão da eficácia da norma interna e não propriamente revogação ou modificação.
> 3. Entender que a superveniência de norma interna conflitante com o tratado internacional modificaria o regramento a ser aplicado implica denúncia implícita do acordo, sem a adoção dos procedimentos constitucionais e legais para tanto, desprezando, ademais, os princípios da boa-fé, da segurança e da cooperação que norteiam as relações internacionais. Em favor da prevalência dos tratados, cabe invocar não somente o art. 98 do CTN, mas também o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal e o art. 27 do Decreto nº 7.030/2009, que promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.
> 4. O Brasil firmou acordos visando a evitar a dupla tributação e a prevenir a evasão fiscal, em matéria de imposto de renda, com a China (Decreto nº 762/1993) e a Itália (Decreto nº 85.985/1981). Ambos oferecem tratamento uniforme à matéria, seguindo o Modelo de Acordo Tributário sobre Renda e Capital da OCDE. O art. 7º dos Tratados adota o princípio da residência no tocante à tributação dos lucros das empresas, estabelecendo a competência exclusiva do país de domicílio da empresa para a tributação de seus lucros.
> 5. O ponto nodal da controvérsia decorre do disposto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que considera disponibilizados os lucros auferidos

[21] Vide: http://www.netinternacional.org/web/TabId/64/NoticiaId/229/pdf.aspx.

por controlada ou coligada no exterior para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, independente de sua efetiva distribuição.
6. Equivoca-se a Fazenda Nacional ao sustentar que a tributação incide sobre os lucros obtidos por empresa sediada no Brasil, provenientes de fonte situada no exterior, na medida em que refletem positivamente no patrimônio da controladora, valorizando suas ações e demais ativos, pois a reavaliação positiva dos investimentos realizados em empresas controladas situadas no exterior não constitui renda tributável, conforme o disposto no parágrafo único do art. 23 do DL nº 1.598/1977 (na redação vigente até a Lei nº 12.973/2014). A norma do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 em nada alterou o regime fiscal vigorante desde o art. 23 do DL nº 1.598/1977, que estabelece a neutralidade do método da equivalência patrimonial para efeitos fiscais, porque seu resultado positivo, relevante para a contabilidade, não é tributado.
7. Diante do evidente conflito do disposto no art. 74 da MP nº 2.158-35, que determina a adição dos lucros obtidos pela empresa controlada no exterior, para o cômputo do lucro real da empresa controladora, na data do balanço no qual tiverem sido apurados, deve prevalecer a norma do art. 7º dos Decretos nº 762/1993 e nº 85.985/1981, a fim de evitar a tributação dos lucros das empresas controladas pela impetrante na China e na Itália".

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

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ
Ano-calendário: 2005, 2006
IRPJ LUCROS DE CONTROLADAS NA HOLANDA DIVIDENDOS FICTOS LUCROS TRATADO
ART. 10 OU ART. 7º
1- A tributação do art. 74 da MP 2.158/01 não recai sobre dividendos fictos. Não se pode empregar ficção legal para alcançar materialidade ou se antecipar seu aspecto temporal quando a Constituição Federal usa essa materialidade na definição de competência tributária dos entes políticos.
Ademais, o art. 10 do Tratado Brasil-Holanda trata dos dividendos pagos, não permitindo que se considerem como dividendos os distribuídos fictamente. O problema da qualificação de dividendos é resolvido pelo próprio art. 10 do Tratado Brasil-Holanda. Inaplicabilidade do art. 10 do tratado.
2 O regime de CFC do Brasil do art. 74 da MP 2.158/01 considera transparente as controladas no exterior (entidade transparente ou *passthrough entity*): considera como auferidos pela investidora no País os lucros da investida no exterior; são os lucros em dissídio. Isso é considerar auferidos os lucros no exterior pela investidora no País, por intermédio de suas controladas no exterior. Não é o mesmo que ficção legal: é parecença com a consideração do lucro de grupo societário (*tax group regime*). O art. 7º do Tratado Brasil-Holanda é norma de bloqueio: define competência exclusiva para tributação dos lucros da sociedade residente num Estado contratante a este Estado. Regra específica em face de regra geral. A não aplicação da norma de bloqueio do art. 7º aos lucros em dissídio seria simplesmente desconsiderar, no âmbito de tratado, a personalidade jurídica da sociedade residente na Holanda. No mesmo sentido, bastaria um dos Estados contratantes proceder a uma qualificação a seu talante do que (não) sejam lucros de controlada residente noutro Estado contratante, para frustrar norma de tratado que as partes honraram respeitar. Intributabilidade com o IRPJ dos lucros em discussão, pela aplicação do art. 7º do Tratado Brasil-Holanda.

> IRPJ, CSLL LUCROS DE COLIGADA NA ARGENTINA - ADI 2.588. DF. No julgamento da ADI 2.588DF, com trânsito em julgado em 17/2/14, Reconheceu-se a inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158/01 em relação a lucros de coligadas não situadas em "paraíso fiscal". Efeitos do julgamento da ADI 2.588-DF sobre os lucros da coligada residente na Argentina. Intributabilidade, no País, desses lucros. CSLL LUCROS DE CONTROLADAS NA HOLANDA TRATADO. Sofrem incidência da CSLL os lucros das pessoas jurídicas controladas sediadas na Holanda.
> MULTA ISOLADA CONCOMITÂNCIA - MULTA PROPORCIONAL
> Apenado o continente, incabível apenar o conteúdo. Penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos. Princípio da consunção em matéria apenatória. A aplicação da multa de ofício de 75% sobre a CSLL exigida exclui a aplicação da multa de ofício de 50% sobre CSLL por estimativa dos mesmos anos-calendário.
> (Acórdão 1103001.122 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária , sessão de 21/10/2014).

Compreendo que a conclusão alcançada por tais julgados está correta, de forma que deve ser aplicado ao caso o art. 7º do Acordo Brasil-Espanha, o qual afasta a incidência do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001.

Não é demais repisar que **a autuação fiscal sob julgamento não procedeu a tributação dos lucros auferidos pelas controladas indiretas da EAGLE, residentes no Uruguai (MONTHIERS) e Argentina (CCBA)**. Na verdade, a fiscalização realizou o lançamento de tributos sobre o resultado auferido pela JALUA no ano-calendário de 2002, com a consolidação nesta do resultado positivo imputado à MONTHIERS e do resultado negativo atribuído à CCBA.

Assim, como a fiscalização pretendeu tributar o resultado atribuído à JALUA no ano-calendário de 2002, o que resta impossibilitado pela incidência do acordo de bitributação Brasil-Espanha, deve ser provido o recurso do contribuinte, bem como negado provimento ao recurso da PFN.

Por fim, é importante consignar que igual entendimento deve ser adotado em relação à CSLL, inclusive por força do disposto no art. 11 da Lei n. 13.202, de 8.12.2015:

> Art. 11. Para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL.
> Parágrafo único. O disposto no caput alcança igualmente os acordos em forma simplificada firmados com base no disposto no art. 30 do Decreto-Lei no 5.844, de 23 de setembro de 1943.

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

> Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:
> I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

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

3. INEXISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO DE SIMULAÇÃO, FRAUDE OU DOLO PARA EVASÃO DE TRIBUTOS. INEXISTÊNCIA DE REGRAS ESPECÍFICAS À SITUAÇÃO DOS AUTOS.

No debate empreendido pelo Colegiado da CSRF, suscitou-se que a JALUA deveria ser desconsiderada para fins de aplicação do tratado Brasil-Espanha, de tal forma que ao resultado positivo das controladas indiretas da EAGLE não seriam aplicáveis as normas desse acordo internacional, pois MONTHIERS (Uruguai) e CCBA (Argentina) não seriam residentes espanholas. O auto de infração deveria ser mantido, considerando-se a JALUA transparente para fins fiscais.

Contudo, *permissa vênia*, compreendo que as evidências presentes nos autos, como as normas jurídicas vigentes no período de 2002 e as demais questões discutidas neste processo administrativo conduzem à conclusão oposta.

Conforme já foi destacado, não há neste processo administrativo acusação de simulação, fraude ou dolo para evasão de tributos. A legitimidade da JALUA não foi questionada pela fiscalização, que reconheceu sua existência e, ainda, a adotou como entidade base para a consolidação do resultado de suas controladas (MONTHIERS e CCBA).

Nesse seguir, como decorrência dos arts. 142, 146 e 149 do CTN, considerar transparente a JALUA (Espanha) equivale à inovação do lançamento, o que não é permitido. Tendo em vista a função do Tribunal administrativo de revisão da legalidade do ato administrativo consumado, a impossibilidade de inovação no lançamento já seria suficiente para a encerrar a questão.

Mas ainda assim, passo à análise da questão se o Direito brasileiro ou o tratado Brasil-Espanha permitiriam que a JALUA (Espanha) fosse considerada transparente para fins fiscais ("*look-through approach"*), de forma que as suas regras não seriam aplicáveis aos lucros auferidos por MONTHIERS (Uruguai) e CCBA (Argentina).

3.1. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL ANTI-TREATY SHOPPING NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

É controvertida a possibilidade de um Estado contratante, por meio da edição de normas internas (domésticas), restringir a aplicação de acordos internacionais de bitributação a determinadas hipóteses, especialmente em relação a casos de *treaty shopping*. Compreende-se por "*treaty shopping*" uma estruturação ou reestruturação societária implementada com a finalidade de alocar empresas controladas como residentes em países que tenham celebrado tratados de dupla tributação com o país da controladora, com o país de produção dos rendimentos (fonte) ou com ambos, de forma que tal controlada seja uma "interposta" ("*conduit companies*") entre a controladora e o país da fonte, permitindo, assim, o acesso aos benefícios de Tratados de bitributação que, de outra forma, não seriam concedidos.

A OCDE e um número significativo de Estados admitem que o Direito interno pode ser meio hábil para o combate de estruturas de *treaty shopping*. A OCDE, contudo, prevê um requisito (ou limite) para que seja aceita essa utilização de normas de Direito interno: devem ser disponibilizados, ao contribuinte que requer os benefícios do tratado, meios de demonstrar a boa-fé de sua conduta.

De minha parte, compreendo que as normas de um acordo de bitributação têm a função de delimitar, mediante concessões mútuas dos dois Estados contratantes, a eficácia de aplicação das normas de incidência tributária dos sistemas nacionais envolvidos. Dessa forma, em geral, somente as normas da própria convenção seriam aptas para estabelecer as hipóteses em que as suas regras de distribuição de competência não seriam aplicáveis, tendo em vista, por exemplo, situações de "abuso". Ademais, a estabilidade que se pretende com um tratado internacional não se coaduna com a instabilidade advinda de alterações unilaterais (e muitas vezes bruscas) das normas domésticas.

Entretanto, tanto sob uma ou outra perspectiva, é decisivo constatar que **não havia qualquer enunciado legal no Direito brasileiro que contemplasse, em sua hipótese, a situação presente nestes autos.**

Note-se que a Lei n. 12.973/2014 alterou substancialmente o regramento brasileiro quanto à tributação de controladas indiretas no exterior, o que vem sendo evidenciado pela doutrina. PAULO AYRES BARRETO e PAULO ARTHUR CAVALCANTE KOURY[22] apresentam relevantes constatações a esse respeito, *in verbis*:

> "No que respeita às participações societárias consideradas pelo regime de TBU, percebe-se, de início, que o art. 76 da Lei nº 12.973/14 passou a fazer referência às sociedades controladas 'direta ou indiretamente' pelo contribuinte brasileiro. Nesse passo, o § 1º do referido dispositivo prescreveu que os resultados decorrentes de participações societárias detidas pela controlada direta sobre sociedades que sejam controladas indiretas da mesma controladora no Brasil devem ser excluídos da pessoa jurídica intermediária.
> (...)
> Com isso, a legislação instituiu um sistema de tributação direta do investimento em controlada indireta, ignorando-se a existência da sociedade intermediária (tributada separadamente). A essa sistemática Alberto Xavier denominou tributação per saltum, que visou a eliminar a influência do lucro da sociedade controlada direta de eventuais prejuízos de controladas indiretas.
> De fato, o sistema de tributação per saltum, na prática, inviabiliza a consideração de todos os resultantes em sociedades investidas no exterior por meio de holding. Em face do regime anterior, tornou-se corriqueiro que as sociedades brasileiras com investimentos em participações societárias no exterior estruturassem seus negócios de forma a ter somente uma controlada direta, que, por sua vez, detinha os demais investimentos. Com isso, possibilitava-se consolidar os resultados positivos e negativos das demais controladas e coligadas indiretas, na apuração do resultado da controlada direta."

A edição da Lei n. 12.973/2014 inaugurou nova sistemática no ordenamento jurídico brasileiro, contrastando com o regime aplicável ao caso concreto, que remonta ao ano de 2002, em que nenhuma norma semelhante existia.

Seja pela inexistência de normas que vedassem o *treaty shopping*, ou mesmo pela **não identificação de tal estrutura ou de qualquer ato patológico no caso concreto**, o fato é que a autoridade fiscal não cogitou em tornar inoponível a JALUA, reconhecendo a sua eficácia jurídica para fins tributários.

[22] BARRETO, Paulo Ayres; KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. A Tributação Direta do Resultado de Controladas Indiretas no Exterior: Problemas na Aplicação da Lei nº 12.973/14. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coords.). Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 372 e seg.

3.2. A APLICAÇÃO DO ACORDO BRASIL-ESPANHA AOS RESULTADOS DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DE EMPRESAS CONTROLADAS PELA JALUA (ESPANHA).

Não há dúvidas que os Estados, na celebração de acordos para evitar a bitributação da renda, podem incluir cláusulas que expressamente limitem os benefícios do tratado em determinadas circunstâncias ("*Limitation on Benefits*", doravanre "**LOB***"*).

Os Comentários ao art. 1º da CM-OCDE, que serviram de base para o correspondente dispositivo do Acordo Brasil-Espanha, suscitam repetidamente que:

(i) os Estados podem celebrar cláusulas que restrinjam os efeitos do acordo em face de *conduit companies* ("*look-through approach*")*,* com a sugestão de distintas redações que poderiam ser adotadas;

(ii) as medidas celebradas pelos Estados "precisam ser acompanhadas de disposições específicas de forma a assegurar que os benefícios do tratado sejam conferidos em casos de boa-fé", a exemplo de "cláusula de boa-fé geral (*General bona fide provision*)", de "cláusula de atividade (*Activity provision*)", de "cláusula de valor do imposto (*Amount of tax provision*)", de "cláusula de bolsa de valores (*Stock Exchange provision*)" ou de "cláusula de redução tributária alternativa (*Alternative tax provision*)".[23]

Caso os Estados contratantes decidam adotar alguma LOB, é fundamental que incluam cláusulas de salvaguarda seriam fundamentais, bem como não se deve pressupor a ausência de boa fé e rejeitar aprioristicamente a aplicação do acordo de bitributação, adverte a OCDE[24].

Ocorre que a existência de cláusula de beneficiário efetivo, mesmo que expressa no tratado, não conduz à generalizada demonização de entidades que detenham participação em outras pessoas jurídicas ou mesmo de *holdings* puras. Um caso julgado em 2009 pelo Canadá ("*Tax Court of Canada*") demonstra bem essa questão.

No caso[25], a administração fiscal canadense entendeu que uma *holding* não se enquadraria no conceito de *"beneficiário efetivo"*, prescrito no artigo 10 (2) do acordo Canadá-Países Baixos. Supostamente, a referida *holding* teria sido utilizada apenas para dar acesso aos benefícios daquele acordo internacional (*treaty shopping*).

A Corte canadense observou que a expressão *"beneficiário efetivo"* não foi definida no acordo Canadá-Países Baixos ou mesmo no regulamento do imposto de renda daquele país ("*Income Tax Act*"). Contudo, ponderou que o artigo 3(2) do Tratado determina que qualquer expressão que não esteja definida no texto da Convenção terá o significado que lhe é atribuído pela legislação do Estado que a aplicar, a não ser que o contexto imponha interpretação diversa. A partir daí, realizou-se uma análise da jurisprudência canadense e

[23] Vide: OCDE, 2010, p. 69, Comentários ao art. 1, n. 19.
[24] Vide: OCDE, 2010, pp. 65, Comentário ao art. 1, n. 9.5.
[25] Vide: PRÉVOST CAR INC., HER MAJESTY QUEEN and PRÉVOST CAR INC. (Corte Federal de Apelação do Canadá 2009). Sobre o caso, vide: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. Caso Prévost *in* Tributação internacional: análise de casos. Vol. 1. São Paulo: MP Editora, 2010, p. 221 e seg.

internacional, do significado das palavras relevantes nos três idiomas oficiais do Tratado (Francês, Inglês e Holandês), das provas e evidências trazidas por peritos e, ainda, dos Comentários da OCDE à Convenção Modelo.

O Tribunal canadense concluiu, então, que a *holding* em questão seria a "*beneficiária efetiva"* dos rendimentos, dando destaque, entre outras coisas, que: a relação entre a *holding* e os seus acionistas não seria de filial ou de mandato; a *holding* não deve ser considerada a priori como um véu utilizado para esconder algo, um simulacro empresarial, bem como não haveria, naquele caso, indícios quanto à sua utilização como entidade interposta ("*conduit company*"); não haveria evidências de que a *holding* estivesse necessariamente obrigada a transferir todos os seus resultados às suas acionistas; a holding seria uma empresa regularmente constituída sob as leis holandesas e estaria sob a tutela destas, que lhes garantem personalidade jurídica e direito de propriedade sobre as ações das companhias controladas.

Sublinhou o julgador canadense que o acolhimento do pleito da administração fiscal geraria precedente capaz de violar a certeza e a estabilidade que o tratado de bitributação busca alcançar, bem como que não se poderia adotar uma visão pejorativa de empresas *holding* ("*pejorative view of holding companies*"), não proclamada pelo Canadá em suas leis e nem pela comunidade internacional.

Ressalvadas as naturais peculiaridades de cada caso, compreendo que esse cuidado do Tribunal do Canadá com o cumprimento do acordo de bitributação, bem como sua perspectiva assumida para a solução da controvérsia que lhe foi apresentada, apresentam-se como compatíveis com o sistema jurídico brasileiro.

Contudo, no caso concreto, é eloquente constatar que sequer há cláusula no Acordo Brasil-Espanha vocaciona a excluir os efeitos do acordo de bitributação a *conduit company*. Não há cláusula de beneficiário efetivo no acordo Brasil-Espanha.

É controvertida a possibilidade de se considerar implícita a existência de algumas dessas cláusulas (LOB), como a do existência a do "beneficiário efetivo", não incluídas expressamente no texto do acordo pelos Estados contratantes.

O recurso ao *parallel treaties*, embora não seja necessariamente determinante, pode fornecer evidência relevante ao julgamento do presente caso.

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

No caso concreto, é possível constatar que não há, em especial, nenhuma cláusula de beneficiário efetivo ("*beneficial owner clause*") no Acordo Brasil-Espanha. Contudo, tal cláusula está prevista expressamente tratados de bitributação celebrados pelo Brasil com países como África do Sul, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coréia do Sul, Equador, Filipinas, Finlândia, Países Baixos, Hungria, entre outros.

A presença dessa cláusula expressa em outros acordos de bitributação pode representar evidência eloquente de que Brasil e Espanha não acordaram a sua adoção no tratado internacional solenemente celebrado.

A propósito, como a tributação implementada pelo art. 74 da MP n. 2.158-35 tem como objeto o "lucro" e não os "dividendos", aplica-se o art. 7º do acordo Brasil-Espanha, que não é acompanhado de cláusula de benefício efetivo sequer na Convenção Modelo da OCDE (tal LOB, quando presente, geralmente se restringe aos artigos 10, 11 e 12).

Mas ainda assim, mesmo que por hipótese se admita a existência de cláusula de beneficiário efetivo implícita e com amplíssima no Acordo Brasil-Espanha, é fato incontroverso e inafastável que nenhuma demonstração ou mesmo acusação foi apresentada pela fiscalização quanto à prática de atos patológicos, supostamente capazes de atrair limitações aos efeitos do tratado.

Dessa forma, além de não haver nenhuma cláusula no Acordo Brasil-Espanha vocaciona a vedar os efeitos do acordo de bitributação a hipóteses de interposição de pessoas jurídicas (*treaty shopping*), **sequer há imputação de patologias (ou "abusos"), ausência de boa-fé ou mesmo de artificialismo de *holdings*** . O que há é uma pessoa jurídica operacional (JALUA), com efetivo resultado operacional no período (equivalente a R$80.562.176,03), residente na Espanha, com participação societárias em outras pessoas jurídicas, residentes no Uruguai (MONTHIERS) e na Argentina (CCBA).

Não se pode passar ao largo de todas essas observações e pressupor ser apriorístico o afastamento do acordo de bitributação. Preenchidos os requisitos para a incidência da norma do tratado de bitributação, a sua não aplicação por algum dos Estados contratantes conduz ao descumprimento do acordo internacional celebrado.

Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso do contribuinte, bem como NEGAR provimento ao recurso da PFN.

(assinado digitalmente)

Luís Flávio Neto

Declaração de Voto

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio

Tendo não sido apresentada no prazo regimental[26], considera-se não formulada a declaração de voto.

[26] RICARF, Anexo II, art. 63:
(...)
§ 6º As declarações de voto somente integrarão o acórdão ou resolução quando formalizadas no prazo de 15 (quinze) dias do julgamento.
§ 7º Descumprido o prazo previsto no § 6º, considera-se não formulada a declaração de voto.