



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

Processo nº 16561.000111/2008-66
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1302-002.347 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de agosto de 2017
Matéria IRPJ e CSLL - Tributação em bases universais e tratado internacional para evitar dupla tributação
Recorrente PALLAS MARSH SERVIÇOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2003, 2005, 2006

PROCESSUAL - PRECLUSÃO. A impugnação deve trazer todos os argumentos e provas necessários à defesa do contribuinte, ressalvadas, apenas, as hipóteses descritas no art. 16 do Decreto 70.235, sob pena de preclusão.

LUCROS APURADOS POR COLIGADA NO EXTERIOR. ADI 2.588 E A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA MP 2.158-35. Tratando-se de lucros apurados por coligada estabelecida no exterior, em país que não preveja tributação favorecida, há que prevalecer o entendimento do Supremo quando do julgamento da ADI 2.588, inclusive em respeito ao art. 62 do RICARF.

MP 2.158-35, ART. 74. AFASTAMENTO. TRATADO FIRMADO PELO BRASIL E PELA ARGENTINA. PREVALÊNCIA DESTE ÚLTIMO. Os lucros apurados por controlada sediada na Argentina não podem ser objeto de tributação pelo Brasil, em relação a sua controladora aqui sediada, a luz do que reza o art. 7º do Tratado Brasil-Argentina.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário quanto ao pedido de compensação de imposto de renda pago na Argentina, e no mérito, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo e Julio Lima Souza Martins que negavam provimento ao recurso quanto aos lucros apurados no exterior pela empresa Marsh Argentina, nos anos calendário de 2005 e 2006.

(assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Paulo Henrique Silva Figueiredo, Rogério Aparecido Gil, Julio Lima Souza Martins, Ester Marques Lins de Sousa e Gustavo Guimarães da Fonseca. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado e Carlos Cesar Candal Moreira Filho.

Relatório

Cuida o processo de auto de infração lavrado em desfavor da empresa Pallas Marsh Serviços Ltda a fim de se lhe exigir créditos tributários relativos ao IRPJ e a CSLL constituídos nos anos-calendários de 2003, 2005 e 2006.

Conforme o TVF, nos aludidos anos-calendários a recorrente teria deixado de adicionar ao lucro líquido lucros verificados em empresas coligadas/controladas estabelecidas na Argentina (Marsh Argentina e Marsh S/A), invocando, neste passo, as disposições do art. 74 da MP 2.158/01, tendo a fiscalização, neste passo, sustentado *"a não aplicação, in casu, da Convenção entre Brasil e Argentina (Decreto nº 87.976, de 22/11/1982) - razão levantada pela empresa para a não tributação dos resultados no Brasil (fls. 319 a 321 e 482 a 498) (Artigo VII da Convenção Brasil -Argentina)"*.

Cientificado da autuação, o contribuinte opôs a sua impugnação em 08/10/2008, juntada à fls. 750/763, pugnando pelo cancelamento do auto de infração por entender aplicável à espécie as disposições do Tratado Brasil-Argentina, aprovado, aqui, pelo Decreto 87.976, de 22 de dezembro de 1982; invocou, neste particular, os artigos VII e X que, a seu ver, preconizam a isenção dos valores pagos ou creditados, no Brasil, a título de dividendos, quando exigível, no país de origem, o respectivo imposto de renda.

Reforçou, ainda, o entendimento a acima a partir Comentários da OCDE sobre o art. 23 do Modelo de Convenção e, ainda, a partir das disposições do item V da Portaria MF de nº 22/83.

A seguir sustentou que não só os dividendos mas também os lucros das companhias instaladas na Argentina estariam isentos do IR Brasileiro, invocando, neste particular, os preceitos do art. VII-1 do tratado acima citado, e afirmando existirem decisões deste Conselho (mormente sobre o tratado Brasil-Espanha) a dar sustentáculo a sua tese.

Ao final conclui pela prevalência do tratado supra referido sobre a legislação federal brasileira (em especial, o art. 74 da MP 2.158/01), premendo pelo procedência de suas alegações.

O feito foi então encaminhado à apreciação da DRJ/SP, QUE tomando por base o entendimento de que o tratado Brasil-Argentina, seguindo a Convenção Modelo da OCDE, não conflitaria com o art. 74 da MP 2.158/2001, complementando-o, outrossim; afirmou, de outra sorte, que este entendimento lastrearia-se no fato de tais tratados buscarem, de fato, evitar os efeitos de uma bitributação, sem , contudo, permitir que a adoção de condutas elisivas QUE pudessem lograr

êxito e postergar a tributação dos lucros observados no exterior, invocando, por fim, as conclusões exaradas na Solução COSIT 18/2013.

Ao fim, como a aludida solução tratava do problema já sob a égide do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADIN 2.588, elaborou quadro explicativo em que aborda os efeitos deste julgamento, e que reproduzo a seguir:

Investida	Localização	Art. 74 da MP 2.158-35	Eficácia Erga Omnes e efeito vinculante
Coligadas	País SEM tributação favorecida	Inconstitucional	Sim
	País COM tributação favorecida	Constitucional (não alcançada a maioria)	Não
Controlada	País SEM tributação favorecida	Constitucional (não alcançada a maioria)	Não
	País COM tributação favorecida	Constitucional	Sim

Vale destacar que a ADIN 2.588 foi julgada, em relação ao primeiro item destacado na tabela acima, em abril de 2013, tendo sido publicado o respectivo acórdão em 10/02/2014.

Com base em tais premissas, a DRJ decidiu por julgar improcedente a impugnação, mantendo intocado o lançamento.

O recorrente teve ciência do acórdão acima em 22/10/2015, tendo interposto o seu recurso (fls. 1025 e ss) em 19/11/2015, por meio do qual, além de reprisar os argumentos concernentes à aplicação do tratado Brasil-Argentina, trouxe, de fato, dois novos argumentos, a saber:

a) em maio de 2015 teria juntado documentação que comprovaria que A EMPRESA SUPORTOU a tributação dos lucros das empresa Marsh Argentina e Marsh S/A na Argentina, no percentual de 35%, valor suficiente para compensar, e, portanto, afastar qualquer cobrança no Brasil, seja do IR, seja da CSLL;

b) que as empresas Marsh S/A e Marsh Argentina não eram controladas pela recorrente, mas, isso sim, meramente coligadas (a Marsh Argentina, de fato, deixou de ser coligada, passando a ser controlada pelo contribuinte, a partir de dezembro de 2004); diante deste fato (que afirma estar demonstrado documentalmente desde a impugnação), e a luz do que decidiu o STF por ocasião do julgamento da ADI 2.588, sustenta ser indevida a exigência concernente aos lucros observados pela empresa Marsh S/A em relação a todos os períodos tratados no TVF, sendo de se afastar a cobrança, quanto aos lucros da empresa Marsh Argentina apurados no ano de 2003.

Estando em termos o feitos, os autos foram encaminhados para a apreciação deste colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço, em parte.

Isto porque, de fato, quanto ao argumento concernente à cobrança do imposto de renda na Argentina, e os documentos juntados pelo recorrente a fls. 830, em maio de 2015, houve, inegavelmente preclusão.

De fato, vejam bem, o contribuinte teve oportunidade para trazer estes documentos já durante o curso da ação fiscal e, todavia, não o fez; posteriormente, teve nova oportunidade para alegar e provar tal alegação em sua impugnação e, como ele mesmo reconhece (item II.1 do recurso voluntário, fls. 1031), também deixou de fazê-lo.

Neste passo, calha trazer a colação as disposições dos arts. 16, § 2º e 17 do Decreto 70.235/72, cujo teor transcrevo abaixo:

Art. 16. (...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;*
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.*

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Objetivamente, o contribuinte nem mesmo aventou os motivos pelos quais não trouxe a alegação, e respectivas provas, quando do oferecimento de sua impugnação, sendo impossível, portanto, sequer analisar a tipificação, ou não, da hipótese versada na alínea "a" do § 4º do art. 16 acima transcrito.

Por certo, também, não se trata de fato novo, que os aludidos pagamentos ocorreram antes mesmo do início da ação fiscal e, lado outro, não houve, neste ponto, também, inovação da parte da DRJ de sorte a justificar a produção de novos argumentos e provas para além do momento oportuno, ou seja, a impugnação.

Se é fato que processo administrativo admite uma flexibilização no procedimento de instrução, e, portanto, se pauta, de fato, pelo princípio da verdade material, não se pode olvidar que determinadas amarras não podem ser sobrepujadas; o primado da verdade material pode nortear o julgador de sorte a garantir que ele aprecie provas não contempladas pela instância interior, *mas que tenham sido produzidas no momento oportuno*; pretender, neste ponto, analisar provas *que não foram sequer disponibilizadas à DRJ*, representaria iniludível supressão de instância.

Assim, com espeque nos arts. 16, 17 e 33 do Decreto 70.235/75, conheço em parte do recurso voluntário.

I. Mérito

I.1 Da ADI 2.588 e a sua aplicação ao caso concreto.

Até para que este julgador não seja taxado pela incongruência, vale destacar que este argumento em específico merece ser conhecido, já que, à época da impugnação, protocolizada em 2008, o Supremo não havia, ainda, apreciado a ADIN 2.588, fato este somente veio a ocorrer em 2015.

Diante disto, neste caso especificamente, é de ser reconhecer a aplicação do disposto na alínea "d" do § 4º do art. 16 do Decreto 70.235, dado que, proferido com efeitos *erga omnes*, o acórdão da ADI inegavelmente representa "*direito superveniente*".

Pois bem, ultrapassada esta questão processual, destaca-se, não há muito que se dizer aqui... a própria fiscalização afirma, no TVF, à fls.734, que as empresas sediadas na Argentina não eram controladas pela recorrente; ao menos a empresa Marsh S/A nunca o foi, ao passo que a empresa Marsh Argentina tornou-se controlada a partir de 2005. Veja-se:

Conforme demonstrativo de afiliações e participações empresariais no exterior apresentado pela fiscalizada em resposta ao quesito 3 do Termo de Intimação nº 01, o interessado deteve participação de 28,66% na MARSH ARGENTINA SRL até 31/12/2004 e 89,67% em 2005 e 2006. Também deteve participação na MARSH S/A de 19,83% em 2005 e 2006, fls. 36 e 37.

Estes fatos, portanto, são incontroversos (dado que não questionados pela Fiscalização); vejamos, agora, o que decidiu, de fato, o STF por ocasião do julgamento da ADI 2.588:

TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS ("31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO"). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). APLICAÇÃO DA NOVA METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO TRIBUTO PARA A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS APURADA EM 2001. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000). 1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados: 1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de

*participação nos lucros; 1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir “planejamento tributário”) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248); 1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada; 1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização. 2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece: **2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”**; 2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei); 2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada parcialmente procedente, **para dar interpretação conforme ao art. 74 da MP 2.158-35/2001**, bem como para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de retroatividade prevista no art. 74, par. ún., da MP 2.158/2001.*

Os trechos acima grifados são suficientemente claros quanto abrangência do julgado acima tratado; empresas coligadas à pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida **não se sujeitarão à regra encartada no art. 74 da MP 2.158-35/2001**. Quanto aos efeitos, e a sua vinculação, inclusive, aos órgãos administrativos, veja-se a decisão final extraída da ata de julgamento, reproduzida na ementa do julgado ora tratado:

*Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para, **com eficácia erga omnes e efeito vinculante, conferir interpretação conforme, no sentido de que o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 não se aplica às empresas “coligadas” localizadas em países sem tributação favorecida** (não “paraísos fiscais”), e que o referido dispositivo se aplica às empresas “controladas” localizadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei), vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello.*

Como demonstrado pelo contribuinte a Argentina exige o chamado *impuesto a las ganancias*, não havendo nos autos qualquer assertiva, prova ou alegação do fisco sobre se tratar o país andino de um paraíso fiscal.

Roma locuta quaestio finita. A decisão ora tratada e os fatos demonstrados não me permitem concluir de outra forma, até em respeito aos preceitos do art. 62 do RICARF;

os lucros observados pela empresa MARSH S/A não poderiam ser objeto de tributação na forma do art. 74 da MP 2.158-35/2001, o mesmo ocorrendo quanto a empresa MARSH Argentina durante o ano-calendário de 2003 (quando era, então, mera coligada da recorrente).

Assim, dou provimento, neste ponto, ao recurso voluntário.

I.2 Questão residual - lucros apurados pela empresa Marsh Argentina nos exercícios de 2005 e 2006 - Tratado Brasil - Argentina x art. 74 da MP 2.158-35/2001

A existência de um conflito (aparente?) entre os tratados internacionais firmados pelo Brasil e o art. 74 da MP 2.158-35/2001 não é nova neste Conselho e, nada obstante, parece longe de atingir um consenso. Tentemos, todavia, dar subsídios para uma conclusão razoável seja dada à contenda.

I.2.1 O art. 7º da "Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda"

Pois bem. O contribuinte afirmou não ter oferecido a tributação, no Brasil, os lucros verificados na empresa Marsh Argentina, ao que nos interessa aqui, nos anos de 2005 e 2006, por força de "Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda" promulgada pelo Decreto 87.976/82. Deste "tratado", convêm, num primeiro momento, transcrever o art. 2º, chamando-se especial atenção ao preceito contido em seu § 2º:

2. A presente Convenção se aplicará também a quaisquer impostos idênticos ou substancialmente semelhantes que forem posteriormente introduzidos, seja em adição aos existentes, seja em sua substituição. As autoridades competentes dos Estados Contratantes notificar-se-ão mutuamente sobre qualquer modificação significativa que tenha ocorrido em suas respectivas legislações tributárias.

A meu ver, a regra acima deixa evidente que as disposição contidas na convenção em testilha se estendem, também, à CSLL, caso, de fato, se entenda aplicável o acordo ao caso concreto.

Passo seguinte, analisemos, aqui, e em especial, e num primeiro momento, os preceitos do artigo 7º da aludida Convenção:

ARTIGO VII

Lucros das empresas

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

Sobre a discussão se os tratados firmados pelo Brasil sofreram ou não eventual influência da OCDE (não obstante não ser signatário dela) ou da Convenção Modelo da ONU, me permitam uma impertinência: em verdade, pela análise especificamente desta convenção, o Brasil, parece-me, se apropriou daquilo que lhe atendia e ignorou tudo o mais que não satisfazia a sua política tributária (interna ou internacional).

No tange ao artigo acima, a semelhança de seu texto ao Convenção Modelo da OCDE é tangível (ainda que o mesmo não possa ser afirmado em relação à outras disposições da Convenção). Como entendo que, há, de fato, neste preceito inegável influência da Convenção Modelo da OCDE, me parece pertinente, trazer aqui, as considerações da tratada organização a seu respeito:

Este artigo aloca competências tributárias com relação aos lucros das empresas de um Estado Contratante, desde que tais lucros não estejam sujeitos a diferentes regras em outros Artigos da Convenção. Ele incorpora o princípio básico de que, a não ser que a Empresa de um Estado Contratante tenha um estabelecimento permanente situado no outro Estado, os lucros daquela empresa somente poderão ser tributados neste outro Estado, a não ser que esse lucros se enquadrem categorias de lucro para os quais outros Artigos das Convenção atribuam competências tributárias para aquele outro Estado (OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital, in André Rocha, Sérgio. Política Fiscal Brasileira. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2017, p. 50).

O preceito supra reproduzido, e as considerações também destacadas anteriormente, não me permitem concluir, como feito pela DRJ, que tais disposições estariam, de fato, em concordância com as disposições do art. 74 da MP 2.158-35 que, neste passo, aliás, me parece, inclusive, se contradizer. Veja-se:

No tocante a suposta aplicação ou não do Tratado para Evitar a Dupla Tributação entre Brasil e Argentina, o entendimento correto é que ele se coaduna com o art. 74 supra, não havendo conflito normativo, pois nunca gera a bitributação e é um marco regulatório antielisivas (sic) que deve ser qualificado como lucro da empresa no art. 7º da Convenção da OCDE.

E mesmo a assertiva de que MP em caso estaria exigindo a tributação do lucro verificado aqui no Brasil e não aquele apurado na Argentina, afastando-se, pois, a regra do art. 7 do Tratado, não pode prevalecer... a disposição contida no art. 7º do Tratado não teria razão de ser (ou seria letra morta) caso não se estendesse à pretensão de se tributar os lucros "extra-território" (ou de outra sorte, seria desnecessária à exceção tratada no item I, despendida para o caso de se existir um estabelecimento fixo).

Explicando melhor, caso a Convenção, de fato, pretendesse reservar a competência "do outro estado contratante" para tributar os lucros verificados por empresa sediada fora dele, não teríamos, aqui, necessidade de regramentos de tributação internacional. Este preceito, a meu sentir, está, objetivamente, tratando, não só dos lucros verificados no país-fonte, mas também de seus reflexos verificados no outro país contratante.

Em adição a isso, transcrevo, abaixo, um trecho do voto condutor da ADI 2.588, em que a Relatora Min Hellen Grace assim ponderou:

4.2 - No caso das empresas controladoras situadas no Brasil, em relação aos lucros auferidos pelas empresas controladas localizadas no exterior, tem-se verdadeira hipótese de aquisição da disponibilidade jurídica desses lucros no momento da sua apuração no balanço realizado pela controladora. O art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997), no seu parágrafo 2º define empresa controlada como sendo aquela em relação à qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. A disponibilidade dos lucros auferidos pela empresa controlada, assim, depende única e exclusivamente da empresa controladora, que detém o poder decisório sobre o destino desses lucros, ainda que não remetidos efetivamente, concretamente pela empresa controlada, situada no exterior, para a controladora localizada no Brasil.

A justificativa, pois, sustentada pelo Supremo para validar parcialmente a MP 2.138, foi de que, no caso das controladoras, a empresa Nacional perceberia, ou deteria, de imediato a disponibilidade jurídica da renda, ainda que não deliberada a distribuição dos lucros apurados. Não se trataria, pois, de fato, de dividendos fictos (como pontuado pela fiscalização); no caso das controladas, o STF entendeu que, apurados os lucros, considera-se adquirida a disponibilidade jurídica dos lucros e portanto percebidos imediatamente, ainda que não formalmente distribuídos.

A decisão acima deixou evidente, a meu sentir, que os valores objetos da tributação pela MP 2.158-356 não são, de fato, o lucro da empresa nacional, **mas, a disponibilidade econômica e jurídica dos lucros apurados pela controlada no exterior.**

Por fim, se é certo, como já adverti, que a questão está longe de estar pacificada neste Conselho, é, quando menos, possível notar uma tendência no âmbito do poder judiciário, mormente quanto a interpretação da situação tratada particularmente no art. 7º da Convenção Modelo da OCDE e a prevalência desta em relação ao art. 74 da citada MP. Neste passo, trago a colação o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 1.325.709:

RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO NA ORIGEM. APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTE. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS POR IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO DE JUIZ FEDERAL. NÃO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IRPJ E CSLL. LUCROS OBTIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS NACIONAIS SEDIADAS EM PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO REGULADA. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS SOBRE BITRIBUTAÇÃO ASSINADOS PELO BRASIL COM A BÉLGICA (DECRETO 72.542/73), A DINAMARCA (DECRETO 75.106/74) E O PRINCIPADO DE LUXEMBURGO (DECRETO 85.051/80). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA NAS BERMUDAS. ART. 74, CAPUT DA MP 2.157-35/2001. DISPONIBILIZAÇÃO DOS LUCROS PARA A EMPRESA

CONTROLADORA NA DATA DO BALANÇO NO QUALTIVEREM SIDO APURADOS, EXCLUÍDO O RESULTADO DA CONTRAPARTIDA DO AJUSTE DO VALOR DO INVESTIMENTO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONCEDER A SEGURANÇA, EM PARTE.

(...)

5. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, **em razão da sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN.** Precedente: (RESP 1.161.467-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 01.06.2012).

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

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

(...)

10. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, concedendo em parte a ordem de segurança postulada, para afirmar que os lucros auferidos nos Países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributados apenas nos seus territórios, em respeito ao art. 98 do CTN e aos Tratados Internacionais em causa; os lucros apurados por Brasamerican Limited, domiciliada nas Bermudas, estão sujeitos ao art. 74, caput da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial (STJ, REsp1.325.709, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, julgado em 24/04/2014 e acórdão publicado no DJe de 20/05/2014)

Notem que, a teor do art. 105, III, da CF, alínea "a" o resguardo da integridade da legislação federal *e dos tratados dos quais o Brasil é signatário* é de competência exclusiva do STJ de sorte que, a se sedimentar o entendimento acima, dificilmente se verá uma reversão posterior; tal interpretação, além de me parecer correta, é, atualmente, a que detém maior força cogente, ainda que não se trate de decisão com efeitos vinculantes.

A luz, pois, do art. 7º do tratado ora analisado, não parece correta, pois, a sua desconsideração.

III Conclusão.

Por todo o exposto, voto, não conhecer do recurso na parte em que pede a compensação do tributo pago na Argentina e, no mérito, por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca