



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

Processo n° 16539.720011/2014-85
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1301-003.001 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2018
Matéria Lucros no exterior
Recorrente BELGRAVIA SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

Ementa:

NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Os procedimentos no curso da auditoria fiscal, cujo início foi regularmente cientificado ao contribuinte, não determinam nulidade, por cerceamento ao direito de defesa ou ofensa ao princípio do contraditório, do auto de infração correspondente. Ademais, não restou justificada as alegações trazidas pela contribuinte que ensejasse a nulidade do auto de infração.

LUCROS OBTIDOS POR MEIO DE CONTROLADA NO EXTERIOR. CONVENÇÕES DESTINADAS A EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL EM MATÉRIA DE IMPOSTO SOBRE A RENDA. ART. 74 DA MP Nº 2.158-35/2001. NÃO OFENSA.

Não há incompatibilidade entre os Tratados Firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda e a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, não sendo caso de aplicação do art. 98 do CTN, por inexistência de conflito.

Os Tratados firmados pelo Brasil nessas matérias não impedem a tributação na controladora no Brasil dos lucros auferidos por intermédio de suas controladas no exterior.

LUCRO NO EXTERIOR. VARIAÇÃO CAMBIAL DE CONTROLADAS INDIRETAS. CONSOLIDAÇÃO DE RESULTADOS NA CONTROLADA DIRETA. APURAÇÃO DO LUCRO REAL DA INVESTIDORA BRASILEIRA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO.

A consolidação, na controlada direta de investidora brasileira situada no exterior, deve ser realizada tanto para fins de consolidação de resultados quanto de impostos recolhidos pelas controladas indiretas, não havendo que

se falar em exclusão das variações cambiais referentes aos investimentos nas controladas indiretas.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional. Sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa SELIC. Precedentes das três turmas da Câmara Superior - Acórdãos 9101-001.863, 9202-003.150 e 9303-002.400. Precedentes do STJ - AgRg no REsp 1.335.688-PR, REsp 1.492.246-RS e REsp 1.510.603-CE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para permitir a dedução do imposto pago no exterior pelas controladas indiretas e restabelecer a glosa de prejuízos apurados pela controlada "TOC". Vencidos os Conselheiros Roberto Silva Junior, Nelso Kichel e Ângelo Antunes Nunes que votaram por negar provimento ao recurso voluntário. Os Conselheiros Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, José Eduardo Dornelas Souza e Amélia Wakako Morishita Yamamoto, em primeira votação, foram vencidos ao votarem por dar provimento ao recurso voluntário por entenderem inaplicável o art. 74 da MP 2.158-35/01 em face do tratado para evitar a dupla tributação e corretos os ajustes de base de cálculo do lançamento e deduções do imposto devido realizados pelo contribuinte, e, em segunda votação, vencidos no que diz respeito à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício. O Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros votou por dar provimento parcial ao recurso voluntário. Divergiu do relator para entender pela incidência de juros de mora sobre a multa de ofício e aplicável o art. 74 da MP 2.158-35/01 e não aplicável o tratado para evitar a dupla tributação. No mais, acompanhou o relator em relação aos ajustes na base de cálculo do lançamento e à dedução do imposto devido. O Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto votou pelo provimento parcial do recurso voluntário em menor extensão para permitir a dedução do imposto pago no exterior pelas controladas indiretas e restabelecer a glosa de prejuízos apurados pela controlada "TOC", não acatando a exclusão, da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, das variações cambiais referentes aos resultados da controlada indireta "OSEL" que refletiram nos resultados da controlada direta "TOC", tendo sido designado redator do voto vencedor em relação à aplicação do disposto no art. 74 da MP 2.158-35/01 e não aplicação dos tratados para evitar bitributação, da não exclusão da base de cálculo das variações cambiais de controlada indireta e em relação à incidência de juros sobre a multa de ofício. Votação iniciada na reunião de março de 2018, ocasião em que somente o Conselheiro Relator proferiu seu voto, tendo sido reiniciada na reunião do mês de abril de 2018 com os votos proferidos pelos demais Conselheiros presentes naquela sessão, com exceção do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto que requereu vista dos autos.

(assinado digitalmente)

Fernando de Oliveira Brasil - Presidente/Redator Designado

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Ângelo Antunes Nunes (suplente convocado para manter paridade do colegiado), Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Leonam Rocha de Medeiros (suplente convocado em substituição à Conselheira Bianca Felícia Rothschild) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente justificadamente a Conselheira e Bianca Felícia Rothschild.

Relatório

Por bem resumir a lide, adoto o relatório contido no Acórdão nº 11-54.059 proferido pela 4ª Turma da DRJ/REC (fls. 3444/3446):

O processo trata de autos de infração de IRPJ – imposto de renda pessoa jurídica (fls. 3.205) e de CSLL – contribuição social sobre o lucro líquido (fls. 3.212 e 3.218) com imposição de multa de ofício no percentual de 75% prevista no art. 44, I, da Lei 9.430/1996.

Na página 36 do TVF – termo de verificação fiscal (fls. 3.162), há a seguinte descrição da exigência:

"Efetuamos de ofício o lançamento do IRPJ e da CSLL sobre os lucros auferidos no exterior por empresas controladas pela BELGRAVIA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A, relativos ao ano-calendário de 2009, apurados de acordo com a legislação tributária citada neste Termo.

Para a apuração do IRPJ e da CSLL devida, foram criadas dois tipos de infrações registradas no Auto de Infração:

1a) Não-adição na base de cálculo do lucro disponibilizado no exterior pelas três controladas diretas:

TOC	R\$ 18.569.946,06
BPC	R\$ 56.671.872,67

NOBERTO ODEBRECHT DO EQUADOR	R\$ 7.974,19
-------------------------------------	---------------------

2a) Compensação indevida de imposto pago no exterior:

IRPJ: R\$ 7.318.108,40

CSLL: R\$ 2.663.207,97

A segunda infração caracterizou-se pelo fato de que a Belgravia deduziu do imposto e contribuições devidas, vide fichas 11, 12-A e 17 da DIPJ2010, valor de imposto pago no exterior por controladas indiretas (vide item 3 da resposta ao TIF nº 03)."

Informou a autoridade fiscal, na pág. 26 do TVF:

"Dispõe a norma que o montante a ser compensado com o devido no Brasil é o **imposto pago** no exterior.

Com base no exposto, com vistas a apuração dos tributos incidentes sobre lucros obtidos no exterior, procedeu esta fiscalização conforme sequência a seguir apresentada.

1) Considerou-se para efeito de cômputo no lucro real da controladora no Brasil o lucro líquido contábil das controladas no exterior apurados antes dos tributos incidentes sobre a renda, em conformidade com a Demonstração do Resultado apresentada nos países de origem.

2) Considerou-se para efeito de compensação do imposto pago no exterior com o imposto devido no Brasil o montante efetivamente devido no país de origem, apurado em conformidade com a respectiva regulamentação fiscal existente. Tal valor foi obtido com base nas informações apresentadas na Declaração de Rendimentos referente ao ano-calendário 2009." (O destaque em negrito consta do original)

A DIPJ do exercício 2010 – relativa ao ano-calendário 2009 – foi apresentada com apuração do IRPJ e da CSLL pelo regime do lucro real anual (fls. 3.116).

Cientificada do lançamento em 22/10/2014 (fls. 3.250), a contribuinte autuada apresentou impugnação no dia 19 do mês seguinte (fls. 3.255) por intermédio do seu advogado, conforme procuração juntada aos autos (fls. 3.431).

Alegou, preliminarmente, nulidade do lançamento, com suporte no art. 59, II, do Decreto 70.235/1972, dada a manifesta precariedade de motivação, sem conter todos os elementos utilizados pela fiscalização para realizar as glosas. As imprecisões e omissões teriam distorcido a análise do mérito e dificultariam a defesa, em razão da falta de conhecimento preciso dos fundamentos das glosas fiscais. Não seria válido, portanto, o ato administrativo sem motivação, cerceando o seu direito de defesa.

No mérito, defendeu o impedimento à tributação de lucros no Brasil em razão da existência de convenções para evitar dupla tributação firmadas pelo Brasil com Portugal e com o Equador, mediante os Decretos nº 4.012/2001 e 95.717/1988, respectivamente. A aplicação das convenções não decorreria de qualquer planejamento tributário, mas da existência efetiva de negócios no exterior, os investimentos nos dois países seriam "efetivos e estritamente operacionais". Em resumo, o art. 74 da MP 2.158-35/2001 seria inaplicável aos casos abrangidos por tratados internacionais para evitar dupla tributação. Dividendos poderiam ser tributados por ambos os países signatários apenas quando pagos.

Deveria ser considerado o direito à compensação dos tributos pagos no exterior, o que a fiscalização teria negado com base em regra infralegal de cunho formalístico, "tendo sido ainda interpretado os fatos de forma completamente divergente da realidade".

Pedi, na "remota" hipótese de manutenção da exigência, o refazimento dos cálculos acerca do *tax credit* e o afastamento da incidência dos juros sobre a multa aplicada.

Protestou provar as alegações por todos os meios legais, especialmente diligências e juntada de documentos, além de posterior anexação de traduções juramentadas dos documentos em língua estrangeira trazidos na impugnação, tendo

em vista a impossibilidade de sua obtenção junto aos profissionais habilitados no prazo da impugnação.

Informou não ter submetido à apreciação judicial a matéria impugnada.

Concluiu requerendo o envio de futuras intimações para o endereço dos seus advogados, em nome de quem deverão ser expedidas. Indicou o endereço.

A referência às folhas dos autos segue a numeração dada pelo sistema "e-processo".

A DRJ, ao analisar a impugnação apresentada, julgou improcedente, mantendo o lançamento fiscal.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 3471/3541), no qual repisa os argumentos da Impugnação e contesta os motivos que levaram à DRJ a julgar seus pedidos improcedentes.

Em sede de contrarrazões, a PGFN defende a validade integral do lançamento, inclusive da multa de ofício, bem como dos juros sobre a multa aplicada, além da aplicação da SELIC sobre estes valores.

Eis a síntese do necessário. Passo a decidir.

Voto Vencido

Conselheiro Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro - Relator

Primeiramente, impende registrar que o Recurso Voluntário é tempestivo, razão pela qual dele conheço.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Sustenta a Recorrente que a autuação foi pautada em fatos divergentes da realidade, ocasionando vícios insanáveis que acarretariam a nulidade. Isto posto, as razões que que orientaram a autuação fiscal não corresponde à realidade extraída da documentação apresentada, partindo de premissas errôneas.

Desse modo, a Recorrente entende que a autuação foi baseada em fatos diversos do que aconteceram, devendo o auto de infração ser anulado de pleno direito sob o argumento da preterição do direito ao contraditório e da ampla defesa.

Pois bem, entendo que tais argumentos de supostos vícios não acarretam nulidade na autuação, pois são alegações de ordem de mérito que visam desqualificar a infração cometida.

Por oportuno, não vislumbro as hipóteses de nulidade dos atos e termos lavrados, de acordo com o arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, a saber:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Destarte, o auto de infração se serviu de todos os requisitos formais exigidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72, não invalidando o exercício da ampla defesa no processo, bem como apontando a capitulação legal e a descrição da infração cometida.

Dessa maneira, os argumentos alegados pela contribuinte não devem prosperar, não restando comprovado o prejuízo à defesa do contribuinte. Assim, julgo no sentido de não acatar a preliminar de nulidade argüida pela Recorrente.

DO MÉRITO

Cuida o presente processo de autos de infrações, referentes ao ano-calendário de 2009, em que se exige o IRPJ e CSLL, acrescidos da multa de ofício e juros de mora. A autuação decorre de dois fatos, a saber:

(i) ausência de adição ao lucro real e à base de cálculo da IRPJ e CSLL relativos aos lucros auferidos no exterior, por meio de sociedades controladas diretas no exterior: TOC R\$18.569.946,06, BPC R\$56.671.872,67 e Noberto Odebrecht do Equador R\$ 7.974,19

(ii) compensação indevida do imposto pago no exterior nos valores de R\$ 7.318.108,40 a título de IRPJ e R\$ 2.663.207,97 a título de CSLL relativo as controladas indiretas, em razão da não consolidação dos tributos no balanço das controladas diretas, nos termos do §6º do art. 14 da IN SRF nº 213/02.

Passo a analisar separadamente as infrações acima citadas para melhor compreensão dos fatos.

DA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR

Conforme o TVF, a ação fiscal visou à verificação da regularidade na apuração de IRPJ e CSLL devidos no ano-calendário de 2009, especialmente no que tange ao cumprimento da legislação tributária relativa aos resultados obtidos no exterior, por meio de filiais, sucursais, controladas e coligadas.

Processo nº 16539.720011/2014-85
Acórdão n.º 1301-003.001

S1-C3T1
Fl. 4.013

Dos investimentos no exterior, a fiscalização chamou a atenção para quatro participações: Bento Pedroso Construções SA ("BCP"), Construtora Norberto Odebrecht Del Ecuador SA ("CNO"), Tenense Overseas Corporation ("TOC") e Odebrecht Construction IC ("OCI").

Os lucros obtidos por essas controladas no ano-calendário de 2009 não foram integralmente adicionais para fins de apuração do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido no Brasil, conforme quadro abaixo:

EMPRESA	PAIS DOMICÍLIO	% PART	LUCRO LÍQUIDO EM MOEDA ESTRANGEIRA	MOEDA	COTAÇÃO	LUCRO LÍQUIDO EM REAIS	LUCRO DISPONIBILIZADO	LUCRO DIFONIBILIZADO (DIPJ)	DIFERENÇA
CONSTRUTORA NOBERTO ODEBRECHT DE PANAMA	PANAMA	1	51.096.157,00	Dólar Amer	1,7412	88.968.628,57	3.203.602,14	32.036,02	3.171.566,12
CONSTRUTORA NOBERTO ODEBRECHT DEL EQUADOR	EQUADOR	100	4.580,00	Dólar Amer	1,7412	7.974,70	7.974,19	0,00	7.974,19
ODEBRECHT CONSTRUCTION IC - OCI	ESTADOS UNIDOS	100	23.148.881,00	Dólar Amer	1,7412	40.306.831,60	37.089.681,61	0,00	37.089.681,61
TENENSE OVERSEAS CORPORATION - TOC	ILHAS CAYMANN	100	155.003.651,72	Dólar Amer	1,7412	269.892.358,37	269.892.358,38	31.268.421,54	238.623.936,84
BENTO PEDROSO E CONSTRUÇÕES S/A	PORTUGAL	99,98	22.572.000,00	Euro	2,5073	56.595.452,76	38.976.630,76	0,00	38.976.630,76


A Recorrente alegou que com relação a CNO a Convenção para evitar a bitributação firmada entre o Brasil e o Equador não permitiria a incidência tributário no Brasil sobre os lucros das controladas no exterior.

Em relação à OCI alegou a existência de prejuízo acumulado superior ao lucro líquido apurado no exercício, o qual teria sido objeto de compensação. [

No caso da TOC, justificou o valor disponibilizado pela compensação de prejuízos acumulados de exercícios anteriores e pela compensação de impostos pagos no exterior.

Por fim, em relação à BPC, alegou haver a Convenção para evitar a bitributação firmada entre o Brasil e o Portugal não permitiria a incidência tributário no Brasil sobre os lucros das controladas no exterior.

Veja o quadro juntado pela Recorrente que ilustra as situações acima narradas:

 T.I. nº 03 - MPF nº 0718500.2013.00281 BELGRAVIA SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES S/A CNPJ: 71.884.431/0001-06												
Empresa	Pais	% Participação	Lucro Líquido (\$)	Moeda	Cotação	Lucro Líquido (R\$)	Compensação (Imposto Exterior)	Tratado	Prejuízos	Lucro Líquido (Nossa Participação)	Lucro Disponibilizado DIPJ	Diferença
Construtora Norberto Odebrecht de Panama	Panamá	1,00%	51.096.157	Dólar	1,7412	88.968.629	-	-	-	889.686	32.036	857.650
Construtora Norberto Odebrecht Del Equador	Equador	100,00%	4.580	Dólar	1,7412	7.975	-	(7.975)	-	-	-	-
Odebrecht Construction - OCI	Estados Unidos	100,00%	23.148.881	Dólar	1,7412	40.306.832	-	-	(40.306.832)	-	-	-
Tenenge Overseas Corporation - TOC	Ilhas Caymann	100,00%	155.003.652	Dólar	1,7412	269.892.358	(2.108.740)	-	(236.515.197)	31.268.422	31.268.422	-
Bento Pedroso e Construções S/A	Portugal	99,98%	22.572.000	Euro	2,5073	56.594.776	-	(56.594.776)	-	-	-	-

Pois bem, no que cinge as coligadas que possuem acordos para evitar a bitributação, a fiscalização entendeu que a existência dos referidos com o Equador e Portugal não impediria a tributação dos lucros das sociedades estrangeiras.

A Recorrente defende que o agente fiscal não poderia ter incluído na apuração, os resultados auferidos por intermédio da Bento Pedroso Construções SA ("BCP"), sediada em Portugal e da Construtora Norberto Odebrecht Del Ecuador (Construtora Norberto) sediada no Equador.

Isso porque, a Recorrente é contra a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, o qual estabelece o momento em que o lucro auferido por coligadas e controladas estrangeiras é considerado disponibilizado no Brasil, alegando tal norma não pode servir de fundamento para a autuação, visto que o referido artigo estaria tributando os lucros das controladas estrangeiras, e não os lucros da empresa brasileira (Belgravia Empreendimentos SA).

Dessa forma, sustenta que a citada norma é incompatível com o art. 7º do Tratado Brasil-Portugal e Brasil-Ecuador.

Todavia, acredito que para o deslinde da questão se faz mister um arrazoado legislativo para que possamos entender mais claramente a evolução do tema, bem como alguns pontos polêmicos discutidos em nossa doutrina e jurisprudência.

Pois bem. Não é necessário muitas digressões para compreendermos que a Medida Provisória 2.158-35/2001, tratou de consolidar um entendimento da União Federal, que iniciou a busca pela tributação dos lucros do exterior com a edição da Lei 9.249/1996.

Nesse começo da aplicação do princípio da universalidade a Lei 9.249/1996 encontrou obstáculos legislativos (falta de fundamento de validade) em lei complementar, suprida posteriormente com a edição da Lei Complementar 104/2001, que alterou o Código Tributário Nacional, incluindo enunciados permissivos à tributação de receita ou rendimentos oriundos do exterior.

Com a aplicação da tributação da renda utilizando-se do princípio da universalidade, o País promoveu a alteração de foco, antes repousado sobre a territorialidade, que tributava apenas a renda produzida no País, para o elemento de conexão “contribuinte brasileiro”, que passou a controlar ou coligar-se a empresas no exterior, algo inevitável no mundo globalizado.

Diante da edição da Lei 9.249 de 26.12.1995, a União passou a tributar os lucros auferidos no exterior por coligadas ou controladas de empresas brasileiras. O objetivo da, então novel legislação, era a proteção da base tributária de cada país, sem gerar um problema no processo de globalização, expansão e internacionalização das empresas, além de combater a elisão fiscal, como se extrai da exposição de motivos do referido diploma legal, em seu item 14.

Podemos observar também da edição da Lei 9.249/1996 que além da necessidade de trazer recursos tributários ao Brasil sobre os lucros auferidos por empresas no exterior, com o critério de conexão “contribuinte brasileiro”, a regra buscou dar tratamento igualitário a todas as empresas que possuíssem filiais, sucursais, controladas ou coligadas no exterior de forma universal.

Porém, essa regra se esqueceu de separar empresas estabelecidas em países que não possuem tributação favorecida, países com os quais o Brasil possui Tratado para Evitar a Dupla Tributação e países que possuem tributação favorecida, gerando diversas distorções interpretativas.

Além da omissão quanto ao tratamento a ser dado aos contribuintes, levando em consideração questões distintas que poderiam ser contempladas na regra, o que repercutiu

de forma negativa à Lei 9.249/1996 foi a definição do momento em que ocorre o fato jurídico tributário para fins de apuração dos tributos no Brasil.

A discussão foi pautada na tributação mediante o reconhecimento dos lucros do exterior quando do encerramento do balanço em 31 de dezembro de cada ano, sendo que em muitos casos não havia sido realizada a disponibilização econômica ou jurídica: creditamento ou pagamento daquele lucro à controladora ou coligada brasileira.

Diante disso, como forma de atender o disposto no Código Tributário Nacional (art. 43), a despeito de se usar a via inadequada, pois o problema da ilegalidade deveria ser resolvido por meio da alteração da Lei 9.249/1996, a Receita Federal editou a IN 38/1996, que trouxe em seu texto a inclusão da expressão “disponibilizados”.

Os mencionados eventos ainda estavam relacionados com a definição tradicional do fato gerador do imposto de renda imposta pelo Código Tributário Nacional (CTN), que, em seu art. 43, estabelece se tratar da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica.

A mesma norma previa a apuração do resultado das participações em empresas no exterior de modo individualizado. Como os conceitos trazidos na IN 38/1996 poderiam representar uma extrapolação da autonomia regulamentar da Receita Federal, novas leis foram editadas para tratar da forma de apuração e dos critérios que permitiriam considerar disponibilizados os lucros auferidos no exterior, ainda sob as limitações impostas pelo CTN quanto à verificação da disponibilidade econômica ou jurídica.

Nesse sentido, a Lei 9.430/1996 tratou da apuração individualizada dos lucros decorrentes de investimentos detidos no exterior e instituiu a possibilidade de arbitramento de tais rendimentos, caso não fossem devidamente demonstrados.

Já a Lei 9.532/1997, posteriormente alterada pela Lei 9.559/2000, avançou na conceituação da disponibilidade, para fins de tributação dos lucros no exterior. Na norma aludida acima, que pela primeira vez foi legalmente introduzida a figura da disponibilidade imediata, aplicada a lucros provenientes de filiais ou sucursais no exterior.

Nos termos do art. 1.º, § 1.º, *a*, da Lei 9.532/1997, a mera apuração de lucros por filiais ou sucursais detidas no exterior já era suficiente para que os valores fossem considerados disponíveis e passíveis de tributação na pessoa jurídica de sua matriz domiciliada no Brasil.

Nessa situação em específico, por se tratarem de estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, com sede no Brasil, considera-se que a disposição ainda não cria uma disponibilidade fictícia, mas apenas reconhecem como juridicamente disponíveis à matriz brasileira os resultados de filiais e sucursais no momento de sua apuração.

Por outro lado, reafirma-se que a tributação dos lucros provenientes de controlada ou coligada no exterior depende de sua disponibilização econômica ou jurídica (art. 1.º, § 1.º, *b*, da Lei 9.532/1997).

Seguindo-se a evolução legislativa do tema, observa-se que, no ano de 2001, as disposições do Código Tributário Nacional que tratam do fato gerador do imposto de renda foram alteradas pela edição da Lei Complementar 104/2001, sendo editada essa regra para dar

fundamento de validade à medida provisória que logo seria editada com o intuito de aplicar a disponibilização imediata dos lucros do exterior.

Deste modo, foi instituída a possibilidade de criação de exceções à regra geral de que o fato gerador do imposto de renda deve estar necessariamente vinculado à disponibilidade econômica ou jurídica de proventos, no que toca aos rendimentos oriundos do exterior.

Na esteira da mencionada modificação do Código Tributário Nacional, a Medida Provisória 2.158-35/2001, por meio de seu art. 74, criou a figura da disponibilização ficta de lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior.

Esse dispositivo não faz nenhuma referência à necessidade de efetiva disponibilidade econômica ou jurídica dos valores. Ao contrário, institui a presunção legal de que lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior estão automaticamente disponíveis tão logo sejam apurados.

Por um lado, há pontos controversos, não abordados pelo texto do art. 74 da MP 2.158-35/2001, quanto a algumas situações nas quais os lucros são considerados disponibilizados, indicadas no art. 2.º da IN 213/2002.

As discussões relacionadas a esse artigo da IN 213/2002 tratam da extrapolação da determinação contida no art. 74 da MP 2.158-35/2001, que se limita a considerar disponibilizados os lucros apurados, com o fim de tributar lucros eventualmente existentes na ocorrência de eventos como liquidação, alienação, cisão, fusão ou incorporação.

Já o art. 7.º da IN 213/2002, por sua vez, está ligado ao principal ponto do debate sobre a tributação de lucros no exterior.

Nesse mister, a pretexto de tributar os lucros apurados no exterior, mediante presunção de sua disponibilização imediata, a Receita Federal determina a tributação do resultado positivo de equivalência patrimonial apurado em 31 de dezembro de cada ano. Aqui as divergências giram em torno da potencial divergência de valores na apuração contábil do resultado de equivalência patrimonial e do lucro, uma vez que, por exemplo, o lucro pode ser destinado à constituição de reservas, sem a sua efetiva disponibilização.

Feitas tais considerações, as quais enfrentaremos no presente litígio, passemos a análise das questões debatidas em sede recursal.

1.1 Da aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01

As regras de transparência fiscal, também conhecidas como *Controlled Foreign Corporation Rules* (“CFC”) visam imputar as controladoras os lucros acumulados pelas sociedades controladas no exterior.

Nesse sentido, ensina o Jurista Heleno Taveira Tôres:

“transparência fiscal não significa mais do que a possibilidade de imputar aos sócios ou acionistas residentes, por transparência, os lucros produzidos pela sociedade constituídas e localizadas no estrangeiro, geralmente em países com tributação favorecida, fazendo incidir o imposto aplicável aos

*lucros produzidos no exterior, pelas sociedades ali localizadas, e das quais aqueles sujeitos são acionistas, automaticamente, como se fossem produzidos internamente, mesmo se não distribuídos sob a forma de dividendos”.*¹

Entendo, portanto, que, no Brasil, as regras de transparência fiscal foram introduzidas pela controversa Medida Provisória nº 2.158- 35/01, cujo artigo 74 determinava a chamada “tributação automática dos lucros”, isto é, a tributação dos lucros mesmo que não haja distribuição de dividendos. Confira-se sua redação:

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

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

Após muitos debates sobre a constitucionalidade desse dispositivo, a dialética resultou em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADIn”), já julgada pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”). Em apertada síntese, decidiu-se, por maioria de votos, que a regra CFC brasileira se aplica às controladas de empresas brasileiras com sede em “paraíso fiscal” (*black list*) ou que se achem sob regime fiscal privilegiado (*gray list*).

Por outro lado, não foi alcançado quórum no que tange à aplicação à tributação do lucro em coligadas sediadas em países com regime de tributação normal e que possam comprovar o seu propósito comercial e substância econômica. Adicionalmente, foi rejeitada a retroatividade da regra para alcançar lucros auferidos antes do ano calendário de 2002.

Destaca-se que, apesar do julgamento da ADIn, por conta do dito acima, ainda permanece incerto o tratamento a ser aplicado (i) às controladas residentes em países não considerados paraísos fiscais, inclusive quando existir um tratado para evitar a dupla tributação; e (ii) às coligadas sediadas em paraísos fiscais.

Além disso, não há definição clara quanto à interpretação a ser dada ao conceito de “paraíso fiscal”, uma vez que a decisão não fez vinculação clara do termo ao disposto nos artigos 24 e 24-A da Lei nº 9.430/96 (e IN SRF nº 1.037/10). Assim, caberá ao fisco federal comprovar, por meio dos mecanismos à sua disposição, a ausência de “propósito comercial” e a qualificação de dada jurisdição como paraíso fiscal.

Apesar disso, na seqüência, o STF decidiu que o art. 74 seria também aplicável às controladas sediadas em países que não se caracterizem como paraísos fiscais ou que se encontrem sob regime fiscal privilegiado.

É o que se depreende da análise do Recurso Extraordinário 541.090/SC, julgado em 10/04/2013, cuja ementa encontra-se adiante transcrita:

¹ TÔRRES, Heleno. Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 207 e 208.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCROS PROVENIENTES DE INVESTIMENTOS EM EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001. 1. No julgamento da ADI 2.588/DF, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados “paraísos fiscais”); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados “paraísos fiscais”). Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia erga omnes e efeitos vinculantes a essa deliberação. 2. Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do caput do art. 74 da referida Medida Provisória relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, afirma-se a inconstitucionalidade do seu parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002. 3. Recurso extraordinário provido, em parte.

Posteriormente, com o intuito de cumprir o quanto decidido na ADIN nº 2588 e de aproximar a legislação do entendimento exarado pelo STF, o artigo 74 foi revogado pela Lei nº 12.973/14. Atualmente, os artigos 76 a 91 do referido diploma legal tratam da tributação em bases universais.

Em suma, conforme prevê o artigo 77 da Lei nº 12.973/14², foi mantida a transparência fiscal de controladas no exterior de empresas brasileiras, sendo expressamente determinada a tributação não apenas das controladas diretas, mas também das indiretas.

No presente caso, resta claro, que as controladas sediada em Portugal e Equador submete-se à regime fiscal dito “normal” e transparente. Portanto, impende aplicar o quanto decidido pelo STF em relação à possibilidade de aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 aos lucros auferidos por controlada no exterior, esteja esta submetida, ou não, à tributação “normal”.

Todavia, tal aplicação possui uma peculiaridade bastante específica, qual seja a existência de TDT entre Brasil tais países e, portanto, a questão deve ser analisada levando-se em consideração esse cenário, que ao meu ver corrobora com a não aplicação do art. 74 da MP 2.158-35/01.

DA EXISTÊNCIA DE TRATADO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA

² “Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76. (...)”

Primeiramente se faz mister tecer alguns comentários sobre a interpretação dos tratados, bem como elucidar a questão sobre a prevalência dos tratados em detrimento da legislação interna.

Para tanto, socorro-me de trecho da obra do Ilustre Prof. Alberto Xavier, "Direito Tributário Internacional do Brasil":

"a conclusão de que os tratados têm supremacia hierárquica sobre a lei interna e se encontram numa relação de especialidade em relação a esta, é confirmada em matéria tributária, pelo artigo 98 do Código Tributário Nacional que, em preceito declaratório dispõe que 'os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha'.

Observa-se, em homenagem à exatidão, que é incorreta a redação deste preceito quando se refere a revogação da lei interna pelos tratados. Com efeito, não se está aqui perante um fenômeno ab-rogativo, já que a lei interna mantém a sua eficácia plena fora dos casos subtraídos à sua explicação pelo tratado. Trata-se, isso sim, de delimitação da eficácia da lei que se torna relativamente inaplicável a certo círculo de pessoas e situações, limitação esta que caracteriza precisamente o instituto da derrogação e decorre da relação de especialidade entre tratados e leis.

Cumprir notar que a supremacia hierárquica dos tratados sobre as leis internas tem com o efeito exclusivo proibir a sua revogação por leis internas subseqüentes, não sendo porém o fundamento da sua 'aplicação prevalecente'. É que, ainda que tratado e lei ordinária tivessem paridade de valor hierárquico, a aplicação prevalecente do primeiro resulta diretamente de uma relação de especialidade".

No tocante à aplicação da regra CFC em detrimento aos acordos internacionais, cumpre-se preliminarmente destacar os efeitos do art. 98 do Código Tributário Nacional, que assim preceitua:

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela lei que lhes sobrevenha”.

Tem-se que os tratados internacionais prevalecem sobre a legislação interna. Nesse sentido, vale citar o acórdão do 1º Conselho de Contribuintes que, ao tratar da questão da supremacia ou não dos tratados e convenções internacionais, acabou adotando o seguinte entendimento:

“TRATADO E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. Não obstante o STF tenha se posicionado no sentido de inexistência de primazia hierárquica do tratado internacional, em se tratando de Direito Tributário a prevalência da norma internacional decorre de sua condição de lei especial em relação à norma interna.” (Acórdão nº 101-94.910. 1º CC, 1ª Câmara. Rel. Cons. Sandra Maria Faroni. DJ: 13/04/2005)

Claro está, portanto, que as disposições do Acordo devem prevalecer sobre as normas domésticas brasileiras, bem como devem ser interpretadas de acordo com as normas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ainda que o Brasil não seja um membro da referida organização.

Assim, independentemente da validade jurídica do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, perante o ordenamento interno, tem-se que as normas previstas nos tratados firmados com Portugal e Equador prevalecem sobre o referido dispositivo da legislação interna e afastam qualquer pretensão fiscal de tributação no Brasil dos resultados auferidos no exterior.

Dessa maneira, vejamos no tópico abaixo as especificidades dos tratados firmados com Portugal e Equador

DA TRIBUTAÇÃO DE LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESA CONTROLADA SEDIADA EM PORTUGAL E NO EQUADOR

A fiscalização verificou que os lucros auferidos em Portugal e no Equador, em razão da participação societária da Recorrente nas controladas Bento Pedroso Construções S/A e Construtora Norberto Odebrecht Del Equador, não foram oferecidos à tributação no Brasil.

A Recorrente aduz que seja aplicado o art. 7º ou o art. 10º dos Tratados em questão, a mera aplicação de qualquer um deles já seria suficiente para afastar a tributação dos lucros auferidos pela controlada Bento Pedroso Construções S/A (Portugal) e pela Construtora Norberto Odebrecht Del Equador (Equador).

Vejamos a redação do art. 7 em ambos os tratados:

Portugal

Artigo 7º

Lucros das Empresas

1. 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 permanente.

Equador

"ARTIGO VII

Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um

estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro

Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse

estabelecimento permanente." (destaques da recorrente)

Da leitura do artigo supra, conclui-se não ser permitido que um Estado Contratante tribute os lucros auferidos por uma pessoa jurídica residente no outro Estado contratante, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado, o que, no caso dos autos, significa dizer que a tributação deve ocorrer apenas em Portugal e no Equador, e não no Brasil.

Por outro lado, ainda que se entenda que os lucros em questão estão submetidos à aplicação do art. 10º dos referidos tratados, ainda assim a autuação não subsistirá.

Portugal

Dividendos

1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.

2. Esses dividendos podem, no entanto, ser igualmente tributados no Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos e de acordo com a legislação desse Estado, mas se o beneficiário efetivo dos dividendos for um residente do outro Estado Contratante, o imposto assim estabelecido não excederá:

a) 10% (dez por cento) do montante bruto dos dividendos, se o seu beneficiário efetivo for uma sociedade que detenha, diretamente, pelo menos 25% do capital da sociedade que paga os dividendos, durante um período ininterrupto de 2 (dois) anos antes do pagamento dos dividendos;

b) 15% (quinze por cento) do montante bruto dos dividendos, nos restantes casos.

As autoridades competentes dos Estados Contratantes estabelecerão, de comum acordo, a forma de aplicar estes limites.

3. O termo "dividendos", usado neste Artigo, significa os rendimentos provenientes de ações, ações ou bônus de fruição, partes de minas, partes de fundadores ou outros direitos, com exceção dos créditos, que permitam participar nos lucros, assim como os rendimentos derivados de outras partes sociais sujeitos ao mesmo regime fiscal que os rendimentos de ações pela legislação do Estado de que é residente a sociedade que os distribui. Considera-se ainda que o termo "dividendos" inclui os

rendimentos derivados de conta ou de associação em participação.

4. O disposto nos n.ºs. 1 e 2 não é aplicável se o beneficiário efetivo dos dividendos, residente de um Estado Contratante, exercer atividade no outro Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos, por meio de um estabelecimento estável aí situado, e a participação relativamente à qual os dividendos são pagos estiver efetivamente ligada a esse estabelecimento estável. Neste caso, são aplicáveis as disposições do Artigo 7. (...)”

Equador:

"ARTIGO X

Dividendos

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

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

O presente parágrafo não afetará a tributação da sociedade com relação aos lucros que derem origem aos dividendos pagos.

(...)

4. O termo dividendo, usando neste Artigo, designa os rendimentos provenientes de ações, ações ou direitos de fruição, ações de empresas mineradoras, partes de fundador ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos, bem como rendimentos de outras participações de capital assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação tributária do Estado Contratante em que a sociedade que os distribuir seja residente. (...)”

Isso porque, diferentemente do art. 7º, o art. 10º admite a competência concorrente de ambos os países para tributar, contudo mesmo sendo permitida a tributação, somente poderá ocorrer após o efetivo pagamento dos dividendos.

Dessa maneira, a Recorrente afirma que dividendos pagos devem ser entendido como os efetivamente distribuídos ainda que tal distribuição se materialize por crédito em conta, entrega a outrem, emprego por instrução do beneficiário, ou qualquer outra forma de satisfação do direito ao dividendo, que não houve qualquer disponibilização de lucros que justificasse a tributação.

Corroborando o entendimento acima, a Recorrente traz à baila o comentário 7 da OCDE em relação ao seu Modelo de Convenção, *in verbis*:

"7. The term 'paid' has a very wide meaning, since the concept of payment means the fulfillment of the obligation to put funds at the disposal of the shareholder in the manner required by contract or by custom".

Isso quer dizer que é necessário que ocorra o pagamento ou a disponibilidade jurídica ou econômica ao respectivo titular, para ensejar a tributação da renda.

Com efeito, verifica-se que não há nos autos qualquer constatação de que os dividendos tenham sido pagos. Ademais, os lucros e dividendos distribuídos por coligada ou controlada, avaliada ao valor do patrimônio líquido, não devem influenciar nas contas de resultados, nos termos do §1º, do art. 388, do RIR/1999

*"§1º Os lucros ou **dividendos distribuídos** pela coligada ou controlada deverão ser registrados pelo contribuinte como diminuição do valor do patrimônio líquido do investimento, e não influenciarão as contas de resultado, "(grifei)*

Assim, verifica-se que o lucro não poderá ser computado na apuração do lucro a ser tributado no Brasil, pois está protegido pelos acordos de bitributação.

Por fim, não há razão econômica para que um Estado negocie um tratado com outro Estado e, repetidas vezes descumpra tais disposições, por conta da sanha fiscal. O objetivo desses Acordos é justamente promover o ingresso de divisas no país, bem como fomentar a economia entre os Estados contratantes.

Com base nesses fundamentos, considero que os tratados firmados entre o Brasil-Portugal e Brasil-Ecuador para evitar a dupla tributação afasta o lançamento ora discutido. Restam também, portanto, prejudicados os argumentos do Fisco quanto à aplicabilidade deste tratado à CSLL, por força das disposições a seguir:

Portugal

"Protocolo

"1. Com referência ao Artigo 2", n" 1, alínea a), está compreendida a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), criada pela Lei n" 7.689, de 15 de dezembro de 1988."

Ecuador

"ARTIGO II

Impostos Visados

A presente Convenção aplica-se também aos impostos de natureza idêntica ou substancialmente análoga que acresçam aos impostos atuais ou os substituam. As autoridades competentes dos Estados Contratantes notificar-se-ão mutuamente de qualquer modificação significativa que tenha ocorrido em suas respectivas legislações tributárias"

No tocante à CSLL, embora esse tributo não seja expressamente mencionado no Tratado, é importante destacar que ele foi criado depois de sua assinatura, e como um substituto parcial do IRPJ. Além disso, a Lei nº 13.202/2015 incluiu um artigo que esclarece que os tratados contra a dupla tributação assinados pelo Brasil devem incluir a CSLL:

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.

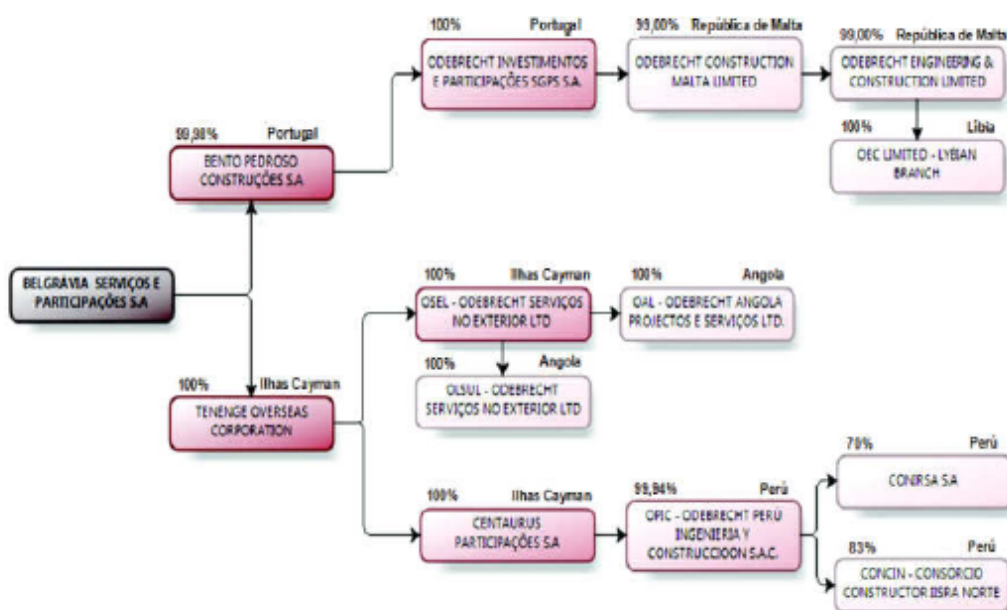
Então, sob a perspectiva brasileira, desde 09 de dezembro de 2015, o Tratado se aplica não apenas ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Física e da Pessoa Jurídica (“IRPF” e “IRPJ”) e ao Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”), mas também à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”).

COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR

A segunda infração versa sobre a compensação indevida de imposto de renda pago no exterior sob os seguintes argumentos: (i) falta de consolidação do imposto pago por controladas indiretas no balanços das controladas diretas; e (ii) falta de tributação no Brasil, do lucro correspondente aos impostos pagos no exterior, vez que absorvido por resultados negativos ao longo da cadeia societária.

Conforme TVF fls. 3176, a empresa Recorrente apresentou guias de recolhimento de impostos pagos no exterior por empresas sob controle indireto de suas controladas BPC e Tenenge Overseas Corporation (TOC) e pleiteou a compensação desses valores com o imposto devido no Brasil sobre o lucro no exterior (DOCs 18 a 29).

A fiscalização solicitou o organograma do grupo societário para entender as participações societárias das empresas acima (BCP e TOC). A Recorrente apresentou, conforme DOC 49, o organograma abaixo:



A fiscalização resumiu a pretensão da Recorrente conforme excertos a seguir (fls. 3177/3178):

Resumidamente pode-se dizer que com relação aos lucros auferidos pela Bento Pedroso, a fiscalizada pretende compensar o imposto recolhido pela própria em Portugal (DOC.19) e também o imposto de renda que teria sido pago em sucursal OEC LIMITED na Líbia (DOC.21), cuja matriz é domiciliada em Malta, que por sua vez é controlada pela sociedade Bento Pedroso, situada em Portugal, cujo controle pertence à fiscalizada.

Já com relação à Tenense Overseas Corporation - TOC, empresa domiciliada em país com tributação favorecida, foram anexadas guias de recolhimento de impostos em nome da OAL (DOC.23), controlada da OSEL que, por sua vez, é controlada pela TOC e guias em nome da própria OSEL (DOC.28 e 29), cujo pagamento foi atribuído à OLSUL, que nada mais é do que uma sucursal da OSEL. Também foram anexadas guias de recolhimento de impostos em nome da CONIRSA (DOC.22) e da CONCIN (DOC.20) que se constituem em consórcios de obras; dos quais a OPIC, controlada da empresa CENTAURUS que, por sua vez é controlada da TOC, possui a maior participação.

Desse modo, a fiscalização colacionou a legislação atinente a compensação pretendida pela Recorrente. Confira-se:

Instrução Normativa SRF nº 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.

(...)

§ 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.

(...)

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. (Grifei)

§ 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.

(...)

Compensação do imposto pago no exterior com o imposto de renda devido no Brasil

(...)

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.

(...)

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.

§ 1º Para efeito de compensação, considera-se imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada ou o relativo a rendimentos e ganhos de capital, o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem. (Grifei)

§ 2º O tributo pago no exterior, a ser compensado, será convertido em Reais tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem, fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data de seu efetivo pagamento.

§ 3º Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em Dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em Reais.

§ 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. (GRIFEI)

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

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

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

Compensação com a CSLL devida no Brasil

Art. 15. O saldo do tributo pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda e adicional devidos no Brasil, poderá ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição.

Com base nos dispositivos acima, a fiscalização entendeu que para haver a compensação dos valores recolhidos no exterior deve restar evidenciado o vínculo entre a sociedades investidora no Brasil com a controlada ou coligada no exterior.

Destacou ainda que o resultado da equivalência patrimonial das controladas e coligadas no exterior devem estar claramente evidenciados nas informações contábeis e fiscais da controladora no Brasil, de forma individualizada.

Ainda argumenta que os resultados de outras pessoas jurídicas, nas quais a controlada ou coligada no exterior tenha participação societária, serão consolidados no balanço das últimas para efeito de determinação do lucro real e a da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.

Conseqüentemente, a tributação incidente sobre os lucros no exterior deve abarcar os resultados do grupo empresarial como um todo, não obstante, para efeito de evidenciação, é necessária a individualização das entidades que o compõem, bem como da quantificação dos incrementos ou reduções de seus patrimônios em decorrência dos respectivos resultados econômicos.

Dessa forma, a fiscalização concluiu que os resultados das participações indiretas no exterior da investidora no Brasil devem ser consolidados, via Método de Equivalência Patrimonial (MEP), no resultado da controlada direta no exterior, no caso específico a BPC e a TOC.

Assim, para fins de compensação, deveria estariam consolidados nas referidas empresas, os tributos pagos pelas investidas indiretas em seus respectivos países, o que, conforme entendimento da fiscalização, não se verificou no caso da BCP.

Isso porque a fiscalização entendeu que os supostos pagamentos efetuados a título de *tax credit* no exterior carecia de requisito formal dos comprovantes apresentados.

Adicionalmente, a fiscalização argumentou que se ainda fosse possível a compensação dos tributos pagos pelas investidas indiretas não consolidados em sua controladora, seria analisar se os lucros dessas controladas indiretas no exterior foram efetivamente computados na determinação do lucro real no Brasil, o que não se verificou no caso da TOC. Segue o excerto da intimação fiscal nesse sentido:

No TIF nº 07 (DOC.47), a fiscalizada foi intimada a apresentar, dentre outros documentos, uma memória de cálculo que demonstrasse detalhadamente que o resultado da equivalência patrimonial da empresa que pagou o imposto alcançou integralmente o resultado da sua controladora e assim sucessivamente em cadeia até chegar na fiscalizada.

A fiscalizada apresentou sua resposta à intimação acompanhada de 52 documentos, dentre os quais destacamos as Demonstrações Financeiras Consolidadas de cada uma das empresas que compõem o Organograma transposto para a página 16 deste Termo e as Demonstrações de Resultado do Exercício Analíticas elaboradas pela fiscalizada.

Foram anexadas a este Termo duas planilhas, denominadas Anexo I e II, cujos valores utilizados relativos ao resultado da equivalência patrimonial e aos resultados próprios, já convertidos em reais, foram extraídos dos seguintes documentos apresentados pela fiscalizada:

- Demonstração Financeira da TOC – DOC.67 – fls: 349 e 354, onde constam a “renda líquida para o exercício” e o resultado da equivalência patrimonial (item 4 - Investimentos);
- Demonstração Financeira da OSEL – DOC.71 – fls: 4 e 15, onde constam o Lucro Líquido do Exercício e o resultado da equivalência patrimonial (item 5 - Investimentos);
- Demonstração Financeira da OAL – DOC.78 – fl: 2, onde consta o Resultado antes dos impostos;
- Demonstração Financeira da OLSUL – DOC.73 - fl: 2, onde consta o Resultado antes dos impostos;
- Balancete Analítico da CENTAURUS – DOC.83 – página 04, onde constam o resultado da equivalência patrimonial e o resultado líquido do exercício;
- Demonstração Financeira da OPIC – DOC.87 – fl: 4; onde consta o Resultado antes dos impostos;
- Demonstração de Resultados da CONIRSA S.A. – DOC.92 - fl: 4; onde consta o Resultado antes dos impostos;
- Demonstração de Resultados da CONCIN S.A. – DOC.97 - fl: 4; onde consta o Resultado antes dos impostos;

Analisaremos a planilha do Anexo II que traz o organograma de investimentos e resultados da TOC. Foram apresentadas guias de recolhimento de imposto em nome de três sociedades vinculadas à TOC: CONIRSA, CONCIN e OPIC.

Nos termos de seus Atos Constitutivos (DOCs 91 e 111), CONIRSA e CONCIN são consórcios, razão pela qual o lucro proporcional à participação da investidora nessas sociedades (R\$63.584.303,40) estaria incluído no próprio resultado operacional da OPIC de R\$78.117.185,77. Vê-se, entretanto, que do Lucro Contábil da OPIC de R\$64.061.210,12, apenas R\$29.330.645,93 foram levados por equivalência patrimonial para a sua empresa controladora, CENTAUROS.

A CENTAURUS é uma empresa não-operacional domiciliada nas Ilhas Cayman. Conforme evidenciam o seu Balanço Analítico (DOC.83) e a DRE elaborada (DOC.84), o seu lucro é formado exclusivamente pelo resultado da equivalência patrimonial de sua controlada direta OPIC, subtraído de seus resultados próprios negativos, no valor de R\$22.788.412,38. Assim, além de parte do lucro da OPIC já ter se perdido quando chega na CENTAUROS, o resultado da equivalência nesta é ainda reduzido por despesas de juros e despesas administrativas. Essas perdas podem ser bem visualizadas nos quadros V e VI do anexo II, no qual pode-se verificar que, dos R\$64.061.210,12 de lucro originários da OPIC, sobraram apenas R\$6.542.233,55 de lucro na Centauros.

Como se tudo isto não bastasse, o valor que chega na TOC, pelo MEP, elativo à CENTAURUS é novamente reduzido, passando de R\$6.542.233,55 para R\$6.541.688,40 (vide quadro I e V do anexo II). Constata-se então que o lucro contábil das sociedades que pagaram tributo foi se perdendo na cadeia, não chegando integralmente na TOC. Some-se a isto o fato de que o valor do lucro da Centauros que entrou por MEP na TOC foi reduzido por resultado negativo de equivalência patrimonial da empresa CNO (-35.673.705,00) e pelo resultado financeiro líquido negativo próprio da TOC (-37.709.168,40), de onde se conclui que o lucro da OPIC, que deu origem a imposto pago no exterior pleiteado pelo contribuinte para ser compensado no Brasil, foi integralmente consumido por resultados negativos de outras empresas do grupo.

Não há portanto como aceitar a compensação das guias pagas na CONIRSA e na CONCIN, uma vez que restou comprovado, conforme demonstrado na planilha Anexo II, que, na sistemática de consolidação de resultados prevista no § 6º, do art. 1º da IN SRF 213/2002, os lucros destas, reconhecidos dentro do resultado da OPIC, foram sendo sucessivamente reduzidos não chegando a alcançar o lucro real da Belgravia. Nesse aspecto, o § 7º do art. 14 da IN SRF 213/2002 é taxativo ao determinar que o tributo pago no exterior, passível de compensação, é sempre proporcional ao montante dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real.

A fiscalizada também pleiteou a compensação de guias de recolhimento de impostos pagas pela OAL (DOCs 23 a 26) e pela OLSUL (DOC.76), que nada mais são do que sucursais/filiais da própria OSEL, razão pela qual as guias atribuídas à OLSUL encontram-se recolhidas em nome da OSEL. Segundo explicações da fiscalizada, por se tratar de uma filial, os lucros da OLSUL são reconhecidos dentro da própria OSEL.

A sociedade OAL, a despeito de ter apurado prejuízo contábil em 2009, gerou um resultado positivo de equivalência patrimonial na sua investidora (OSEL) de R\$30.242.902,80. Este fato foi objeto de questionamento no item 5 do TIF nº 09. Em sua resposta (DOC.119), a fiscalizada esclareceu que houve grande oscilação

cambial durante o ano, o que pode resultar em significativa alteração no resultado da empresa variando de negativa para positiva.

Esse resultado de R\$ 30.242.902,80 da OAL foi, todavia, integralmente absorvido por resultados negativos de outras participações societárias (UNITED ODB e ATLANTIC), bem como por resultados negativos próprios da OSEL, no valor total de – R\$62.688.423,60 (prejuízo operacional, resultados financeiros negativos e outras despesas) – VIDE QUADRO II.

Com relação à OLSUL, cujo resultado está inserido no resultado próprio da OSEL, conforme esclareceu a resposta da contribuinte ao TIF nº 09 (DOC.119), constata-se que esta última gerou prejuízo operacional próprio de R\$62.688.423,60. Em outras palavras, verifica-se que o resultado da OLSUL não subiu para a TOC pela OSEL, porque não foi suficiente para gerar lucro próprio nesta última.

Ademais, verifica-se que, do Lucro Contábil da OSEL, de R\$306.176.090,40 (composto apenas por valores provenientes de outras participações societárias que não a OLSUL) apenas R\$269.892.358,37 foram reconhecidos pelo MEP na DRE da TOC.

Resta então comprovado, mais uma vez, que o lucro contábil apurado OLSUL e OAL, que pagaram os impostos, não pode alcançar o lucro real da Belgravia porque, na sistemática de consolidação de resultados prevista no §6º, do art. 1º da IN SRF nº 213/2002, foram consumidos por resultados negativos de outras empresas do grupo, o que inviabiliza a compensação dos impostos pagos pela OAL e OLSUL.

Assim, com base no exposto, com vistas a apuração dos tributos incidentes sobre lucros obtidos no exterior, a fiscalização procedeu conforme seqüência a seguir apresentada.

1) Considerou-se para efeito de cômputo no lucro real da controladora no Brasil o lucro líquido contábil das controladas no exterior apurados antes dos tributos incidentes sobre a renda, em conformidade com a Demonstração do Resultado apresentada nos países de origem.

2) Considerou-se para efeito de compensação do imposto pago no exterior com o imposto devido no Brasil o montante efetivamente devido no país de origem, apurado em conformidade com a respectiva regulamentação fiscal existente. Tal valor foi obtido com base nas informações apresentadas na Declaração de Rendimentos referente ao ano-calendário 2009.

Passemos à análise dos pontos levantados pela fiscalização de forma individualizada:

DA FALTA DE CONSOLIDAÇÃO DO IMPOSTO PAGO POR CONTROLADAS INDIRETAS NO BALANÇO DAS CONTROLADAS DIRETAS

Conforme visto, a fiscalização alegou que a Recorrente não poderia se utilizar do imposto pago no exterior, tendo em vista a falta de aspectos formais dos documentos que comprovam o imposto pago no exterior, apresentados em resposta ao Termo de Intimação nº 2.

Em sua defesa, a Recorrente entende que deve ser reconhecido o direito à compensação, pois não há obrigação de consolidação dos tributos pagos pelas controladas indiretas na contabilidade da controlada direta e, ainda que houvesse a referida obrigação, ela não estaria disposta em lei e o seu descumprimento “seria formal e, no máximo, poderia justificar a aplicação de multa por escrituração contábil, mas jamais o indeferimento do direito de crédito”;

Tal entendimento foi mantido pela decisão da DRJ, a qual entendeu que a inexistência da consolidação contábil exclui a possibilidade de compensação do *tax credit*.

Pois bem, a autoridade fiscal identificou falta de consolidação nas controladas diretas no exterior dos resultados das participações indiretas no exterior. No entanto, a consolidação dos resultados auferidos pela controlada indireta na controlada direta ocorreu por meio do MEP.

Nos termos do art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, o imposto de renda recolhido no exterior e que é passível de compensação é o incidente sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital computados no lucro real.

Com efeito, entendo que o MEP consiste em atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida, e no reconhecimento dos seus efeitos na demonstração do resultado do exercício. O valor do investimento, portanto, será determinado mediante a aplicação da porcentagem de participação no capital social, sobre o patrimônio líquido da sociedade controlada.

Neste sentido, os lucros apurados na empresa controlada são incorporados ao patrimônio líquido ao final do período e, através do MEP, devem refletir no Patrimônio Líquido da empresa controladora.

Dessa forma entendo que o termo consolidação presente no § 6º do art. 14 da IN SRF nº 213/02, significa demonstrar no balanço os resultados por outras sociedades ou entidades de que participa a pessoa jurídica controlada, ainda que esta participação seja indireta, refere-se a consolidação dos lucros, na proporção de participação detida no patrimônio da controladas, avaliado pelo MEP.

Assim, a norma apenas determina que os resultados deverão ser consolidados para fins fiscais de compensação, de modo que os resultados auferidos por coligadas e controladas da controlada direta no exterior deverão ser consolidados por esta último, que é controlada direta da empresa brasileira.

Portanto, o referido § 6º do art. 14 da referida IN determina que os resultados das controladas indiretas devem estar consolidados na direta, mediante consolidação vertical. Tanto os resultados da controlada indireta quanto os resultados das indiretas devem compor os resultados que a Recorrente auferiu no exterior, de modo a adicionar ao lucro real da brasileira.

Por sua vez, os tributos pagos no exterior deverão ser utilizados para a compensação do tributo a ser pago no Brasil, calculado sobre o lucro distribuído, pelo valor bruto, na proporção da participação da empresa brasileira.

Infere-se, portanto, que a Recorrente consolidou o resultado apurado via MEP das participações societárias das controladas/coligadas, destacando que as Demonstrações Financeiras das sociedades foram devidamente auditadas, estando em conformidade com as práticas contábeis, sem qualquer ressalva nesse ponto.

Desse modo, não prevalece o argumento da decisão no sentido de que os tributos deveriam ser consolidados contabilmente via equivalência patrimonial. Entendo, portanto, que o direito ao aproveitamento dos tributos pagos no exterior prescinde a ocorrência da consolidação contábil.

Ressalta-se ainda que o processo administrativo fiscal rege-se pelo princípio da verdade material, segundo o qual fatos inexistentes ou erros evidentes não devem prosperar em detrimento da verdade material, inobstante a presunção de veracidade relativa dos atos administrativos. Igualmente, em decorrência deste princípio, impõe-se sejam sanadas as falhas, omissões e enganos eventualmente cometidos.

DO LUCRO CORRESPONDENTE AOS IMPOSTOS PAGOS NO EXTERIOR NÃO TRIBUTADO NO BRASIL

Inicialmente cumpre destacar que o procedimento de compensação, conforme o art. 14 da IN SRF nº 2013, de 2002, implica em cálculos de compensações de eventuais prejuízos anteriores de cada controlada, na apuração do valor do imposto devido sobre o lucro de cada controlada e na compensação do que esta controlada pagou, apenas até o limite do respectivo imposto pago no exterior.

A fiscalização apontou que: "ainda que fosse possível a compensação de tributos pagos pelas investidas indiretas não consolidados em sua controladora", a autoridade fiscal reforçou o impedimento à compensação tendo em vista a redução sucessiva dos lucros das investidas indiretas, "não chegando a alcançar o lucro da Belgravia".

No entanto, conforme já antecipado, o crédito deve ser proporcional à participação detida pela empresa brasileira. Pois, como defende a Recorrente, a fiscalização não obedeceu a proporcionalização do imposto pago aos resultados oferecidos à tributação no Brasil. Vejamos o excerto trazidos pela Recorrente onde isto é evidenciado:

A norma regulamentar é clara. Como regra, não é permitida a consolidação de lucros e tributos pagos no exterior por diferentes sociedades nas quais a empresa brasileira detenha investimento. Segundo consta no parágrafo 4º acima transcrito, a compensação dar-se-á de forma individualizada por controlada, sendo vedada a consolidação.

Há porem duas exceções a tal regra. A primeira diz respeito os investimentos em sociedades situadas no mesmo país, hipótese em que o parágrafo 5º admite a consolidação expressa.

E a segunda exceção, na qual se encontra indiscutivelmente da recorrente, está prevista no parágrafo 6º do art. 14 acima transcrito. Quando se tratar de sociedades controladas indiretamente. (...)

Significa dizer, então que, na situação particular de controladas indiretas, é permitida a chamada consolidação horizontal. Ou seja, em tais situações, somam-se os resultados das controladas diretas e indiretas, assim como devem ser somados os tributos pagos. Em seguida, então, identifica-se o valor do lucro consolidado a ser

oferecido à tributação no Brasil e calculam-se os limites, com base nas regras previstas nos parágrafo 9º e seguintes do art. 14 da referida instrução fazendária.

Ora, foi exatamente este o procedimento adotado pela recorrente, razão pela qual deve ser cancelada a glosa fiscal, a qual contraria o comando expresso contido no art. 14 da Instrução Normativo SRF n. 213.

Com base nisso, a Recorrente demonstrou que, na TOC, consolidou a totalidade dos resultados apurados pelas controladas indiretas, conforme quadro abaixo:

Resultado consolidado TOC	Resultado líquido (reconhecido via MEP)	
	Em Dólar	Em Reais
TOC	155.003.000	269.891.224
Resultado próprio	(21.657.000)	(37.709.168)
OSEL	167.112.000	290.975.414
Resultado próprio (consolida OLSUL)	(44.733.000)	(77.889.100)
OAL (50%)	17.369.000	30.242.903
OOL	193.184.000	336.371.981
DJIBOUTI	1.305.000	2.272.266
OOG México	1.079.000	1.878.755
ATLANTIC CHARTER LLC	(621.000)	(1.081.285)
UNITED ODB LLC	(471.000)	(820.105)
CENTAURUS	3.757.000	6.541.688
Resultado próprio	(13.088.000)	(22.788.826)
OPIC (consolida CONCIN e CONIRSA)	16.845.000	29.330.514
OCII	21.810.000	37.975.572
CNO PANAMÁ	(20.488.000)	(35.673.706)
CPBO OVERSEAS	3.526.000	6.139.471
DJIBOUTI FREE ZONE	326.000	567.631
AUTO PISTA DEL CORAL	617.000	1.074.320

Igualmente, os tributos pagos por todas as controladas indiretas foram consolidados para fins de compensação, como indicam as planilhas anexas a este recurso (doc. 04 ao 08), resumidamente no quadro a seguir:

Tax Credit em Reais - Limite inciso I, § 10, art. 14 da IN SRF 213 /02	
Tax Credit	Valor em Reais
Tax Credit - OLSUL	15.165.455,75
Tax Credit - OAL	2.108.398,19
Tax Credit - OPIC (CONCIN e CONIRSA)	17.229.739,82
Tax Credit total consolidado na TOC	34.503.593,76

Dessa forma, a Recorrente concluiu que os limites para a compensação dos tributos pagos no exterior foram calculados com base na aplicação estrita das regras previstas na IN 213.

Adiante, a Recorrente afirma que os lucros auferidos pela OAL e pela OLSUL reconhecidos na OSEL, não obstante a última registrar prejuízos em suas atividades, ao considerar os resultados das suas investidas percebe um lucro líquido registrado de

aproximadamente 290 MM, que foi integralmente por equivalência patrimonial na TOC, conforme demonstrações financeiras da OSEL (doc 09)

Com relação a OSEL, a Recorrente aduz que a fiscalização incorreu em erro ao chegar à conclusão de que parte dos resultados da OSEL não teriam sido reconhecidos na TOC.

No entanto, tal assertiva não deve prosperar à medida que o resultado de equivalência patrimonial registrado pela TOC é aquele demonstrado pelo lucro líquido após os tributos, e não antes. Dessa maneira, chega à conclusão de que não existiu a "perda" alegada pela fiscalização. Senão vejamos:

OSEL – 31.12.2009	Em Dólar	Em Reais ²⁸
Lucro bruto	125.854.000,00	219.136.984,80
<i>Receita líquida</i>	188.423.000,00	328.082.127,60
<i>Custo dos serviços prestados</i>	(62.569.000,00)	(108.945.142,80)
Despesas administrativas	(144.977.000,00)	(252.433.952,40)
Prejuízo operacional antes dos investimentos e resultado financeiro	(19.123.000,00)	(33.296.967,60)
Participações em empresas controladas	211.845.000,00	368.864.514,00
<i>OOL - Odebrecht Overseas</i>	193.184.000,00	336.371.980,80
<i>Odebrecht Angola Projetos e Serviços - OAL</i>	17.369.000,00	30.242.902,80
<i>ODB DJIBOUTI Free Zone</i>	13.050.000,00	22.722.660,00
<i>Odebrecht Ingenieria y Constr. México</i>	10.790.000,00	18.787.548,00
<i>Atlantic Charter LLC</i>	(621.000,00)	(1.081.285,20)
<i>United ODB LLC</i>	(471.000,00)	(820.105,20)
Resultado financeiro	(16.448.000,00)	(28.639.257,60)
Receitas operacionais	176.274.000,00	306.928.288,80
Outras despesas	(432.000,00)	(752.198,40)

²⁸ À taxa de venda de 31.12.2009 conforme cotação do Banco Central do Brasil ("BACEN").

OSEL – 31.12.2009	Em Dólar	Em Reais ²⁸
Lucro antes dos tributos *utilizado pela fiscalização	175.842.000,00	306.176.090,40
Tributos incidentes	(8.730.000,00)	(15.200.676,00)
Lucro líquido *base para o MEP utilizado pela recorrente	167.112.000,00	290.975.414,40

Assim, no que tange aos resultados da OSEL, a análise da fiscalização está equivocada por:

- (i) na realidade, ter a OSEL apurado lucro, não tendo havido a integral absorção dos resultados positivos da OAL e da OSUL por um resultado negativo como pressupôs a fiscalização e
- (ii) não ter havido "perda" em relação ao lucro apurado pela OSEL e o reconhecido por equivalência patrimonial pela TOC, uma vez que para fins de equivalência, considera-se o lucro líquido e não o lucro líquido antes dos impostos.

No tocante à CONIRSA e CONCIN, reconhecidos na Centaurus, a Recorrente aponta novas falhas. A fiscalização entendeu que os resultados da sua controlada

OPIC, quando refletidos na Centaurus, teriam sido reduzidos, o que diminuiria o valor do "tax credit" referente aos pagamentos feitos pelas investidas indiretas em comento.

Assim, o TVF aponta uma "perda" de lucros ao comparar o "lucro contábil" da OPIC. Nesse ponto verifica-se que a fiscalização considerou como lucro contábil, sendo o lucro antes dos tributos, da participação nos lucros dos trabalhadores e antes do reconhecimento dos lucros do direito dos sócios minoritários.

OPIC - Odebrecht Peru Ingeniería y Construcción		
Saldos em 31 de dezembro de 2009	Em Soles	Em Reais ²⁹
Lucro antes dos tributos e participações *utilizado pela fiscalização	106.253.531,00	64.061.210,12
Participação dos trabalhadores	(6.063.889,00)	(3.655.973,25)
Imposto de renda	(34.564.164,00)	(20.839.045,55)
Lucro antes das participações dos minoritários	65.625.478,00	39.566.191,32
Lucros dos minoritários	(16.014.565,00)	(9.655.325,37)
Lucro líquido do exercício	49.610.913,00	29.910.865,95
Ajuste de variação cambial na conversão do balanço	(962.367,48)	(580.220,016)
Lucro líquido ajustado *base para o MEP utilizado pela recorrente	48.648.545,52	29.330.645,93

Desse modo a Recorrente conclui que:

Muito embora a OPIC e a Centaurus tenham registrado despesas próprias que diminuiriam o lucro reconhecido da CONIRSA e CONCIN, esses resultados negativos não foram suficientes para consumir todo lucro transmitido por elas, eis que, ao final, foi apurado um resultado positivo, reconhecido pela TOC no valor de R\$ 6.542.233,55. O que significa dizer que, no pior cenário, os tributos pagos pela CONIRSA e CONCIN deveriam poder ser compensados na proporção desse resultado.

Nem esse cálculo foi feito pela fiscalização, o que revela a precariedade do trabalho fiscal, tal como demonstrado preliminarmente neste recurso.

A recorrente não admite a proporcionalização pretendida pelo Fisco, isto é, não aceita no presente que se vincule o "tax credit" ao montante do lucro das controladas indiretas que repercute especificamente na controladora brasileira, eis que tal entendimento é contrário à sistemática prevista na própria Instrução Normativa SRF n. 213, que admite a chamada consolidação vertical na TOC, controlada direta da recorrente. Mas ainda que fosse correto o entendimento do Fisco, ao menos deveriam ter sido reconhecidos os créditos na devida proporção.

Portanto, a norma legal (§ 6º do art. 14 da IN 213) permite que os resultados das controladas indiretas devem estar consolidados na direta, mediante consolidação vertical. Tanto os resultados da controlada indireta quanto os resultados das indiretas devem compor os resultados que a Recorrente auferiu no exterior, de modo a adicionar ao lucro real da brasileira.

Desse modo, não deve prevalecer o cálculo efetuado pela fiscalização.

DA COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO REFERENTE AOS LUCROS DA BPC E SUAS INVESTIDAS

A fiscalização glosou parte da compensação do imposto pago pela Bento Pedroso sob o argumento de que a "tributação autônoma" possui a natureza de taxa e, portanto,

incidiria sobre encargos do sujeito passivo. Dessa forma, arguiu que a Recorrente não teria cumprido o requisito do primeiro parágrafo do art. 14 da IN 213. Confira-se:

§1º Para efeito de compensação, considera-se imposto de renda no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada ou relativo a rendimentos e ganhos de capital, tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser de ser este de competência da unidade da federação do país de origem

A Recorrente destaca o equívoco da fiscalização quanto a "Tributação Autônoma", regulamentada pelo art. 88 do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (CIRC), uma vez que este equivale ao RIR/99 brasileiro. Adiante informa que seria um mecanismo utilizado para evitar a erosão do lucro tributável pelo imposto de renda mediante a dedução de certas despesas não documentadas e não relativas a atividade empresarial, possuindo a natureza de imposto sobre a renda.

Nesse sentido, colacionou um excerto da decisão do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD) no processo n. 80/2014-T de 30.06.2014:

"Actualmente são vários os tipos de tributações autónomas que encontramos no artigo 88.º do Código do IRC:
i) *Tributação autónoma sobre despesas não documentadas;*
ii) *Tributação autónoma sobre encargos com viaturas;*
iii) *Tributação autónoma sobre despesas de representação;*
iv) *Tributação autónoma sobre importâncias pagas ou devidas, a qualquer título, a pessoas singulares ou colectivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável;*
v) *Tributação autónoma sobre despesas com ajudas de custo e com compensações pela deslocação de trabalhadores em viatura própria ao serviço da entidade patronal;*
vi) *Tributação autónoma sobre os lucros distribuídos por entidades sujeitas a IRC a sujeitos passivos que beneficiam de isenção total ou parcial;*
vii) *Tributação autónoma sobre gastos ou encargos relativos a indemnizações ou quaisquer compensações devidas não relacionadas com a concretização de objectivos de produtividade previamente definidos na relação contratual, quando se verifique a cessação de funções de gestor, administrador ou gerente, bem como sobre os gastos relativos à parte que exceda o valor das remunerações que seriam auferidas pelo exercício daqueles cargos até ao final do contrato, quando se trate de rescisão de um contrato antes do termo;*
viii) *Tributação autónoma sobre gastos ou encargos relativos a bónus e outras remunerações variáveis pagas a gestores, administradores ou gerentes.*

Da análise deste elenco podemos retirar duas ilações de princípio:

(i) A primeira é a de que as tributações autónomas incidem quer sobre encargos dedutíveis, quer sobre encargos não dedutíveis;
(ii) A segunda é a de que as tributações autónomas não servem apenas um objectivo, mas sim dois:

- *Umam visam evitar a erosão da base tributável em sede de IRC, fazendo incidir tributação sobre encargos que podem ser deduzidos pelos sujeitos passivos de IRC, mas que, sendo-o, se transformam num agravamento da tributação, pretendendo, portanto, servir como desincentivo à despesa com tais encargos;*
- *Outras visam penalizar comportamentos presuntivamente evasivos ou fraudulentos.*

(...)

Na verdade, estamos, em ambos os casos, perante um mecanismo cujo objectivo último é o de contribuir para a "normalização" da tributação em sede de IRC, isto é, para o funcionamento deste imposto na sua forma mais pura e mais próxima das suas raízes de imposto sobre o lucro obtido pelas pessoas colectivas. Nesse sentido, as tributações autónomas não são mais do que mecanismos coadjuvantes do eixo central do IRC, que é o de tributar lucros permitindo a dedução das despesas em que os sujeitos passivos têm que incorrer com vista à realização dos rendimentos tributáveis.

Trata-se, assim, de não mais do que um mecanismo de tributação indirecta do rendimento, que visa prevenir a perda de receita fiscal por evasão fiscal ou por confusão das esferas empresariais e privadas.

(...)

No mesmo sentido vão as palavras de Saldanha Sanches quando afirma que "Neste tipo de tributação [autónoma], o legislador procura responder à questão reconhecidamente difícil do regime fiscal que se encontra na zona de intersecção da esfera pessoal e da esfera empresarial, de modo a evitar remunerações em espécie mais atraentes por razões exclusivamente fiscais ou a distribuição oculta de lucros." (cf. "Manual de Direito Fiscal", 3ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 406).

Face ao exposto, embora se reconheça que o regime das tributações autónomas constitui, no quadro do IRC, um regime especial quanto à forma de apuramento da tributação, isso não o afasta da sua natureza intrínseca de regime de tributação do rendimento das pessoas colectivas." (g.n.)

Com base no exposto acima, a Recorrente informou que a expressão "taxa" possui em Portugal a significação de alíquota. Com efeito, ao tratar da taxa de Tributação Autônoma, não está se definindo a espécie tributária, mas sim se referido à alíquota do tributo.

Tal argumentação se evidencia por meio da leitura do art. 87 do CIRC que define a alíquota geral do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas - IRC, *in verbis*:

"Artigo 87.º Taxas 1 - A taxa do IRC é de 21 %, exceto nos casos previstos nos números seguintes. (Redação da Lei n.º 82-B/2014 - 31/12)"

Desse modo, entendo que a Recorrente demonstrou que o pagamento da Tributação Autônoma está em consonância aos requisitos legais do "tax credit", podendo ser compensado no Brasil.

DA INDEVIDA GLOSA DE PREJUÍZOS NA TOC

A fiscalização apurou a infração em relação a não adição na base de cálculo do lucro apurado no exterior com relação à TOC, no valor R\$ 18.569.946,06 em virtude de prejuízos registrados anteriormente.

Segundo a Recorrente o prejuízo acumulado a ser deduzido seria de US\$ 135.834.593,00 em vez de US\$ 126.380.835,00 que acumulava lucros anteriores ao de 1996, de tal sorte que não poderia ser utilizado para deduzir o lucro apurado em 2009. Destacou o comando do art. 4º, §3º, da IN SRF 213/2002.

Informou que o prejuízo acumulado a ser deduzido necessita ser computado anualmente, considerando a soma dos resultados positivos e negativos apurados após 1996, o que resulta no valor de 135.834.593,00, conforme demonstra tabela abaixo, disponibilizadas à fiscalização conforme TIF nº 3:

Ano	Resultado USD	Prejuízo Acumulado USD	Doc.
1996	(9.403.758)	(9.403.758)	11
1997	(28.810.404)	(38.214.162)	12
1998	(35.659.740)	(73.873.902)	12
1999	(34.415.979)	(108.289.881)	13
2000	(63.552.963)	(171.842.844)	14
2001	(42.961.056)	(214.803.899)	15
2002	(37.812.554)	(252.616.453)	15
2003	(10.599.811)	(263.216.264)	16
2004	(9.207.017)	(272.423.281)	16
2005	41.367.445	(231.055.836)	17
2006	(20.866.757)	(251.922.593)	18
2007	61.011.000	(190.911.593)	19
2008	55.077.000	(135.834.593)	19

Isso porque as disposições contidas nos arts. 25 e 26 da Lei n. 9249 e alterações, determinaram o tratamento fiscal aos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos somente a partir de 1.1.1996.

Assim, os resultados obtidos no exterior são tributáveis no Brasil somente quando gerados a partir de 1996, sendo igualmente permitida a sua absorção por prejuízos, desde que formados no mesmo ano.

Pois bem, infere-se que, no caso da TOC, a conta de prejuízo acumulados registrados nas Demonstrações Financeiras de 2009, que apresentava um saldo de US\$ 126.380.835,00, não poderia ser utilizado para deduzir o lucro apurado em 2009.

A matéria foi alvo do termo de intimação fiscal nº 0003 (fls. 640). Em resposta, a fiscalizada apresentou os relatórios financeiros com tradução juramentada das fls. 733/743 e outros em língua inglesa (fls. 744/780).

Assim, com base no comando do art. 4º, §3º, da IN SRF 213/2002, bem como pelas alegações trazidas pela Recorrente, entendo que não há elementos suficientes para subsistir a glosa nesse tocante.

DA NÃO TRIBUTAÇÃO DE RESULTADOS DECORRENTES DE VARIAÇÃO CAMBIAL

Com relação a parcela dos lucros disponibilizados no Brasil referente a controlada TOC relativa a variação cambiais refletidas via MEP, a Recorrente entende que não deve ser tributada, conforme entendimento pacífico da jurisprudência. A exemplo:

"Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ Ano-calendário: 2002 Equivalência Patrimonial. Investimento no Exterior. Variação Cambial. A variação cambial ativa resultante de investimento no exterior avaliado pelo método da equivalência patrimonial não é tributável Lucros Auferidos no Exterior. Taxa de Conversão Os lucros auferidos no exterior por filial, sucursal, controlada ou coligada serão convertidos em reais pela taxa de câmbio, para venda, do dia das demonstrações financeiras em que tenham sido apurados tais lucros, inclusive a partir da vigência da MP nº 2.158-35, de 2001.(Súmula CARF nº 94). Tributação Reflexa. CSLL. O entendimento adotado nos respectivos lançamentos reflexos acompanha o decidido acerca da exigência matriz, em virtude da íntima relação de causa e efeito que os vincula." (g.n.)

Com efeito, demonstrou que parte dos resultados da TOC é proveniente de resultados da OSEL, que por sua vez, reconheceu resultados na OAL. De tal modo que o resultados dessa última decorrem exclusivamente de variação cambial em virtude da variação da moeda local de Angola para o dólar. Destacando que:

Realmente, como atestado pela própria fiscalização, a OAL apurou prejuízo operacional no período de 2009 no valor de R\$ (-) 2.842.048,48, mas em virtude da desvalorização do Kwanza no período, esse prejuízo se convolou em lucro, no valor de R\$ 30.242.902,80, o qual foi sendo refletido via MEP nas controladoras até atingir a TOC e depois a Belgrávia, quando foi oferecido à tributação.

O TFV que acompanha os autos de infração reconhece que o resultado positivo da OAL, registrado na OSEL, trata-se de mero efeito de variação cambial, no entanto, conclui que "o resultado da OAL teria sido integralmente absorvido por resultados negativos de outras participações societárias (United ODB e ATLANTIC), bem como por resultados negativos próprios da OSEL" e não teria, portanto, sido oferecido à tributação no Brasil. Posição repisada pelo acórdão recorrido.

Ora, a conclusão acima é incompreensível. Por óbvio que ao computar um resultado positivo no balanço da OSEL, via MEP, a variação cambial dos resultados da OAL influenciaram o lucro final da OSEL, que foi refletido, posteriormente na TOC, e, ao final, na Recorrente. Não fosse a variação cambial dos resultados da OAL, reconhecida na OSEL, o

lucro final dessa última seria de R\$ 260.732.511,60, e não R\$ 290.975.414,40. Ao passo que o lucro da TOC, reconhecido na recorrente, seria de R\$ 241.913.622,06, e não R\$ 272.156.524,86.

Como visto anteriormente, o art. 7º da Instrução Normativa SRF n. 213, ao tratar da tributação do resultado positivo do MEP, apenas pode alcançar a parcela correspondente ao lucro. Isso deflui não apenas da interpretação sistemática da própria instrução normativa, mas também da sua interpretação conforme a legislação ordinária em vigor.

Desse modo, entendo que não caberia fundamentar a autuação na IN SRF nº 213/02, sob pena de se pretender tributar outras grandezas refletidas via MEP que com lucro não se confundem.

Isto posto, a equivalência patrimonial consiste em atualizar o valor contábil ao valor equivalente à participação da investidora no patrimônio líquido da investida, bem como o reconhecimento dos seus efeitos na demonstração do resultado do exercício.

Assim a variação cambial, não se trata de lucro, de modo que não deve ser tributado a luz do art. 7º, § 1º, da IN/SRF nº 213/2002.

DOS JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

O contribuinte pugna pela não incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício, conforme fls. 3538/3540.

O art. 161 do CTN, cumulado com o art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96, constituem os fundamentos sobre os quais se exigem os juros de mora sobre a multa de ofício. Os referidos dispositivos encontram-se adiante transcritos:

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 (...)

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 subsequente 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 subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Da leitura atenta dos dispositivos acima transcritos, denota-se que a taxa SELIC deve ser aplicada "sobre os débitos a que se refere este artigo". Por seu turno, o caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 dispõe sobre "débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal".

Não há, portanto, qualquer dispositivo legal que permita a incidência de juros de mora sobre as multas de ofício. Note-se que a multa de ofício é uma punição imposta ao

contribuinte pelo descumprimento do dever legal de pagar o tributo, isto implica dizer que esta penalidade não é um débito decorrente de tributos e contribuições federais.

Nesse sentido, o professor Luciana Amaro explica que:

"No campo das sanções administrativas pecuniárias (multas), é preciso não confundir (como faz, frequentemente, o próprio legislador) a proteção ao interesse da arrecadação (bem jurídico tutelado) com o objetivo de arrecadação por meio de multa. Noutras palavras, a sanção deve ser estabelecida para estimular o cumprimento da obrigação tributária; se o devedor tentar fugir ao seu dever, o gravame adicional representado pela multa que lhe é imposta se justifica, desde que graduado segundo a gravidade da infração. Se se tratar de obrigação acessória, a multa igualmente se justifica (pelo perigo que o descumprimento da obrigação acessória provoca para a arrecadação de tributos), mas a multa não pode ser transformada em instrumento de arrecadação; pelo contrário, deve-se graduá-la em função da gravidade da infração, vale dizer, da gravidade do dano ou da ameaça que a infração representa para a arrecadação" (Direito Tributário Brasileiro, São Paulo. Editora Saraiva, 2006, p. 439/440).

Dessa forma, verifica-se que a multa não tem a finalidade arrecadatória, apenas visa desestimular o comportamento ilícito, enquanto que o tributo é fruto da realização do fato lícito, que tem por objetivo a produção da receita pública.

Julgo, por conseguinte, procedente o pedido do contribuinte no que se refere à não incidência dos juros sobre a multa de ofício decorrente do descumprimento da obrigação principal tributária, devendo ser dado provimento ao recurso voluntário em relação a esta questão.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário para, no mérito, dar-lhe total provimento, cancelando-se, integralmente, o auto de infração em referência.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro

Voto Vencedor

Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Redator Designado.

Em que pesem os brilhantes argumentos do i. Conselheiro Relator, ousou discordar de seu voto em três pontos, a saber: (i) quanto à tributação da parcela de lucros da Recorrente auferida por meio de suas controladas situadas em países que não são paraísos fiscais e com os quais o Brasil possui acordos para evitar a dupla tributação dos lucros; (ii) quanto à não exclusão da base de cálculo das variações cambiais de controlada indireta (iii) quanto à incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

PARCELA DE LUCROS AUFERIDOS PELA RECORRENTE POR MEIO DE SUAS CONTROLADAS SITUADAS EM PAÍSES QUE NÃO SÃO PARAÍSOIS FISCAIS E COM OS QUAIS O BRASIL POSSUI ACORDO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO DA RENDA

Para a Recorrente, a Fiscalização não poderia ter incluído na determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL os resultados auferidos por intermédio dessas controladas em relação às quais o Brasil possui acordos a fim de evitar a dupla tributação dos lucros.

Segundo seu entendimento, o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, violaria o art. 7º dos tratados em questão. Desse modo, ao aplicar o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, a Fiscalização estaria tributando os lucros das empresas situadas naqueles países - residentes no exterior -, e não os lucros da Recorrente – residente no Brasil.

Entende, a Recorrente, portanto, que seria competência exclusiva daqueles países tributar os lucros auferidos pelas pessoas jurídicas lá residentes, nos termos previstos no art. 7º dos tratados, todos nos moldes do texto modelo aprovado e sugerido pela OCDE.

Pois bem, passo a analisar o tema.

O tema não é novo nesta Corte Administrativa. Em diversas ocasiões tive a oportunidade de me manifestar em situações praticamente idênticas.

A tributação em bases universais das pessoas jurídicas residentes no Brasil possui seu fundamento legal no artigo 25 da Lei nº 9.249/95, *verbis*:

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.

Depois de inúmeras controvérsias legislativas³, pacificou-se o entendimento de que esse dispositivo somente permitiria a tributação após os mencionados lucros,

³ Tais controvérsias surgiram com a transformação do conteúdo que constava na própria Lei nº 9.249/95, na IN/SRF nº 38/96 e na Lei nº 9.532/97, e já tinha como pano de fundo a tentativa de se tributar os lucros auferidos

rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serem disponibilizados à pessoa jurídica situada no Brasil.

Com o advento da Medida Provisória nº 2.158-35/01 duas significativas mudanças foram introduzidas: (i) no artigo 21 introduziu-se tal tributação à CSLL⁴; (ii) no artigo 74, determinou-se que a disponibilização se dará antes e independentemente de qualquer distribuição no caso de lucros auferidos por empresas controladas e coligadas da pessoa jurídica brasileira. Veja-se:

Art. 21. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sujeitam-se à incidência da CSLL, observadas as normas de tributação universal de que tratam os arts. 25 a 27 da Lei no 9.249, de 1995, os arts. 15 a 17 da Lei no 9.430, de 1996, e o art. 10 da Lei no 9.532, de 1997.

[...]

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.

A despeito das críticas sobre sua amplitude, atingindo também as empresas coligadas em descompasso com o padrão internacional, além de lucros auferidos em países sem tributação favorecida e rendas ativas, é importante ressaltar que esse artigo 74 vai ao encontro das regras instituídas em inúmeros países em sintonia com o fenômeno da transparência fiscal internacional⁵. A rigor, trata-se de normas antielisivas específicas que tem como escopo evitar o diferimento da tributação dos lucros de empresas qualificadas como *controlled foreign corporations* - CFC.

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

A adequação dessa determinação ao conceito constitucional de renda é uma decisão que deve ser levada a efeito por quem tem competência para isso, no caso, o Supremo Tribunal Federal STF, à luz dos princípios constitucionais envolvidos (igualdade, capacidade contributiva, etc.). E, como é de amplo conhecimento, o artigo 74 foi apreciado pelo STF, na ADI nº 2.588, restando decidida sua inconstitucionalidade apenas nos casos que tratam de

no exterior pelas *Controlled Foreign Corporations* – CFC – mediante o princípio da transparência fiscal. Cf. Luís Eduardo Schoueri, “Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior”. In: *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Vol 7. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 303 a 313.

⁴ Na verdade, esse dispositivo foi originalmente editado no artigo 19 da MP nº 1.856-6/99 e, depois, sendo reeditado, até que ficou definitivamente positivado no artigo 21 da MP nº 2.158-35/01.

⁵ Cf. João Francisco Bianco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 15 a 39.

lucros auferidos por coligadas não situadas em países com tributação favorecida. Não nos cabe aqui questionar a exatidão dessa decisão, mas, apenas, reconhecer sua aplicabilidade.

Nem se pode estranhar essa forma de tributação. Afinal, em várias situações a legislação do imposto de renda tributa algo que não é necessariamente renda. Basta ver as margens predeterminadas do controle dos preços de transferência. Aliás, as próprias adições e exclusões ao lucro líquido, que o legislador arbitrariamente elege para se chegar ao lucro real, não deixam de ser uma prova de que o lucro real é muito mais uma ficção do que uma renda ideal. Há de se ressaltar que o conceito de renda adotado no Brasil segue a teoria do acréscimo patrimonial definido numa amplitude global. Isso significa que se considera renda quaisquer fluxos monetários e demais benefícios (que possam também ser avaliados em termos monetários) que ingressem na esfera patrimonial da pessoa durante o período considerado. O que ocorre é que a lei, em situações nas quais o legislador sopesa a confluência de diversos princípios e interesses coletivos, deixa de tributar algumas categorias de renda. A bem da verdade, nem mesmo o lucro líquido contábil pode se enquadrar exatamente no conceito financeiro de renda da teoria do acréscimo patrimonial que inspirou os elaboradores do Código Tributário Nacional CTN na positivação do seu artigo 43⁶.

E não há nenhuma ofensa aos artigos 7 dos acordos destinados a evitar a dupla tributação quando se adota essa forma de incidência tributária. Veja-se o típico conteúdo desses dispositivos, conforme as Convenções-Modelo adotadas pela OCDE e pela ONU, nos termos reproduzidos para o vernáculo pelo acordo celebrado entre o Brasil e a Países Baixos⁷:

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 exerce suas atividades na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis àquele estabelecimento permanente.

Ora, a parte desses dispositivos que diz que “*os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado*” não pode ser entendida de maneira desvinculada da parte seguinte: “*a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado*”. Trata-se da forma que as Convenções-Modelo escolheram para dizer que o país da fonte só pode tributar o lucro do seu não residente se este exercer atividade neste país por intermédio de um estabelecimento permanente. Isso porque é possível que uma atividade seja exercida sem um grau de conexão tal com o país da fonte que seja capaz de qualificá-lo no escopo do conceito de estabelecimento permanente contido nos artigos 5º daquelas mesmas Convenções-Modelo. Ainda assim, existe a conexão e o país da fonte poderia querer exercer sua jurisdição no sentido de tributar os correspondentes lucros. A regra daqueles dispositivos impede, então, que o país da fonte exerça essa jurisdição.

Por outro lado, como bem frisado pela PGFN em contrarrazões e sustentações orais sobre o tema, os tratados firmados para evitar bitributação se tratam de regras de competência negativa, ou seja, os tratados servem para não tributar um não residente, e jamais não tributar um residente!

⁶ Cf. Ricardo Marozzi Gregorio. Preços de Transferência: Arm's Length e Praticabilidade. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 245.

⁷ Parágrafo 1 do Artigo 7 do Decreto nº 355, de 2 dezembro de 1991.

Por essas mesmas razões, não há porque se procurar nos tratados dispositivo que autorize determinado país a tributar seu residente, já que os mesmos somente se prestam a impossibilitar a tributação de um não residente, e nas hipóteses em que forem firmados pelos Estados Contratantes.

Há de se salientar, novamente, que a tributação da empresa brasileira, nos termos do art. 74 Medida Provisória nº 2.158-35/01, não diminui o resultado da empresa situada no exterior, uma vez que jamais se refletirá nas demonstrações contábeis e financeiras do não residente no Brasil.

Nesse mesmo sentido, em relação ao art. 7º das Convenções-Modelo, a OCDE é taxativa ao afirmar que normas CFC - como a prevista no art. 74 Medida Provisória nº 2.158-35/01 - não ofendem os tratados firmados, pois a tributação incidiria sobre o residente, e não sobre não residente.

Segundo a PGFN, os mais recentes posicionamentos da OCDE orientam, inclusive, que normas CFC não se apliquem somente a casos de abuso de tratado, mas que possuam hipóteses de incidência objetivas.

Corroborando o entendimento firmado até aqui, o i. Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão, no acórdão 9101-002.330, assevera que o “*entendimento pela não aplicação do art. 7º às normas CFC, embora objeto de alguma controvérsia, é corrente e aceito na doutrina internacional⁸ e nacional e pela jurisprudência de diversos países. A doutrina nacional, referindo-se à norma CFC brasileira, também tem posições no sentido da não afetação dos tratados, e.g., Marco Aurélio Greco, conforme se transcreve abaixo:*

*Para Marco Aurélio Greco, uma vez que o referido artigo 74 estabelece a tributação de uma variação positiva de patrimônio da empresa brasileira, não haveria base para se falar em bloqueio da tributação prevista neste dispositivo em função da aplicação do art. 7º das convenções internacionais assinadas pelo Brasil, já que, em nenhum momento, se estaria tributando lucros da empresa residente no outro país. Em sua visão, mesmo nos casos em que determinada convenção prevê a isenção dos dividendos pagos para residentes e domiciliados no Brasil, não estaria afastada a tributação do art. 74, uma vez que, como dito acima, seu entendimento é no sentido de que esta regra prevê a tributação de um acréscimo patrimonial ocorrido no Brasil e não do resultado ainda não distribuído pela empresa brasileira”.*⁹

Em relação à tese de que a redação utilizada no art. 7 das Convenções sobre Dupla Tributação existiria justamente para impedir sistemática de tributação como a do art. 74 da MP 2.158-35/2001, por outros fundamentos também discordo de tal exegese. Basta analisar a cronologia das normas em questão para se verificar a impossibilidade de tal raciocínio.

A redação do artigo 7 das convenções destinadas a evitar a dupla tributação foi elaborado para se impedir que sejam tributados na fonte receitas (“lucros” – *profits*)

⁸ Ver e.g., LANG, Michael. “CFC Regulations and Double Taxation Treaties”. Bulletin for International Fiscal Documentation. Vol 57:2, pp. 5158 (2003).

⁹ GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio Andre. Tributação Direta: Imposto sobre a Renda. In: UCKMAR, Victor et al. Manual de Direito Tributário Internacional. São Paulo: Dialética:2012, p. 407-408.

remetidas ao país de residência, sem que haja uma presença efetiva da empresa no outro país, a não ser que o rendimento seja abrangido nos outros itens específicos do tratado.

Logo, se houver um estabelecimento permanente (no que se remete ao art. 5º dessas convenções, que define os critérios para este fim), ou houver uma subsidiária ou controlada, os lucros também podem ser tributados pelo país em que eles são gerados.

Nesse sentido, novamente valho-me dos valorosos argumentos do i. Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão traçados no bojo do acórdão 9101-002.330: importa ressaltar que à época da proposta de redação do art. 7 (no início do século passado e depois na década de 1940 - modelos do México e Londres), não existiam normas CFC, tendo essas surgido somente na década de 1960, originalmente nos EUA. Portanto, cai por terra o argumento de que a redação do art. 7 dos acordos destinados a evitar a dupla tributação teria como objetivo impedir a aplicação das normas CFC.

Também não se pode, portanto, querer atribuir à expressão “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado” o sentido restritivo de impedir que um determinado país adote normas de transparência fiscal internacional. Esse, inclusive, é o entendimento esposado pela OCDE nos comentários de sua Convenção-Modelo. Nesse sentido, vide os seguintes excertos, conforme edição atualizada em 2010, com tradução livre:

Parágrafo 23 dos comentários ao artigo 1º:

23. A utilização de “companhias de base” [“base companies”, em inglês] também pode ser tratada através de normas sobre sociedades controladas no exterior [“Controlled Foreign Corporations/CFC”, em inglês]. Um número significativo de países membros e não membros tem adotado tal legislação. Conquanto o desenho desse tipo de legislação varie consideravelmente de país para país, um traço comum dessas regras, agora internacionalmente reconhecidas como um instrumento legítimo para proteger a base tributária local, é que elas resultam na tributação, por um Estado Contratante, de seus residentes relativamente à renda proveniente de sua participação em certas entidades estrangeiras. Argumentou-se algumas vezes, com base em certa interpretação de dispositivos da Convenção tais como o artigo 7º, parágrafo 1º, e o artigo 10, parágrafo 5º, que esse traço comum da legislação sobre sociedades controladas no exterior estaria em conflito com tais dispositivos. Pelos motivos expostos nos parágrafos 14 dos comentários ao artigo 7º e 37 dos comentários ao artigo 10, esta interpretação não está de acordo com o texto dos dispositivos. A interpretação também não se sustenta quando os dispositivos são lidos em seu contexto. Portanto, muito embora alguns países tenham considerado útil esclarecer expressamente, em suas convenções, que a legislação das sociedades controladas no exterior não está em conflito com a Convenção, tal esclarecimento não se faz necessário. Reconhece-se que a legislação das sociedades controladas no exterior estruturada dessa forma não é contrária aos dispositivos da Convenção.

Parágrafo 14 dos comentários ao artigo 7º:

14. O propósito do parágrafo 1º é traçar limites ao direito de um Estado Contratante tributar os lucros de empresas situadas em outro Estado Contratante. O parágrafo não limita o direito de um Estado Contratante tributar seus próprios residentes com base nos dispositivos relativos a

sociedades controladas no exterior encontrados em sua legislação interna, ainda que tal tributo, imposto a esses residentes, possa ser computado em relação à parte dos lucros de uma empresa residente em outro Estado Contratante atribuída à participação desses residentes nessa empresa. O tributo assim imposto por um Estado sobre seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado e não se pode dizer, portanto, que teve por objeto tais lucros (ver também o parágrafo 23 dos comentários ao artigo 1º e parágrafos 37 a 39 dos comentários ao artigo 10).

Outrossim, o recente relatório final divulgado no âmbito da Ação 3 do projeto *Base Erosion and Profit Shifting* BEPS, conduzido pela OCDE sob determinação de todos os países pertencentes ao chamado G20, tratou como renda "atribuída aos acionistas" (*attributed to shareholders*) a parcela tributada no país que impõe a norma CFC. Nesse sentido, embora alguns países já o façam, tendo em vista que algumas normas CFC só se aplicam a certos tipos de renda, recomenda que as regras de CFC incluam uma definição de rendimento de Companhias Controladas no Exterior e estabeleça uma lista não exaustiva de abordagens ou combinação de abordagens que as regras de CFC poderiam utilizar para tal definição¹⁰. Portanto, não se trata de tributar a renda da CFC, mas, sim, uma parcela atribuída na renda do acionista.

Por outro lado, também não se pode compreender a sistemática adotada pela lei brasileira como se estivesse tributando uma espécie de "dividendos presumidos".

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

Segundo, porque quando o dividendo é, de fato, distribuído, seguindo o método de alívio da bitributação jurídica utilizado pela maioria dos países, deve se dar o crédito do imposto retido pelo país da fonte. Porém, a legislação brasileira não faz exatamente isso. Como não houve, de fato, a distribuição do dividendo, não há imposto retido na fonte. Então, o que se possibilita é a compensação do imposto pago sobre o lucro pela empresa não residente. Vejam bem, não se trata de alívio da bitributação jurídica, mas, sim, da bitributação econômica através da compensação de parcelas do imposto apurado pela empresa residente (a brasileira), segundo os complicados critérios estabelecidos no artigo 14 da IN/SRF nº 213/02¹¹. E percebam que existe até a possibilidade de compensar aquele imposto do exterior com a CSLL devida pela empresa brasileira (artigo 15 da mesma IN)¹². Veja-se:

¹⁰ Conforme OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 Final Reports, pp 13 e 14. Disponível em: < <https://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-executive-summaries.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2017. Eis o texto em sua originalidade: "*Definition of income – Although some countries' existing CFC rules treat all the income of a CFC as "CFC income" that is attributed to shareholders in the parent jurisdiction, many CFC rules only apply to certain types of income. The report recommends that CFC rules include a definition of CFC income, and it sets out a non-exhaustive list of approaches or combination of approaches that CFC rules could use for such a definition*".

¹¹ Interpretação administrativa para os artigos 26 da Lei nº 9.249/95, 16, § 2º, da Lei nº 9.430/96, e 1º, § 4º, da Lei nº 9.532/97.

¹² Cujas base legal é o artigo 21, § único, da MP nº 2.158-35.

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

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

§ 1º Para efeito de compensação, considera-se imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada ou o relativo a rendimentos e ganhos de capital, o tributo que incida sobre lucros, independentemente da denominação oficial adotada e do fato de ser este de competência de unidade da federação do país de origem.

§ 2º O tributo pago no exterior, a ser compensado, será convertido em Reais tomando-se por base a taxa de câmbio da moeda do país de origem, fixada para venda, pelo Banco Central do Brasil, correspondente à data de seu efetivo pagamento.

§ 3º Caso a moeda do país de origem do tributo não tenha cotação no Brasil, o seu valor será convertido em Dólares dos Estados Unidos da América e, em seguida, em Reais.

§ 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.

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

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

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

§ 10. Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica, no Brasil, deverá calcular o valor:

I - do imposto pago no exterior, correspondente aos lucros de cada filial, sucursal, controlada ou coligada e aos rendimentos e ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real;

II - do imposto de renda e adicional devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

§ 11. Efetuados os cálculos na forma do § 10, o tributo pago no exterior, passível de compensação, não poderá exceder o valor determinado segundo o disposto em seu inciso I, nem à diferença positiva entre os valores calculados sobre o lucro real com e sem a inclusão dos referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital, referidos em seu inciso II.

§ 12. Observadas as normas deste artigo, a pessoa jurídica que tiver os lucros de filial, sucursal e controlada, no exterior, apurados por arbitramento, segundo o disposto nas normas específicas constantes desta Instrução Normativa, poderá compensar o tributo sobre a renda pago no país de domicílio da referida filial, sucursal ou controlada, cujos comprovantes de pagamento estejam em nome desta.

§ 13. A compensação dos tributos, na hipótese de cômputo de lucros, rendimentos ou ganhos de capital, auferidos no exterior, na determinação do lucro real, antes de seu pagamento no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada, poderá ser efetuada, desde que os comprovantes de pagamento sejam colocados à disposição da Secretaria da Receita Federal antes de encerrado o ano-calendário correspondente.

§ 14. Em qualquer hipótese, a pessoa jurídica no Brasil deverá colocar os documentos comprobatórios do tributo compensado à disposição da Secretaria da Receita Federal, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da compensação.

§ 15. O tributo pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendário subsequentes.

§ 16. Para efeito do disposto no § 15, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subsequentes e controlar o seu valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur).

§ 17. O cálculo referido no § 16 será efetuado mediante a multiplicação dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital computados no lucro real, considerados individualizadamente por filial, sucursal, coligada ou controlada, pela alíquota de quinze por cento, se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional, ou pela alíquota de vinte e cinco por cento, se exceder.

§ 18. Na hipótese de lucro real positivo, mas, em valor inferior ao total dos lucros, rendimentos e ganhos de capital nele computados, o tributo passível de compensação será determinado de conformidade com o disposto no § 17, tendo por base a diferença entre aquele total e o lucro real correspondente.

§ 19. *Caso o tributo pago no exterior seja inferior ao valor determinado na forma dos §§ 17 e 18, somente o valor pago poderá ser compensado.*

§ 20. *Em cada ano-calendário, a parcela do tributo que for compensada com o imposto de renda e adicional devidos no Brasil, ou com a CSLL, na hipótese do art. 15, deverá ser baixada da respectiva folha de controle no Lalur.*

COMPENSAÇÃO COM A CSLL DEVIDA NO BRASIL

Art. 15. O saldo do tributo pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda e adicional devidos no Brasil, poderá ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, até o valor devido em decorrência dessa adição.

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

É verdade que os parágrafos 38 e 39 dos comentários ao artigo 10 deixam aberta a possibilidade de uma determinada legislação CFC tratar ou não os rendimentos tributados na categoria dos dividendos. Apesar disso, o conteúdo desses parágrafos é claro quanto à chance de haver problemas na efetivação de benefícios concedidos no âmbito do acordo no caso de a legislação CFC tratar os rendimentos tributados na categoria dos dividendos. Veja-se tais comentários, conforme edição atualizada em 2010, com tradução livre:

Parágrafos 38 e 39 dos comentários ao artigo 10:

38. A aplicação de tal legislação ou regras [de acordo com o parágrafo precedente, trata-se da legislação CFC ou de regras com efeitos similares] pode, porém, complicar a aplicação do artigo 23. Se a renda [da CFC] fosse atribuída ao contribuinte, cada item dessa renda teria que ser tratada na conformidade das provisões relevantes da Convenção (lucros de empresas, juros, royalties). Se é tratada como um dividendo presumido, então, ele é claramente derivado da companhia de base [a CFC], constituindo renda do país daquela companhia. Mesmo assim, não está claro se a renda deve ser tratada como um dividendo (artigo 10) ou como rendimentos não expressamente mencionados (artigo 21). Sob algumas dessas legislações ou regras, a renda tributável é tratada como um dividendo, com o resultado de que uma isenção concedida por uma convenção, por exemplo, uma isenção de uma filial, seja também estendida ao contribuinte. É questionável se a Convenção requer que isso seja feito. Se o país de residência considera que esse não é o caso, pode se alegar que ele está obstruindo a normal operação da isenção de uma filial mediante tributação do dividendo (na forma de "dividendo presumido") antecipadamente.

39. Aonde os dividendos são realmente distribuídos pela companhia de base [a CFC], as provisões da convenção bilateral têm que ser normalmente aplicadas porque há renda de dividendos dentro do escopo da convenção. Assim, o país da companhia de base pode submeter o dividendo a uma tributação na fonte. O país da residência do controlador aplicará os métodos normais de eliminação da bitributação (isto é, o método do crédito ou da isenção). Isso implica que o

tributo retido deve ser creditado no país de residência do controlador, mesmo que o lucro distribuído (o dividendo) tenha sido tributado anos antes no âmbito da legislação CFC ou outras regras com efeitos similares. No entanto, a obrigação de dar o crédito nesse caso permanece questionável. Geralmente tal dividendo é isento da tributação (uma vez que ele já foi tributado no âmbito daquela legislação ou regras) e poderia ser arguido que não há base para o crédito do tributo retido. Por outro lado, o propósito do tratado seria frustrado se esse crédito pudesse ser evitado via simples antecipação da tributação pela oposição da citada legislação. O princípio geral estabelecido acima sugere que o crédito deveria ser concedido mesmo que os detalhes possam depender de technicalidades da citada legislação ou regras e do sistema de crédito dos tributos no exterior contra os tributos domésticos (por exemplo, tempo decorrido desde a tributação dos "dividendos presumidos"). Porém, os contribuintes que tenham recorrido a arranjos artificiais estão assumindo riscos que não estão completamente sob a salvaguarda das autoridades tributárias.

Nada obstante a existência dessa possibilidade, como já se disse, não parece que a lei brasileira tenha seguido esse difícil caminho.

Registre-se, contudo, que a matéria sofrerá profundas alterações para os fatos geradores futuros por obra do conteúdo introduzido pela Lei nº 12.973/14.

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

Tal entendimento, sublinhe-se, é o mesmo adotado pela RFB oficialmente em por meio da Solução de Consulta Interna Cosit nº 18, de 08 de agosto de 2013, cuja ementa recebeu a seguinte redação:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS COLIGADAS OU CONTROLADAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR

A aplicação do disposto no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, não viola os tratados internacionais para evitar a dupla tributação. Dispositivos Legais: art. 98 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, arts 25 e 26 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, arts. 21 e 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e Artigo 7 da Convenção-Modelo da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Convém transcrever as conclusões de tal ato:

34. Em face do exposto, conclui-se que a aplicação do disposto no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, não viola os tratados internacionais para evitar a dupla tributação pelas seguintes razões:

34.1. a norma interna incide sobre o contribuinte brasileiro, inexistindo qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros;

34.2. o Brasil não está tributando os lucros da sociedade domiciliada no exterior, mas sim os lucros auferidos pelos próprios sócios brasileiros; e

34.3. a legislação brasileira permite à empresa investidora no Brasil o direito de compensar o imposto pago no exterior, ficando, assim, eliminada a dupla tributação, independentemente da existência de tratado.

De igual forma, recentemente o próprio CARF vem adotando tal entendimento, chamando atenção a decisão prolatada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais na sessão de 04 de maio de 2016 (Acórdão 9101-002.330), em brilhante voto vencedor do i. Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão em que são rebatidos todos os argumentos usualmente utilizados pelos que defendem tese contrária à exposta no presente voto.

Portanto, não assiste razão à Recorrente. Inexiste ofensa aos acordos firmados, seja pelo artigo 7, seja pelo artigo 23, parágrafo 4 (o qual isenta os dividendos tributáveis nos outros Estados contratantes recebidos por residentes brasileiros).

Desse modo, entendo não haver qualquer óbice em relação à aplicação do disposto no art. 74 da MP 2.158-35/01 e não aplicação dos tratados para evitar bitributação.

NÃO EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DAS VARIAÇÕES CAMBIAIS DE CONTROLADA INDIRETA

Em relação à exclusão das variações cambiais, já me manifestei no sentido de que não devem ser computadas no resultado de equivalência patrimonial, ou seja, não deverão ser computadas na apuração do lucro real da investidora brasileira.

Contudo, em todas as hipóteses eu me referia à variação cambial relativa às controladas diretas, jamais analisando a hipótese de exclusão de variação cambial de controladas indiretas.

Com a devida vênia, se o voto do i. Conselheiro Relator consignou que, para fins de compensação de imposto pago no exterior, “que os resultados deverão ser consolidados para fins fiscais de compensação, de modo que os resultados auferidos por coligadas e controladas da controlada direta no exterior deverão ser consolidados por esta último, que é controlada direta da empresa brasileira” e que “o referido § 6º do art. 14 da referida IN determina que os resultados das controladas indiretas devem estar consolidados na direta, mediante consolidação vertical”, não faria sentido algum a exclusão das variações cambiais das controladas indiretas do valor a computado no lucro real da Recorrente, pois há de se consolidar verticalmente, na controlada direta, os resultados das controladas indiretas, e somente então aplicar-se a equivalência patrimonial para fins de apuração do valor a ser

computado no lucro real da investidora brasileira, obviamente excluindo-se as grandezas que não se referem a lucros, entre elas, a variação cambial relativa a essa controlada direta.

Ora, se o valor a ser consolidado na controlada indireta tivesse que sofrer expurgos relativos a cada uma das controladas indiretas, não haveria como se admitir a mera consolidação dos impostos pagos por essas controladoras indiretas.

Como acompanhei o voto do relator no sentido de ser possível a consolidação vertical na controladora direta dos impostos pagos pelas controladas indiretas, sem qualquer expurgo, para guardar coerência, o mesmo procedimento deve ser aplicado para fins da consolidação vertical dos resultados das controladas indiretas: se houver variação cambial a ser consolidada na controlada direta (relativa aos resultados das controladas indiretas da Recorrente), essa não deve ser excluída do valor que deve compor a apuração do lucro real da investidora brasileira, pois a única variação cambial passível de exclusão é a relativa à participação na controladora direta.

DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Abstraindo-se de argumentos finalísticos, como o enriquecimento ilícito do Estado, os quais fogem à alçada deste tribunal administrativo, conforme determina a Súmula CARF nº 2, expõe-se os fundamentos considerados suficientes para justificar a cobrança nos presentes autos, com espelho no acórdão nº 9101-00539, de 11/03/2010, de lavra da Conselheira Viviane Vidal Wagner:

O conceito de crédito tributário, nos termos do art. 139 do CTN, comporta tanto tributo quanto penalidade pecuniária.

Uma interpretação literal e restritiva do caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96, que regula os acréscimos moratórios sobre débitos decorrentes de tributos e contribuições, pode levar à equivocada conclusão de que estaria excluída desses débitos a multa de ofício.

Contudo, uma norma não deve ser interpretada isoladamente, especialmente dentro do sistema tributário nacional.

No dizer do jurista Juarez Freitas (2002, p.70), "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do direito". Merece transcrição a continuidade do seu raciocínio:

"Não se deve considerar a interpretação sistemática como simples instrumento de interpretação jurídica. É a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos nos plexos dos demais enunciados ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar,

com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação." (A interpretação sistemática do direito, 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74).

Daí, por certo, decorrerá uma conclusão lógica, já que interpretar sistematicamente implica excluir qualquer solução interpretativa que resulte logicamente contraditória com alguma norma do sistema.

O art. 161 do CTN não distingue a natureza do crédito tributário sobre o qual deve incidir os juros de mora, ao dispor que o crédito tributário não pago integralmente no seu vencimento é acrescido de juros de mora, independentemente dos motivos do inadimplemento.

Nesse sentido, no sistema tributário nacional, a definição de crédito tributário há de ser uniforme.

De acordo com a definição de Hugo de Brito Machado (2009, p.172), o crédito tributário "é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)."

A obrigação tributária principal referente à multa de ofício, a partir do lançamento, converte-se em crédito tributário, consoante previsão do art. 113, §1º, do CTN:

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 tributário dela decorrente. (destacou-se)

A obrigação principal surge, assim, com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, o que inclui a multa de ofício proporcional.

A multa de ofício é prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, e é exigida "juntamente com o imposto, quando não houver sido anteriormente pago" (§1º).

Assim, no momento do lançamento, ao tributo agrega-se a multa de ofício, tornando-se ambos obrigação de natureza pecuniária, ou seja, principal.

A penalidade pecuniária, representada no presente caso pela multa de ofício, tem natureza punitiva, incidindo sobre o montante não pago do tributo devido, constatado após ação fiscalizatória do Estado.

Os juros moratórios, por sua vez, não se tratam de penalidade e têm natureza indenizatória, , compensarem o atraso na entrada dos recursos que seriam de direito da União.

A própria lei em comento traz expressa regra sobre a incidência de juros sobre a multa isolada.

Eventual alegação de incompatibilidade entre os institutos é de ser afastada pela previsão contida na própria Lei nº 9.430/96 quanto à incidência de juros de mora sobre a multa exigida isoladamente. O parágrafo único do art. 43 da Lei nº 9.430/96 estabeleceu expressamente que sobre o crédito tributário constituído na forma do caput incidem juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, ao se referir a débitos decorrentes de tributos e contribuições, alcança os débitos em geral relacionados com esses tributos e contribuições e não apenas os relativos ao principal, entendimento, dizia então, reforçado pelo fato de o art. 43 da mesma lei prescrever expressamente a incidência de juros sobre a multa exigida isoladamente.

Nesse sentido, o disposto no §3º do art. 950 do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (RIR/99) exclui a equivocada interpretação de que a multa de mora prevista no caput do art. 61 da Lei nº 9.430/96 poderia ser aplicada concomitantemente com a multa de ofício.

Art.950. Os débitos 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 (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61).

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do imposto até o dia em que ocorrer o seu pagamento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §1º).

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento (Lei nº 9.430, de 1996, art. 61, §2º).

§3º A multa de mora prevista neste artigo não será aplicada quando o valor do imposto já tenha servido de base para a aplicação da multa decorrente de lançamento de ofício.

A partir do trigésimo primeiro dia do lançamento, caso não pago, o montante do crédito tributário constituído pelo tributo mais a multa de ofício passa a ser acrescido dos juros de mora devidos em razão do atraso da entrada dos recursos nos cofres da União.

No mesmo sentido já se manifestou a Câmara Superior de Recursos Fiscais quando do julgamento do Acórdão nº CSRF/04-00.651, julgado em 18/09/2007, com a seguinte ementa:

JUROS DE MORA - MULTA DE OFÍCIO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - A obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto tanto o pagamento do tributo como a penalidade pecuniária decorrente do seu não pagamento, incluindo a multa de ofício proporcional. O crédito tributário corresponde a toda a obrigação tributária principal, incluindo a multa de ofício proporcional, sobre o qual, assim, devem incidir os juros de mora à taxa Selic.

Cabe referir, ainda, a Súmula Carf nº 5: "São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral."

Diante da previsão contida no parágrafo único do art. 161 do CTN, busca-se na legislação ordinária a norma complementar que preveja a correção dos débitos para com a União.

Para esse fim, a partir de abril de 1995, tem-se a taxa Selic, instituída pela Lei nº 9.065, de 1995.

No âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência é forte no sentido da aplicação da taxa de juros Selic na cobrança do crédito tributário, como se vê no exemplo abaixo:

REsp 1098052 / SP RECURSO ESPECIAL2008/0239572-8 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2008 Ementa PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

1. É infundada a alegação de nulidade por maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil, quanto o recorrente busca tão-somente rediscutir as razões do julgado.

2. Em se tratando de tributos lançados por homologação, ocorrendo a declaração do contribuinte e na falta de pagamento da exação no vencimento, a inscrição em dívida ativa independe de procedimento administrativo.

3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários (Precedentes: AgRg nos EREsp 579.565/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Martins,

DJU de 11.09.06 e AgRg nos EREsp 831.564/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 12.02.07).

No âmbito administrativo, a incidência da taxa de juros Selic sobre os débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal foi pacificada com a edição da Súmula CARF nº 4, de observância obrigatória pelo colegiado, por força de norma regimental (art. 72 do RICARF), nos seguintes termos:

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.*

No que se refere ao período de 01/01/1995 a 31/12/1996, sustentam alguns que o Parecer MF/SRF/Cosit nº 28/98 teria deixado claro não ser exigível a incidência de juros sobre a multa de ofício tendo em vista as disposições do inciso I, do art. 84, da Lei nº 8.981/95.

O mencionado Parecer, ainda que conclua pela incidência dos juros sobre a multa de ofício para fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/1997, de fato manifesta-se nos termos dessa tese. Entretanto, constata-se que o referido Ato Administrativo não levou em consideração a alteração legislativa trazida pela MP nº 1.110, de 30/08/95, que acrescentou o § 8º ao art. 84, da Lei 8.981/95, e que estendeu os efeitos do disposto no *caput* aos demais créditos da Fazenda Nacional cuja inscrição e cobrança como Dívida Ativa da União seja de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Cumpra esclarecer ainda que as três turmas da Câmara Superior, em decisões recentes, vêm confirmando a incidência de juros moratórios sobre a multa de ofício (Acórdãos 9101-001.863, 9202-003.150 e 9303-002.400).

Por fim, corroborando o aqui exposto, o STJ vem firmando entendimento no mesmo sentido, entendendo que os juros moratórios incidem sobre a multa de ofício, conforme se observa na ementa a seguir reproduzida:

DIREITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE MULTA FISCAL PUNITIVA.

É legítima a incidência de juros de mora sobre multa fiscal punitiva, a qual integra o crédito tributário. Precedentes citados: REsp 1.129.990-PR, DJe 14/9/2009, e REsp 834.681-MG, DJe 2/6/2010. AgRg no REsp 1.335.688-PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 4/12/2012.

Ressalta-se ainda que, em recentes julgados o STJ decidiu que, no âmbito do parcelamento especial previsto na Lei nº 11.941/2009, as remissões previstas em tal dispositivo legal para as multas de mora e de ofício não autorizam aplicações de reduções superiores às fixadas na mesma lei (45%) para os juros de mora incidentes sobre tais penalidades, ou seja, visto sob outro enfoque, reafirmou-se o entendimento de que incidem juros moratórios sobre as multas de mora e de ofício. Tal exegese pode ser observada no REsp 1.492.246/RS (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015) e

no REsp 1.510.603–CE (Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/08/2015), em relação ao qual transcreve-se a seguir sua ementa:

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. 11.941/2009. REMISSÃO DE MULTA EM 100%. DESINFLUÊNCIA NA APURAÇÃO DOS JUROS DE MORA. PARCELAS DISTINTAS. PRECEDENTE. 1. "Em se tratando de remissão, não há qualquer indicativo na Lei n. 11.941/2009 que permita concluir que a redução de 100% (cem por cento) das multas de mora e de ofício estabelecida no art. 1º, §3º, I, da referida lei implique uma redução superior à de 45% (quarenta e cinco por cento) dos juros de mora estabelecida nos mesmo inciso, para atingir uma remissão completa da rubrica de juros (remissão de 100% de juros de mora), como quer o contribuinte " (REsp 1.492.246/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 10/06/2015.). 2. Consequentemente, a Lei n. 11.941/2009 tratou cada parcela componente do crédito tributário (principal, multas, juros de mora e encargos) de forma distinta, de modo que a redução percentual dos juros moratórios incide sobre as multas tão somente após a apuração atualizada desta rubrica (multa). Recurso especial provido. REsp 1.510.603–CE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/08/2015.

Isso posto, voto por manter tal exigência.

(assinado digitalmente)
Fernando Brasil de Oliveira Pinto



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por MARCOS PAULO LEME BRISOLA CASEIRO em 22/06/2018 19:58:00.

Documento autenticado digitalmente por MARCOS PAULO LEME BRISOLA CASEIRO em 22/06/2018.

Documento assinado digitalmente por: FERNANDO BRASIL DE OLIVEIRA PINTO em 26/06/2018 e MARCOS PAULO LEME BRISOLA CASEIRO em 22/06/2018.

Esta cópia / impressão foi realizada por VALERIA JOSE VIEIRA DA COSTA em 17/07/2018.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP17.0718.17372.GSFI

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

**Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha2:
8E84CFA353C4B7A6293503F2FD72BC8AF1057CBDCB0EB0F50FD33CE65766A64E**