MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

PROCESSO	**16561.720234/2016-27**
ACÓRDÃO	9101-007.245 – CSRF/1ª TURMA
SESSÃO DE	4 de dezembro de 2024
RECURSO	ESPECIAL DO PROCURADOR
RECORRENTE	FAZENDA NACIONAL
INTERESSADO	INTERCEMENT BRASIL S.A.

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2011

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

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

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar provimento ao recurso com retorno dos autos ao colegiado *a quo* para exame da matéria subsidiária acerca da compensação/dedução do imposto pago no exterior, vencidos os Conselheiros Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic (relatora), Luis Henrique Marotti Toselli, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior e Jandir José Dalle Lucca, que votaram por negar provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic – Relatora

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa – Redatora designada

Assinado Digitalmente

Fernando Brasil de Oliveira Pinto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Edeli Pereira Bessa, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Heldo Jorge dos Santos Pereira Júnior, Jandir José Dalle Lucca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente em exercício).

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional em face do **Acórdão nº 1302-006.199**, proferido em 22.09.2022 pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento (fls. 1318/1358) assim ementado:

> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)
>
> Ano-calendário: 2011

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL. CONTROLADAS. LUCRO NO EXTERIOR. TRATADO PARA EVITAR BI-TRIBUTAÇÃO. BRASIL. ARGENTINA.
>
> Estando em vigor o tratado para evitar a bi-tributação firmado entre Brasil e a Argentina, não se pode admitir a tributação dos lucros auferidos por controlada brasileira domiciliada naquele país, sob pena de se tornar letra morta a pactuação feita pela República Federativa do Brasil.
>
> LUCROS NO EXTERIOR. COLIGADAS NÃO BENEFICIADAS POR TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA.
>
> Consoante decisão proferida pelo STF, na ADI nº 2.588, afasta-se a tributação de lucros atribuídos a coligadas não beneficiadas por tributação favorecida.

Na oportunidade, os membros do colegiado, por determinação do art. 19-E da Lei nº 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, em face do empate no julgamento, deram provimento parcial ao recurso voluntário, para exonerar a tributação dos lucros atribuídos à Holdtotal S/A, bem como negaram provimento ao recurso de ofício. No mais, por unanimidade de votos, deram provimento parcial ao recurso voluntário, para exonerar a tributação dos lucros atribuídos à investida Yguazu Cementos S/A.

Intimada, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial (fls. 1360/1403), sustentando que o referido acórdão conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto à matéria "aplicabilidade do art. 74 da MP nº 2.158 35/2001 em relação a lucros auferidos por empresas controladas por contribuinte brasileiro e sediadas em país sem tributação favorecida com o qual o Brasil tenha Tratado contra a bitributação de renda". Indicou como paradigma o Acórdão nº paradigma nº 9101-002.832.

Sobreveio o despacho de admissibilidade (fls. 1597/1608) que deu seguimento ao recurso especial, nos seguintes termos:

> Inicialmente, destaca-se que o inteiro teor do Acórdão paradigma nº 9101-002.832 encontra-se devidamente publicado no sítio do CARF na internet (www.carf.economia.gov.br). No mesmo sítio, é possível constatar que a decisão não foi reformada até a data da interposição do recurso especial pela PGFN, restando atendido o pressuposto de admissibilidade previsto no § 15 do art. 67 do Anexo II do RICARF/2015. Além disso, a recorrente reproduziu integralmente a ementa do acórdão, observando também os requisitos fixados nos §§ 9º a 11 do mesmo art. 67.
>
> Passando à análise da divergência jurisprudencial arguida, verifica-se que esta restou devidamente demonstrada pela Fazenda Nacional.
>
> A similitude fática entre os casos comparados pela recorrente é patente, tendo em vista que tanto o acórdão recorrido quanto o paradigma discutem autuações sofridas pela contribuinte INTERCEMENT BRASIL S.A. relacionadas, entre outras coisas, à tributação de lucros auferidos pela empresa na condição de controladora das pessoas jurídicas HOLDTOTAL e LOMANEGRA, sediadas na Argentina. No que

DOCUMENTO VALIDADO

diz respeito a esta infração específica, a única diferença constatada é que os presentes autos tratam do ano-calendário 2011, enquanto o processo em que foi proferido o acórdão paradigma cuida de lançamentos relativos aos anos-calendário 2006 e 2007.

A discussão jurídica desenvolvida em ambos os acórdãos gira em torno da existência ou não de incompatibilidade ou antinomia entre o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, apontado pela Fiscalização como fundamento legal dos lançamentos, e o Tratado celebrado entre Brasil e Argentina para fins de evitar dupla tributação.

Apreciando a matéria, o acórdão recorrido considerou que o art. 7º do Tratado firmado entre Brasil e Argentina determina "*que o Brasil está impedido (norma de bloqueio), pelo princípio da residência, de tributar lucros auferidos em sociedades independentes (mesmo que seja controlada direta), domiciliadas naqueles países*", uma vez que aquele dispositivo protege "*os lucros auferidos pela empresa no exterior, devendo estes serem tributados somente no país onde a empresa independente tenha domicílio*".

Por conta disso, concluiu o acórdão recorrido pela inaplicabilidade da legislação interna (art. 74 da MP nº 2.158-35/2001) para fins de tributação dos lucros das empresas argentinas controladas pela contribuinte, já que o conflito em questão, entre a norma interna e o Tratado Internacional, resolver-se-ia em favor deste último com base no critério da especialidade.

Já no Acórdão nº 9101-002.832, paradigma indicado pela recorrente, prevaleceu o entendimento de que inexiste tal conflito, uma vez que "*não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Argentina para evitar bitributação de renda*". Ponderou-se que os lucros tributados pela norma interna, "*apesar de auferidos pela empresa no exterior, pertencem, na medida da participação societária, ao seu investidor que se localiza no Brasil*".

A decisão paradigma adotou expressamente a interpretação exposta na Solução de Consulta Interna nº 18 da Cosit/RFB, no sentido de que "*a norma interna incide em contribuinte brasileiro, não gerando qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros*" e que "*a aplicação da norma interna brasileira não acarreta a bitributação econômica dos lucros decorrentes de investimentos no exterior*".

Constata-se assim que os acórdãos recorrido e paradigma efetivamente têm entendimentos divergentes a respeito do tema debatido em ambos os processos.

Diante do exposto, devidamente cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 67 do Anexo II do RICARF/2015, inclusive a comprovação da existência de divergência jurisprudencial em face da decisão recorrida, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, para que seja rediscutida a matéria **"aplicabilidade do art. 74 da MP nº**

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> **2.158 35/2001 em relação aos lucros auferidos por empresas controladas por contribuinte brasileiro e sediadas em países sem tributação favorecida, com os quais o Brasil tenha Tratado para evitar a bitributação de renda".**

Intimado, o sujeito passivo opôs embargos de declaração, alegando que o **Acórdão nº 1302-006.199** incorreu em omissão e contradição. Rejeitados os embargos, o sujeito passivo interpôs recurso especial, sustentando que o referido acórdão conferiu à legislação tributária interpretação divergente daquela dada por outros julgados do CARF quanto à matéria "necessidade de sobrestamento do processo administrativo". No entanto, negou-se seguimento ao recurso especial do sujeito passivo por ausência de prequestionamento da matéria.

No mérito, alega a Fazenda Nacional em seu recurso especial, em resumo, que (i) no julgamento da ADI 2.588, a Suprema Corte examinou a questão da tributação em bases universais, tendo como perspectiva a constitucionalidade do citado art. 74 e afirmou que o dispositivo somente não poderia ser aplicável para coligadas residentes em país sem tributação favorecida; (ii) o STF voltou a se pronunciar sobre o tema após ter concluído o julgamento da ADI 2.588, tendo ratificado o entendimento proferido no citado precedente e avançado em alguns pontos, notadamente no que diz respeito à constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória no 2.158-35, de 2001, quando o caso envolver controladas residentes fora de "paraíso fiscal"; (iii) resta evidente a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, e a sua compatibilidade com os Tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda; (iv) a despeito da contribuinte afirmar que a sua participação societária na Marsh S.A. caracterizaria tão somente uma coligação (já que deteria apenas a participação de 19,83% dela), o fato é que não se encontraram nos autos documentos que pudessem afastar a caracterização da ora contribuinte como sua controladora, razão pela qual aplica-se, ao caso, o art. 74 da MP 2158/01; (v) analisando o artigo 7º do Tratado Brasil-Argentina a única conclusão que se pode extrair é que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, no entanto, dele não se pode extrair o que pode ser considerado lucro das empresas residentes em cada país; (vi) nenhum artigo da Convenção Brasil-Argentina definiu o que seria lucro, para fins de incidência do imposto sobre a renda e, diante disso, o parágrafo 2º do art. 3º prevê uma regra residual, qual seja: deve ser observada a legislação interna do Estado contratante quando não estiverem presentes, no texto do Tratado, a definição de algum termo ou expressão; (vii) tanto o art. 25 da Lei nº 9.249/95, como o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 apresentam o mesmo conceito para lucro real, no sentido de que a apuração da base de cálculo do IRPJ e da CSLL levará em conta os rendimentos auferidos no exterior pela empresa brasileira; (viii) o art. 74 da Medida Provisória n° 2.158-35, de 2001, apresenta preceitos que correspondem ao âmbito de competência do Brasil – ou seja, define o que deve ser entendido como lucro das empresas brasileiras e o momento em que será possível haver incidência do IR e da CSLL sobre estes lucros; (ix) as normas brasileiras não extrapolaram os limites do referido Tratado, uma vez que definiram o que seria o lucro da pessoa jurídica situada no Brasil – termo não especificado na Convenção; (x) apegando-se apenas à literalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, fica evidente que o parâmetro utilizado para compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL são os lucros

DOCUMENTO VALIDADO

obtidos por intermédio das controladas e coligadas no exterior e o momento da disponibilização destes lucros para a controladora ou coligada brasileira; (xi) o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, reúne as características elementares de normas classificadas como CFC, uma vez que trata de empresas controladas ou coligadas no exterior e da disponibilização dos seus lucros para a controladora ou coligada brasileira; (xii) o objetivo do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, foi implementar a tributação universal da renda das pessoas jurídicas e, ao mesmo tempo, evitar o diferimento por tempo indeterminado da renda auferida por intermédio de controladas ou coligadas no exterior; (xiii) seguindo a sua natureza de norma CFC, o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, é direcionado para a pessoa jurídica residente no Brasil, ou seja, ele busca a tributação dos rendimentos da empresa situada no país considerando sua participação nos lucros de sua controlada que se encontra no exterior, razão pela qual não procede qualquer entendimento no sentido de que a legislação brasileira teria determinado a tributação do lucro das controladas residentes na Argentina; (xiv) o propósito dessa norma CFC não é desconsiderar a personalidade jurídica da controlada ou coligada situada no exterior, mas apenas incluir na apuração do tributo devido pela empresa residente no Brasil os resultados obtidos por intermédio da subsidiária estrangeira; (xv) o objeto da norma são os lucros disponibilizados aos sócios, e estes não podem ser confundidos com os lucros da própria pessoa jurídica que auferiu os resultados no país estrangeiro; (xvi) ao mencionar os lucros disponibilizados pelas controladas e coligadas situadas no exterior, o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, refere-se à parcela que caberia aos sócios brasileiros do lucro apurado no exterior por suas subsidiárias; (xvii) o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, impõe a tributação do lucro disponibilizado pela controlada ou coligada residente no exterior, de modo que essa realidade era conhecida pela Administração Pública quando fora editado o § 7° do art. 1° da IN SRF nº 213, de 2002; (xviii) a técnica de tributação prevista na IN SRF nº 213, de 2002, apenas reflete a sistemática brasileira de tributação em bases universais, que concede, aos residentes no Brasil, crédito referente ao tributo pago no exterior; (xix) não há qualquer incompatibilidade entre o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, e o art. 7 do tratado firmado com o Equador e com a Argentina; e (xx) como os lucros da sociedade estrangeira são imputados à empresa brasileira, não há descumprimento ao Art. 7 do Tratado – afinal, continuará havendo tributação dos lucros disponibilizados à controladora residente no Brasil.

O sujeito passivo, por sua vez, em contrarrazões (fls. 1483/1502) alega, em síntese, (i) com relação à admissibilidade, que não há divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o acórdão o acórdão paradigma n° 9101- 002.832, vez que, no acórdão recorrido, a premissa adotada pela Turma Julgadora a quo foi a de que a lide se cinge sobre "tributação dos lucros auferidos pela controladas domiciliadas no exterior (...) uma vez vigente tratado para evitar a dupla tributação", enquanto a premissa central do acórdão paradigma n° 9101-002.832 é a de que "os lucros são da investidora brasileira"; e, no mérito, que (ii) pela leitura das disposições contidas no artigo 74 da MP n° 2.158-35/2001, bem como do Tratado Brasil-Argentina (especialmente em seu artigo VII), promulgado pelo Decreto n° 87.976/19825 , é patente que a competência para a tributação dos lucros de controladas e coligadas sediadas na argentina (in casu, a Holdtotal e a

DOCUMENTO VALIDADO

Loma Negra) é atribuída exclusivamente àquele país e não ao Brasil; (iii) o artigo VII da Convenção firmada entre o Brasil e a Argentina, "destinada a evitar a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Imposto sobre a Renda", não admite a tributação de lucros apurados por sociedades domiciliadas na Argentina; (iv) a materialidade abrangida pela legislação brasileira de tributação em base universal, qual seja, o artigo 25 da Lei n° 9.249/1995 e o artigo 74 da MP n° 2.158-35/2001, consistia nos lucros das controladas e coligadas no exterior; (v) a arguição feita inicialmente no TVF, de que o parágrafo 14 do Comentário ao Artigo 7 do Modelo da OCDE levaria ao entendimento de que os lucros auferidos por controladas/coligadas no exterior e não disponibilizados efetivamente à controladora/coligada no Brasil poderiam ser tributados pelo Fisco brasileiro independentemente da existência de tratado internacional e em qualquer circunstância é completamente equivocado, pois o referido parágrafo 14 só traz uma exceção à regra geral, ao permitir a tributação da controladora/coligada sujeitas a regras relativas às CFC, o que não é o caso, em especial ao consideramos que o artigo 74 da MP n° 2.158-35/2001 não é uma legislação CFC; (vi) pela leitura dos artigo 25 da Lei n° 9.249/1995 e artigo 74 da MP n° 2.158/2001 e da Convenção para evitar a dupla tributação, os quais serviram de fundamento para o Acórdão recorrido, é patente que a competência para a tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior é atribuída, por força de norma internacional, exclusivamente ao país em que estão sediadas tais controladas e coligadas, e não no Brasil; (vii) os resultados de equivalência patrimonial, sejam positivos ou negativos, não geram quaisquer efeitos fiscais, por expressa disposição legal do artigo 23 do Decreto-lei n° 1.598/19778 , o que, inclusive, se aplica aos resultados de MEP provenientes do exterior, conforme determina o artigo 25, §6º da Lei n° 9.249/1995; (viii) a premissa adotada no acórdão paradigma mencionado no Recurso Especial da PGFN, de que não é o lucro da empresa sediada no exterior que se está sendo tributado, mas, sim, o lucro auferido pela sua investidora, está manifestamente equivocada e em conflito com o ordenamento jurídico, em especial, às normas que expressamente excluem os resultados de equivalência patrimonial do campo de tributação, bem como o tratado firmado entre o Brasil e Argentina para evitar a dupla tributação, uma vez que o fato gerador previsto no artigo 74 da MP n° 2.158-35/2001 é o próprio lucro auferido no exterior pelas controladas e coligadas, e não o lucro da pessoa jurídica brasileira; (ix) nos termos do que dispõe o Tratado Brasil-Argentina, os lucros auferidos pela Holdtotal e Loma Negra somente são tributados na argentina, e não no Brasil, razão pela qual não há motivo que justifique a reforma do Acórdão recorrido; (x) o artigo 74 da MP n° 2.158-35/01 está eivado de inconstitucionalidade, quanto às sociedades coligadas localizadas em países em que não há tributação favorecida, caso da Loma Negra, nos termos da decisão proferida na ADI n° 2.588, reconhecendo a eficácia erga omnes e efeito vinculante da inconstitucionalidade do artigo 74 da MP n° 2.158-35/2001; (xi) caso prevaleça o entendimento de que são lucros auferidos por contribuinte residente no Brasil, deve prevalecer a previsão contida no artigo X da Convenção Brasil-Argentina, segundo o qual qualquer dos dois Estados Contratantes, Brasil ou Argentina, têm competência par tributar os dividendos pagos pela Holdtotal e pela Loma Negra à Recorrida; (xii) para que se considere que dividendos foram pagos, é necessário ato formal de transferir os lucros da esfera patrimonial de uma pessoa jurídica para

DOCUMENTO VALIDADO

seu sócio ou acionista, o que não ocorre na situação descrita no presente processo; (xiii) o lucro que ainda não foi distribuído e que está sendo objeto de tributação nos autos de infração originários do presente processo não poderia ser qualificado no artigo X (dividendos) do Tratado Brasil-Argentina, uma vez que lhe falta o requisito básico para ser subsumido a essa regra: o efetivo pagamento; (xiv) se deve observar o conteúdo do artigo XXIII o qual trata da aplicação de métodos para evitar a dupla tributação e cujo parágrafo 2º determina que os dividendos pagos por uma sociedade argentina a uma sociedade brasileira que detenha mais de 10% do capital social da primeira e que sejam tributáveis na Argentina em conformidade com as disposições do acordo, estarão isentos da tributação no Brasil; e (xv) ainda que se entenda que os lucros auferidos no exterior pela Holdtotal e pela Loma Negra devam ser qualificados como dividendos pagos, o que apenas se admite a título de argumentação, também não haveria que se falar em tributação no Brasil, uma vez que o tratado expressamente isenta tais rendimentos da tributação brasileira e que a Recorrida detêm 97% da Holdtotal e 24,18% da Loma Negra. Por fim, argumenta que "o artigo 74 da MP n° 2.158-35/01 está eivado de inconstitucionalidade, quanto às sociedades coligadas localizadas em países em que não há tributação favorecida, caso da Loma Negra". Ao final, requer o sujeito passivo que, na eventualidade de reforma do acórdão recorrido, que os autos sejam remetidos para a instância a quo, para exame do tópico " "II.1.4 – Ad Argumentandum – Da Necessidade de Compensação do Tributo", que restou prejudicado em razão do provimento do recurso voluntário.

É relatório.

VOTO VENCIDO

Conselheira **Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic**, Relatora

I – ADMISSIBILIDADE

O prazo para o sujeito passivo e para a Fazenda Nacional interporem recurso especial é de 15 dias contados da data de ciência da decisão recorrida. E eventuais embargos de declaração opostos tempestivamente, isto é, no prazo de 5 dias da ciência do acórdão embargado, interrompem o prazo para a interposição de recurso especial[1]. Ainda, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 70.235/1972, os prazos são contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento. Ademais, os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Especialmente no que se refere à Fazenda Nacional, de acordo com os artigos 23, § 9º, do Decreto nº 70.235/1972, e 7º, §5º, da Portaria MF 527/2010, o prazo para a interposição do

[1] Tais previsões estavam contidas nos artigos 65 e 68 do Regimento Interno do CARF ("RICARF") aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e, atualmente, são objeto dos artigos 119 e 116 do RICARF aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

recurso será contado a partir da data da intimação pessoal presumida, isto é, 30 dias contados da entrega dos respectivos autos à PGFN, ou em momento anterior, na hipótese de o Procurador se dar por intimado mediante assinatura no documento de remessa e entrega do processo administrativo.

No presente caso, os autos foram encaminhados à PGFN para ciência do acórdão recorrido em 10.10.2022 (fl. 1359) e devolvidos com recurso especial em 09.11.2022 (fl. 239). Assim, é tempestivo o recurso especial ora em análise.

No exame da admissibilidade do recurso especial, além da tempestividade e dos demais requisitos contidos na legislação, é preciso verificar: **(i)** o prequestionamento da matéria, que deve ser demonstrado pelo recorrente com a precisa indicação na peça recursal do prequestionamento contido no acórdão recorrido, no despacho que rejeitou embargos opostos tempestivamente ou no acórdão de embargos; e **(ii)** a divergência interpretativa, que deve ser demonstrada por meio da indicação de até duas decisões por matéria, bem como dos pontos nos paradigmas que divirjam de pontos específicos do acórdão recorrido. Com relação à divergência, o Pleno da CSRF concluiu que "a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiquem ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles"[2].

Com relação ao prequestionamento, acórdão recorrido versa sobre a "possibilidade ou não de tributação dos lucros auferidos pela controladas domiciliadas no exterior, notadamente na Argentina (Holdtotal S/A – Recurso Voluntário e Loma Negra Cementos S/A – Recurso de Ofício), uma vez vigente tratado para evitar a dupla tributação firmado entre o Brasil e a Argentina" – o que foi feito pelo colegiado *a quo* em face do disposto no art. 74 da MP nº 2.158 35/2001. Assim, devidamente prequestionada a matéria objeto do recurso especial ora em análise.

No que se refere à divergência interpretativa, o recurso especial se insurge contra o voto vencedor do Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, que afastou a tributação do sujeito passivo com relação aos lucros auferidos pelas empresas Holdtotal S/A e Loma Negra Cementos S/A, ambas situadas na Argentina. Isso fica evidente tanto pelo fato de o recurso especial da Fazenda Nacional fazer menção expressa apenas ao tratado para evitar a dupla tributação firmado entre o Brasil e a Argentina, como em razão de o voto vencedor relativo às empresas Yguazu e Itacamba exonerar a tributação correlata por razões outras que não a aplicação do referido tratado.

Assim, a divergência interpretativa deve ser aferida em face do voto vencedor do Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias, que parte do pressuposto de que se está "diante de lucros de controladas[3] não domiciliadas em 'paraíso fiscal'" – matéria que não foi objeto de análise

[2] Acórdão n. 9900-00.149, de 08.12.2009.

[3] Adiante, em seu voto, o Redator Conselheiro Flávio Machado Vilhena Dias esclarece que, enquanto a Holdtotal é uma controlada direta, a Loma Negra seria uma controlada indireta (fls. 1345).

DOCUMENTO VALIDADO

Original

com efeitos vinculantes pelo STF na ADIN 2.588 – bem como de que o STF não examinou a aplicação do artigo 74, da MP 2.158/01 "no caso de a entidade controlada ser domiciliada em países que firmaram Tratados para evitar a dupla tributação da renda com a República Federativa do Brasil".

Diante disso, concluíram os julgadores do **acórdão recorrido**, em síntese, que "pela leitura do artigo 7º do Tratado firmado entre a República Federativa do Brasil com a Argentina, não há dúvidas de que o Brasil está impedido (norma de bloqueio), pelo princípio da residência, de tributar lucros auferidos em sociedades independentes (mesmo que seja controlada direta), domiciliadas naqueles países".

O **Acórdão paradigma nº 9101-002.832**, por sua vez, analisou a tributação do mesmo sujeito passivo, com relação aos lucros supostamente auferidos pelas mesmas empresas controladas no exterior, divergindo do presente caso apenas com relação aos períodos autuados. E, diante disso, concluíram os julgadores que "não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil Argentina para evitar bitributação de renda. Assim, os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário, havendo, nesse contexto, incidência do IRPJ e da CSLL".

Portanto, diante de fatos muito similares, concluíram os julgadores do **acórdão recorrido** e do **Acórdão paradigma nº 9101-002.832** de forma diametralmente oposta com relação a tributação dos lucros supostamente auferidos por controladora na Argentina com base no art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, estando presente, pois, a exigida divergência interpretativa.

Por fim, cumpre destacar que não procede o argumento do sujeito passivo no sentido de que não haveria divergência jurisprudencial entre os acórdãos recorrido e paradigma, por terem partido de premissas distintas. Isso porque, frise-se, ambos os casos analisaram a mesma situação e chegaram a conclusões diametralmente opostas quanto à aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 para a tributação dos lucros relativos a coligadas situadas em países com acordo para evitar a bitributação firmado com o Brasil.

Diante do exposto, deve ser conhecido o recurso especial da Fazenda Nacional.

II – MÉRITO

No mérito, nos cumpre analisar se os lucros auferidos pelas empresas Holdtotal e Loma Negra, controladas da Recorrente sediadas na Argentina, país com o qual o Brasil firmou acordo para evitar a dupla tributação da renda, podem ser tributados no Brasil por força do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, que assim dispunha à época dos fatos:

> Artigo 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

DOCUMENTO VALIDADO

> 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.

A constitucionalidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 foi analisada pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 2588), na qual se concluiu, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, pela sua inconstitucionalidade com relação às coligadas situadas em país sem tributação favorecida, bem como pela sua constitucionalidade no que se refere às controladas em país com tributação favorecida.

A situação específica das controladas situadas em países sem tributação favorecida – como ocorre com as empresas ora em questão – embora tenha sido analisada na ADI nº 2588, não foi objeto de maioria suficiente para a corresponde atribuição de efeitos erga omnes e vinculantes. E, igualmente, a não foi enfrentada nos referidos autos a compatibilidade entre o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 e os acordos para evitar a dupla tributação da renda, como aquele celebrado entre o Brasil e a Argentina ora em exame. Diante disso, até o presente momento, não há nada que vincule os julgadores do presente Conselho com relação a tais temas.

No enfrentamento da matéria, inicialmente, é preciso rememorar que o art. 98 do CTN estabelece que "[o]s tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha". E, como explica Regina Helena Costa, "as normas contidas em tais atos, por serem especiais, prevalecem sobre a legislação interna, afastando sua eficácia no que com esta forem conflitantes (critério da especialidade para a solução de conflitos normativos)[4].

Diante disso, no caso de países com tratado para evitar a dupla tributação da renda firmado com o Brasil, como é o caso da Argentina, é preciso analisar o teor do referido ato que, em caso de incompatibilidade, prevalecerá em face da legislação interna, no caso, o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001.

Nos termos do artigo 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 Impostos sobre a Renda ("acordo para evitar a dupla tributação da renda firmado entre Brasil e Argentina"), aprovada pelo Decreto nº 87.976/1982, os lucros de uma empresa localizada em um país somente poderão ser lá tributados, ao menos que tais lucros sejam atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado no outro país. Confira-se:

> ARTIGO VII

[4] COSTA, Regina Helena. Código tributário nacional comentado: em sua moldura constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 225

DOCUMENTO VALIDADO

Original

DOCUMENTO VALIDADO

> 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 a medida em que sejam atribuíveis a esse estabelecimento permanente.
>
> 2. Com ressalva das disposições do parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos, em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente, os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente.
>
> 3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente, é permitido deduzir as despesas que tiverem sido feitas para a consecução dos objetivos do estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os encargos gerais de administração assim realizados.
>
> 4. Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de comprar bens ou mercadorias para a empresa.
>
> 5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente nos outros artigos da presente Convenção, as disposições desses artigos não serão afetadas pelas disposições deste Artigo.

Ademais, de acordo com o art. 10º da referida convenção, a tributação incidente sobre dividendos somente pode ocorrer com relação aos dividendos pagos por uma sociedade residente em um país aos residentes no outro país. Veja-se:

> 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.
>
> 3. O disposto nos parágrafos 1 e 2 não se aplicam se o beneficiário dos dividendos, residente de um Estado Contratante, tiver, no outro Estado Contratante de que é residente a sociedade que paga os dividendos, um estabelecimento permanente ou uma base fixa a que estiver efetivamente ligada à participação geradora dos dividendos. Nesse caso, serão aplicáveis as disposições dos Artigos VII ou XIV, conforme o caso.

> 4. O termo "dividendos", usado no presente 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.
>
> 5. Quando uma sociedade residente da Argentina tiver um estabelecimento permanente no Brasil, esse estabelecimento permanente poderá aí estar sujeito a um imposto retido na fonte de acordo com a legislação brasileira.
>
> 6. Quando uma sociedade residente de um Estado Contratante receber lucros ou rendimentos do outro Estado Contratante, esse outro Estado Contratante não poderá cobrar qualquer imposto sobre os dividendos pagos pela sociedade, exceto à medida em que esses dividendos forem pagos a um residente desse outro Estado ou à medida em que a participação geradora dos dividendos estiver efetivamente ligada a um estabelecimento permanente ou a uma base fixa situados nesse outro Estado, nem sujeitar os lucros não distribuídos da sociedade a um imposto sobre lucros não distribuídos, mesmo se os dividendos pagos ou os lucros distribuídos consistirem total ou parcialmente de lucros ou rendimentos provenientes desse outro Estado.

Ao tratar da compatibilidade entre o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 e o art. 7º das convenções brasileiras, o Professor Sérgio André Rocha explica que o "artigo 74 da MP 2.158 (...) tributava lucros auferidos por controladas no exterior que, de acordo com o artigo 7 (1) das convenções internacionais tributárias celebradas pelo Brasil, somente poderiam ser tributados pelo país onde tais controladas estivessem situadas". E acrescenta que "o artigo 7 (1) estabelece uma ausência de poder tributário objetiva para que se gravem lucros de uma pessoa residente em um dos estados contratantes", o que, ao fim e ao cabo, resulta na impossibilidade de aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 para tributar o reflexo dos lucros não distribuídos no patrimônio da detentora da participação societária[5].

No que se refere ao art. 10, explica o referido professor que, na eventualidade de se entender que o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 autoriza a tributação de dividendos fictos – o que não procede -, o art. 10 impediria a tributação dos valores sem que houvesse o seu efetivo pagamento[6]. Em outras palavras: ainda que se interprete o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 como sendo uma norma de tributação de dividendos fictos, o dispositivo não teria aplicação no caso de controladas situadas em países cujo acordo para evitar a dupla tributação da renda prevê

[5] ROCHA, Sérgio André. Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 174-176

[6] ROCHA, Sérgio André. Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 78-79.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

competência tributária concorrente[7], entre o país da fonte e da residência, apenas com relação aos dividendos pagos.

Diante disso, quer se entenda que o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 alcança os lucros da controlada no exterior, quer se defenda que o referido dispositivo abarca os dividendos não distribuídos, a sua tributação estará vedada por força dos artigos 7º e 10º do acordo para evitar a dupla tributação da renda firmado entre Brasil e Argentina.

Mas, ainda que assim não se entenda, no presente caso há um argumento adicional que impede a aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, em razão do item 2 do art. 23 do acordo para evitar a dupla tributação da renda firmado entre Brasil e Argentina, que assim dispõe:

> 2. Os dividendos pagos por uma sociedade residente da Argentina a uma sociedade residente do Brasil detentora de mais de 10 por cento do capital da sociedade pagadora, que sejam tributáveis na Argentina de acordo com as disposições da presente Convenção, estarão isentos do imposto no Brasil.

Explica-se: a tese defendida pela Autoridade Fiscal e encampada pelo acórdão paradigma é de que as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35/01 e as dispostas nos acordos para evitar a dupla tributação da renda não são incompatíveis, na medida em que "os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário" – e não os lucros da controlada no exterior. Isto é, o que se tributa é o resultado positivo da investida refletido na contabilidade da investidora por meio do Método da Equivalência Patrimonial ("MEP").

Ora, se os dividendos, se e quando pagos, serão isentos, nos termos do item 2 do art. 23 do acordo para evitar a dupla tributação da renda firmado entre o Brasil e a Argentina, não é razoável a legislação brasileira pretender tributar esses mesmos lucros antes da distribuição em razão da aplicação do MEP. Sobre o tema, são as lições de Sergio André Rocha:[8]

> Alguns tratados brasileiros possuem uma regra específica em seu artigo 23, estabelecendo a isenção dos dividendos distribuídos. Este é o caso dos tratados com Áustria, Argentina, Equador, Espanha e Índia. Nesses casos, haveria um argumento adicional para sustentar a incompatibilidade do artigo 74 com as convenções internacionais tributárias. (...)
>
> O afastamento das regras de tributação de lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior no caso de tratados que possuem regra de isenção de dividendos distribuídos nos parece óbvio.

[7] É igualmente polêmico o fato de a competência tributária para a tributação dos dividendos pagos ser concorrente entre os países da fonte e da residência. Sobre o tema: ROCHA, Sérgio André. Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 79.

[8] ROCHA, Sérgio André. Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 80-81.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> Sabe-se que um dos principais vetores do Direito Internacional Público é o princípio da boa-fé, que inspira o pacta sunt servanda, o qual, por sua vez, exige que os países cumpram as obrigações pactuadas. Ora, se o Brasil assumiu a obrigação de não tributar dividendos distribuídos, parece-nos verdadeiro caso de violação do pacto internacional alcançar esses mesmos dividendos isentos em momento anterior, enquanto ainda lucros contabilizados no balanço da empresa investida no exterior.

Portanto, independentemente da tese que se defenda com relação ao alcance do art. 74 da MP nº 2.158-35/01 – se tributa os lucros (ainda que fictos) da controlada no exterior, os dividendos da controladora no Brasil ou o reflexo dos lucros da controlada no exterior nos resultados da controladora no Brasil – os artigos 7º, 10º e 23º do acordo para evitar a dupla tributação da renda firmado entre Brasil e Argentina impedem a sua aplicação.

III - CONCLUSÕES

Diante do exposto, voto por CONHECER do recurso especial e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Assinado Digitalmente

Maria Carolina Maldonado Mendonça Kraljevic

VOTO VENCEDOR

Conselheira Edeli Pereira Bessa, redatora designada.

A I. Relatora restou vencida em seu entendimento contrário à pretensão fazendária. A maioria qualificada do Colegiado compreendeu que o recurso especial da PGFN deveria ser provido, restabelecendo-se a incidência sobre os lucros auferidos pela Contribuinte por intermédio das investidas Holdtotal S/A e Loma Negra Cementos S/A, situadas na Argentina, vez que o art. 7º do Tratado Brasil-Argentina não impede a tributação dos lucros da controladora brasileira nos quais foram refletidos, por equivalência patrimonial, os lucros das investidas situadas na Argentina, assim confirmando que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 tributa lucros da investidora brasileira, e não dividendos fictamente distribuídos.

A questão de mérito posta já foi apreciada por este Colegiado na sessão de 12 de maio de 2017, em relação a lucros auferidos pela Contribuinte na Argentina, nos anos-calendários 2006 e 2007. Naquela ocasião os Conselheiros acordaram, por voto de qualidade, dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, vencidos *os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa (suplente convocado) e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento.* O relator, Conselheiro André Mendes de Moura, foi acompanhado pelos

DOCUMENTO VALIDADO

Original

conselheiros Adriana Gomes Rêgo, Rafael Vidal de Araújo e Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente).

A decisão está formalizada no Acórdão nº 9101-002.832, aqui admitido como paradigma de divergência, e assim ementado:

> ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA – IRPJ
>
> Ano-calendário: 2006, 2007
>
> ART. 74 DA MP Nº 2.158-35, DE 2001. TRATADO BRASIL-ARGENTINA PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO DE RENDA. MATERIALIDADES DISTINTAS.
>
> Não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Argentina para evitar bitributação de renda. Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário.
>
> OPERACIONALIZAÇÃO DA NEUTRALIDADE DO SISTEMA E SUPERAÇÃO DO DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO.
>
> A neutralidade do sistema de tributação quando investidor e investida estão localizadas no Brasil opera-se mediante a exclusão dos resultado positivo da investida apurado via Método de Equivalência Patrimonial no lucro real da investidora, porque os lucros da investida já foram tributados no Brasil pela mesma alíquota que seriam se o fossem pela investidora. Estando investidor no Brasil e investida no exterior, se a alíquota no exterior é menor do que a brasileira, quebra-se a neutralidade do sistema, e viabiliza-se diferimento por tempo indeterminado da tributação, caso a investidora, que detém poder de decisão sobre a investida, decida não distribuir os lucros. Por isso, o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, ao determinar que os lucros sejam auferidos pelo investidor brasileiro, na medida de sua participação, ao final de cada ano-calendário, dispondo sobre aspecto temporal, evitou o diferimento, e, ao mesmo tempo, o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, autorizou a compensação dos impostos pagos no exterior, viabilizando a neutralidade do sistema.

As razões de decidir expostas no referido julgado, a seguir transcritas, são aqui adotadas por refletirem o entendimento da maioria qualificada deste Colegiado acerca da matéria:

> Transcrevo o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001:
>
> > *Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.*

DOCUMENTO VALIDADO

Original

A decisão recorrida partiu do pressuposto de que a norma, ao falar da incidência sobre o lucro **disponibilizado** à controladora no Brasil por sua controlada no exterior, estaria, na realidade, tratando da materialidade *dividendos.*

Não obstante a substanciosa argumentação do voto, entendo que a materialidade sobre o qual incide a tributação do art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, trata de lucros, e não de dividendos.

Os dividendos dependem da existência de resultado positivo da empresa. **Constituem-se em uma das destinações dadas ao resultado**. Necessariamente, são de *quantum* inferior ao dos lucros.

MARTINS[9], no Manual de Contabilidade Societária, discorre sobre a existência de dividendos (1) fixo/mínimos prioritários, e (2) obrigatórios, respectivamente previstos nos arts. 203 e 202 da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das S/A), incidentes sobre **percentual do lucro**, e propõe a seguinte ordem de distribuição:

Ordem	Descrição	Artigo Lei das S/A
1º	Prejuízos Acumulados	189
2º	Reserva Legal	193
3º	Div. Fixo/mínimo prioritários preferencial, inclusive cumulativos	203
4º	Reserva Contingências	195
5º	Reserva Especial Div. Não Distribuídos	202 (§§ 4º e 5º)
6º	Reserva Lucros a Realizar	197/202, inc. II
7º	Dividendo Obrigatório	202
8º	Reserva Retenção de Lucros e Reserva Estatutária	194, 196 e 198

Na realidade, apesar de o termo "disponibilizados" conferir razoável margem a dúvida, vez que, se seriam lucros disponibilizados, seriam aqueles **destinados** a quem de direito, a disponibilização trata do **aspecto temporal** da norma, ou seja, do momento em que os lucros foram entregues aos sócios.

Nesse contexto, em relação ao art. 74 em debate, o aspecto **material** trata dos **lucros** auferidos no exterior, por intermédio das controladas ou coligadas, em *quantum* proporcional à participação da controladora do Brasil sobre o investimento.

Como já visto, o lucro pode ter diversas destinações. Contudo, a legislação brasileira adotou, para os lucros percebidos no exterior por meio de investimentos em controladas ou coligadas, um tratamento diferenciado.

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

Para investimentos no Brasil, a investidora contabiliza o resultado positivo da investida, proporcional à sua participação, e exclui o resultado na apuração do lucro real. Nesse caso, viabiliza-se a neutralidade porque, como o lucro auferido

[9] MARTINS, Eliseu... [et. al]. Manual de Contabilidade Societária, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4337.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

pela investida já foi tributado no Brasil, não cabe sua tributação no resultado da investidora. E principalmente porque a investida encontra-se no Brasil, ou seja, os lucros auferidos pela investida são necessariamente oferecidos à tributação.

Situação diferente ocorre quando o investimento tem sede no exterior.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se pode observar, não se pode falar em bitributação. A neutralidade da tributação entre investida e investidora é operacionalizada por meio de outro mecanismo, mediante compensação do que a investida já recolheu aos cofres no

DOCUMENTO VALIDADO

exterior, e supera-se a questão do diferimento de tributação por tempo indeterminado. **A tributação só se consuma se as alíquotas no exterior foram inferiores à praticadas no Brasil**. Inclusive, é precisamente a situação tratada no caso concreto. Registre-se que a autoridade autuante deduziu do lançamento fiscal, com correção, os valores pagos pela Contribuinte a título de imposto de renda na Argentina.

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

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

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

> *As convenções internacionais para evitar dupla tributação que seguem o modelo da OCDE trazem uma regra de tributação exclusiva dos lucros disposta no Parágrafo 1 do Artigo 7, segundo a qual os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exercer suas atividades na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis àquele estabelecimento permanente. Transcreve-se a redação do citado parágrafo:*
>
> "Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável."
>
> *26. Assim, para entender a compatibilidade entre os acordos celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação que seguem o modelo da OCDE e a legislação sobre a tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior, é importante destacar o Comentário da própria OCDE sobre o Parágrafo 1º do Artigo 7 da Convenção Modelo (tradução livre):*
>
> " 10.1 O propósito do §1º é traçar limites ao direito de um Estado Contratante tributar os lucros de empresas situadas em outro Estado Contratante. O parágrafo não limita o direito de um Estado Contratante tributar seus residentes com base nos dispositivos relativos a sociedades controladas no exterior encontradas em sua legislação interna, ainda que tal tributo, imposto a esses residentes, possa ser computado em relação à

DOCUMENTO VALIDADO

parte dos lucros de uma empresa residente em outro Estado Contratante atribuída à participação desses residentes nessa empresa. O tributo assim imposto por um Estado sobre seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa de outro Estado e não se pode dizer, portanto, que teve por objeto tais lucros."

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

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

29. É certo que a função primordial dos tratados é promover, mediante a eliminação da dupla tributação, as trocas de bens e serviços e a movimentação de capitais e pessoas. Esse objetivo é igualmente alcançado uma vez que o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, autoriza a compensação dos tributos pagos no exterior, na hipótese de reconhecimento de lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real. Portanto, a aplicação da norma interna brasileira não acarreta a bitributação econômica dos lucros decorrentes de investimentos no exterior.

30. Além disso, é importante ressaltar que, segundo o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, os acordos para evitar dupla tributação também têm por escopo a prevenção da elisão e evasão fiscal, já que os contribuintes poderiam ser tentados a abusar da legislação fiscal de um Estado, através da exploração das diferenças entre as várias legislações dos países ou jurisdições, de maneira a evitar a dupla não tributação.

Transcreve-se, por elucidativo, o parágrafo 7 dos Comentários da Convenção-Modelo:

" 7. O objetivo principal das convenções para evitar a dupla tributação é promover, mediante a eliminação da dupla tributação internacional, o comércio internacional de bens e serviços, e a circulação de capitais e de pessoas. Também é objetivo das convenções evitar a fraude e evasão fiscal.

7.1 Os contribuintes podem ser tentados a abusar das leis tributárias do Estado, explorando as diferenças entre as legislações dos países ... "

Assim, tendo em vista que o Tratado Brasil-Argentina não se aplica ao caso em análise, tanto para IRPJ quanto para CSLL, resta superada apreciação do mérito do

DOCUMENTO VALIDADO

> recurso especial interposto pela Contribuinte, em relação à inclusão da CSLL no tratado internacional em debate.
>
> Isso porque, como já visto, não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Argentina para evitar bitributação de renda. Assim, os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário, havendo, nesse contexto, incidência do IRPJ e da CSLL. Na realidade, eventual aplicação do tratado para a CSLL dar-se-ia se tivesse ocorrido a tributação dos lucros auferidos pelos sócios residentes na Argentina, o que não ocorreu no caso concreto, vez que a tributação se direcionou apenas aos sócios residentes no Brasil.
>
> Portanto, nego provimento ao recurso da Contribuinte.

Nestes termos, o precedente demonstra inexistir incompatibilidade entre a norma interna e o acordo internacional, incidindo a tributação sobre os lucros auferidos pela controladora brasileira, o que afasta a aplicação dos Artigos 7 e 10 do referido Tratado. Em tais circunstâncias, deixa de ter qualquer relevo a interpretação que a Contribuinte extrai das disposições do Artigo 10, uma vez demonstrado que a incidência se dá sobre lucros, bem como esclarecido ser outro o conteúdo atribuído ao termo "disponibilizados" presente no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Para além disso, como bem-posto no voto condutor do Acórdão nº 9101-002.832, a tributação dos lucros da empresa brasileira *não deve estar subordinada à política tributária adotada pelo país onde se encontra o investimento*, pois como a controladora brasileira detém ***poder de decisão*** *sobre a investida, pode optar em não receber os lucros auferidos* e assim operacionalizar *um diferimento em tempo indeterminado da tributação.*

E isto também em razão de a norma contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 se enquadrar no conceito de legislação de controladas no exterior (*Controlled Foreign Corporations* – CFC), consoante tem decidido este Colegiado, como é exemplo o Acórdão nº 9101-002.332, de 04 de maio de 2016, orientado pelo voto do ex-Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão. De seus termos são extraídos os fundamentos para reafirmar a compatibilidade da norma legal em referência com os Artigos 7 e 10 dos acordos internacionais, em análise feita tendo em conta os comentários às Convenções Modelo da OCDE e da ONU:

> O recorrente sustenta de início que se aplica ao caso o art. 7º da Convenção Brasil-Holanda de modo a afastar a incidência da norma contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/ 2001.
>
> Em sua linha argumentativa no recurso especial o recorrente sustenta pela aplicação do art. 7º da Convenção Brasil-Holanda, e da prevalência dos acordos internacionais sobre o direito interno, com base no art. 98 do CTN em jurisprudência do STF e do STJ. Neste aspecto específico (prevalência dos acordos internacionais tributários sobre o direito interno) concordo com o recorrente,

DOCUMENTO VALIDADO

porém o que ocorre *in casu* é que não há conflito entre a norma convencional e a norma interna, que são compatíveis, conforme se demonstrará adiante.

Ao contrário do recorrente, entende-se correto o Ac. recorrido quando sustenta para efeitos da discussão dos presentes autos que (fls. 2.192-2.193):

> *Ora, no caso em tela estamos falando de uma empresa domiciliada no Brasil e de suas receitas de participação nos lucros de uma controlada na Holanda. Ou seja, totalmente inaplicável o art. 7°, pois esse dispositivo só vedaria a tributação, pelo Brasil, de lucros aqui auferidos por empresa holandesa sem estabelecimento permanente no território nacional.*

O recorrente insiste que "os lucros são da empresa estrangeira". De fato são, ocorre que a empresa estrangeira pertence a uma empresa brasileira e esta é que está sendo tributada.

Adiante o recorrente cita acórdãos do CARF e do STJ para sustentar sua posição – aspectos que retomaremos adiante.

Seguem as razões pelas quais concordo com as conclusões do Ac. recorrido e não entendo procedentes os argumentos do recorrente e do i. Relator.

A tributação em bases universais para as pessoas jurídicas no Brasil que passou a ser disciplinada pelos arts. 25 a 27, Lei n. 9.249/1995 visa tributar as pessoas jurídicas brasileiras em relação à variação patrimonial positiva (acréscimo patrimonial) referente às suas atividades empresariais fora do País, o que antes não era feito. A questão gira, de fato, em torno do momento em que é feita essa tributação (aspecto temporal do fato gerador, como bem argumentado no Ac. recorrido), uma vez apurado o lucro da entidade investida (seja controlada ou coligada no exterior ou mesmo nos casos de investimento não relevante em que não se utiliza o método da equivalência patrimonial).

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

...

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

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

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

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei no9.249, 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.

Veja-se que não se pode dizer que não disponibilidade jurídica, pois há. Tanto é que a controladora pode ter o lucro distribuído aqui no Brasil, conforme demonstra o C. Alberto Pinto em seu voto no Acórdão n. 1302-001.630 em trecho abaixo transcrito (fls. 2.127) (a legislação referida estava em vigor à época dos fatos geradores):

*14. Verificado quando se deve aplicar o MEP, cabe agora analisarmos a mais importante conseqüência da sua aplicação, qual seja, <u>o reconhecimento pela investidora dos lucros da investida ao mesmo tempo em que são produzidos, independentemente de terem sido distribuídos</u>. Com isso, antes mesmo de serem recebidos, os lucros das investidas avaliadas pelo MEP já representam um acréscimo patrimonial na investidora, pois, como bem ensina Modesto Carvalhosa (*in *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, vol. 4 – tomo II, ed. Saraiva, pág. 50):*

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

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

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

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

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

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

§ 2º [...]

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

Deve-se deixar claro que esta forma de tributação é possível, corriqueira e constitucional em face da CF/88. Trata-se da prática corrente de tributação internacional, embora a lei brasileira (art. 74 da MP n. 2.158-34/ 2001) tenha fugido um pouco dos padrões internacionais ao tributar antecipadamente à distribuição tanto os lucros decorrentes de rendas ativas quanto de rendas passivas, de maneira genérica. Contudo, não há como fugir do fato de que renda é renda (independentemente de sua natureza jurídica, cláusula *non olet*). Assim tributar ou não determinada modalidade de renda é meramente uma questão de

DOCUMENTO VALIDADO

política tributária. Por outro lado o STF ao julgar o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 (ADIn 2.588/DF) deixou bem claro que esta forma de tributação é constitucional, ou seja, é possível se tributar os lucros da controlada no exterior ainda que não distribuídos ao beneficiário efetivo residente no Brasil, i.e., ainda que não efetivamente distribuído ao controlador ou possuidor das cotas e capital residente no Brasil. O STF, por outro lado, restringiu a tributação das coligadas, entendendo constitucional somente se a investida estiver operando em paraísos fiscais (um arroubo de legislador positivo interferindo em atribuições constitucionais típicas de outros poderes do Estado, mas a decisão é definitiva neste aspecto). De lembrar, por oportuno, que o STF não decidiu sobre o efeito da incidência das convenções para evitar a dupla tributação, mesmo porque há dúvidas se este tema é matéria de índole constitucional.

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

Veja-se que as diversas normas CFC existentes no diversos países tem diversos contornos, sendo que algumas só tributam rendas passivas, outras tributam rendas passivas e ativas (embora algumas dessas possam ser excluídas) (e.g., China, França e Nova Zelândia), outras tributam também as rendas ativas a depender do percentual em relação às rendas passivas (e.g., Turquia) não podendo, portanto este ser um critério de distinção. O conceito do que é uma empresa sujeita ao regime de norma CFC varia muito, dependendo do percentual de participação (e.g., na Nova Zelândia é 10%) e de outros fatores. Alguns países tem "listas negras" às quais se aplicam as normas CFC, outros tem "listas brancas" aos quais não se aplica, outros não tem lista nenhuma para efeito de aplicação da norma CFC. Alguns países tributam, via norma CFC, expressamente como distribuição presumida de dividendos, outros tem normas com estrutura semelhante à brasileira. Também o critério de definição do que é uma empresa controlada no exterior (CFC) para efeito de aplicação das normas típicas varia muito de país para país; alguns focam em evasão tributária, outros países tem normas de escopo mais amplo. Em suma, não há um padrão, e não há definição consensual do que seja uma norma CFC. Há apenas um ponto comum nas normas CFC: evitar o adiamento da tributação por tempo indefinido (*antideferral*) – e este requisito a norma brasileira cumpre. Mesmo a imputação de que a norma

DOCUMENTO VALIDADO

brasileira é genérica não se lhe aplica, visto que nos casos de investimento não relevante (critério que pode ser diferente em outro país), a tributação só se dá na distribuição dos dividendos. O fato da norma CFC brasileira ser uma norma "forte", visando coibir práticas elisivas agressivas de uma forma mais estrita, não retira dela a natureza de norma CFC (aspectos que foram mitigados pelo novo tratamento do tema pela Lei 12.973/2014).

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

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

[10] The use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions. A significant number of member and nonmember countries have now adopted such legislation. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities. It has sometimes been argued, based on a certain interpretation of provisions of the Convention such as paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10, that this common feature of controlled foreign companies legislation conflicted with these provisions. For the reasons explained in paragraphs 14 of the Commentary on Article 7 and 37 of the Commentary on Article 10, that

DOCUMENTO VALIDADO

Neste sentido há que se concordar com os argumentos trazidos nas contrarrazões, conforme transcrito adiante (fls. 2.509-2.510):

> *O problema apontado por alguns, quando examinam o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, é que ele teria sido amplo demais. A crítica à abrangência do dispositivo enfoca, mais precisamente, o fato de o legislador não ter limitado sua aplicação aos países com regime de tributação favorecida – método jurisdicional –e por não ter havido preocupação com a espécie de rendimento submetido ao regime CFC – método transacional.*
>
> *Apesar de pertinentes as críticas, é preciso enfatizar que essa foi a escolha feita pelo país ao adotar o seu regime CFC. Implica dizer que* ***o legislador pátrio optou por não seguir integralmente as orientações da OCDE, o que é perfeitamente normal e válido****. Vale lembrar que* ***os trabalhos, orientações, relatórios e modelos elaborados pela OCDE não tem força cogente sobre nenhum país – nem mesmo para os seus membros****. Portanto,* ***o fato de o Brasil ter escolhido não incluir o método jurisdicional e o método transacional na legislação apenas indica uma opção de política fiscal****. Contudo,* ***isso não pode servir de fundamento para afirmar que não se pretendia instituir uma norma CFC por meio do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001****. Nesse ponto, basta lembrar os elementos examinados acima –gramatical, histórico e finalístico – para se concluir pela natureza CFC da norma inserida no referido art. 74.*
>
> *Ademais, cumpre rebater uma crítica que constantemente é lançada contra a norma CFC brasileira, qual seja: não seguir o "padrão internacional", uma vez que a maioria dos países, ao adotarem normas CFC, utilizam o método transacional e o jurisdicional como parâmetro. Em relação a esse aspecto, importante ressaltar que o fato de a norma brasileira ser diferente não retira a sua natureza de norma CFC. Primeiramente, cumpre frisar que o Brasil não está obrigado a seguir nenhum modelo – ainda mais da OCDE, que consiste em organização internacional da qual o Brasil não faz parte. Implica dizer que não existe nenhuma norma cogente, interna ou externa, que imponha ao Brasil a adoção de um modelo específico de legislação CFC.*
>
> *Por seu turno, relevante ressaltar que* ***a essência da norma CFC foi preservada*** *no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, visto que se* ***estabeleceu um regime específico para a tributação dos rendimentos auferidos por intermédio de controladas e coligadas situadas no exterior – de modo a concretizar a tributação universal da renda e impedir o***

---

interpretation does not accord with the text of the provisions. It also does not hold when these provisions are read in their context. Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention. UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York: UN, p. 69-70 (disponivel em http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf).

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> ***diferimento por tempo indeterminado da tributação**. Esse aspecto é que deve ser levado em consideração ao definir a natureza da norma CFC, e não a observância de modelos elaborados por organismos internacionais – ainda mais quando o Brasil não for integrante desta organização internacional. Nessa perspectiva, apenas para reforçar o argumento, cabe citar **o exemplo das regras sobre preço de transferência adotadas pelos Brasil**. A Lei no 9.430, de 1996, ao instituir o regime de preço de transferência brasileiro, previu que o cálculo do preço parâmetro observaria a sistemática das margens fixas. Ocorre que essa metodologia é totalmente diferente da que é observada pela maioria dos países – notadamente, os países-membros da OCDE, que seguem o modelo elaborado pela referida organização internacional. Percebam, Srs. Conselheiros, **que ninguém questiona a natureza das normas previstas nos art. 18 e 18-A da Lei no 9.430, de 1996**, isto é, todos concordam que se tratam de regras sobre preço de transferência. Implica dizer que, **mesmo o regime brasileiro de preço de transferência sendo distinto da maioria dos países**, **isso não serviu como justificativa para desqualificar as normas da Lei no 9.430, de 1996**. A mesma lógica deve ser aplicada, agora, à norma CFC brasileira: **não obstante o legislador pátrio ter seguido caminho diferente dos demais países, isso não configura motivo legítimo para rechaçar a natureza de norma CFC do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001**. (Negritos e sublinhados no original).*

Assim, não há como discordar dos argumentos das contrarrazões neste sentido, i.e., que se trata, *in casu*, de norma CFC, visando impedir o diferimento da tributação dos lucros obtidos no exterior, e que está perfeitamente compatível com o art. 43 do CTN.

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

Convém ressaltar que neste ponto há uma divergência entre o voto condutor do C. Alberto Pinto e o voto do C. Eduardo de Andrade (fls. e-2.124-2.128), que acompanhou o voto vencedor pelas conclusões, sustentando que há presunção (a que chama de ficta) na distribuição dos lucros neste caso. Veja-se que tanto um raciocínio como o outro têm duas consequências comuns: mantém a tributação e

DOCUMENTO VALIDADO

afastam a aplicação do art. 7º dos acordos de dupla tributação, sendo que o segundo aparentemente, apenas aparentemente, poderia levar à aplicação do art. 10 (isto porque este art. só se aplica se houver distribuição efetiva) e o primeiro afasta tanto o art. 7º como o art. 10, de pronto. Voltarei a este ponto adiante no meu voto, mas estes esclarecimentos em relação a esses aspectos fazem-se necessários também aqui.

Não se pode concordar com a ideia do recorrente de que está a se tributar o lucro da entidade estrangeira no exterior enquanto no exterior, mas, o que o lucro da controlada no exterior representa em termos de variação patrimonial positiva no patrimônio da entidade brasileira (controladora), sendo esta é que é tributada.

Repise-se, o fato gerador tributável é variação patrimonial positiva identificada na controladora brasileira, que corresponde aos lucros da controlada no exterior.

Não existe, portanto, o exercício de poderes coercitivos e sancionatórios do Fisco brasileiro em território estrangeiro, pois a entidade tributada é a brasileira, em território brasileiro. O fato de a IN n. 213/2003 determinar que se inclua para efeito de cálculo o lucro do exterior antes da tributação é mera metodologia de cálculo, de modo a permitir que o imposto pago no exterior seja deduzido do imposto a ser pago no Brasil, caso contrário, e.i., se fosse pelo valor líquido, sempre haveria tributação, ainda que a alíquota do países estrangeiro fosse maior que a brasileira. Ou seja, se alíquota do país estrangeiro for igual ou maior que a brasileira nada há a pagar, o que só acontece se for inferior à brasileira.

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

> *Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.*
>
> *§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.*
>
> *§ 2º Para fins de compensação, o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.*
>
> *§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.*

DOCUMENTO VALIDADO

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

> *Art. 1º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa.*
>
> *...*
>
> *§ 7º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital de que trata este artigo a serem computados na determinação do lucro real e da base de cálculo de CSLL, serão considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem.*
>
> *...*
>
> *COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR COM O IMPOSTO DE RENDA DEVIDO NO BRASIL*
>
> *Art. 14. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada e o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, poderão ser compensados com o que for devido no Brasil.*
>
> *...*
>
> *§ 7º O tributo pago no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real.*
>
> *...*
>
> *§ 9º O valor do tributo pago no exterior, a ser compensado, não poderá exceder o montante do imposto de renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor dos lucros, rendimentos e ganhos de capital incluídos na apuração do lucro real.*

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

> *CAPÍTULO IV*
>
> *Eliminação da Dupla Tributação*
>
> *ARTIGO 23*
>
> *Eliminação da Dupla Tributação*
>
> *1. Ao tributar os seus residentes, a Holanda pode incluir na base de cálculo os rendimentos que, nos termos desta Convenção, podem ser tributados no Brasil.*
>
> *...*

DOCUMENTO VALIDADO

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

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

Também do ponto de vista histórico o tema deve ser analisado. O artigo 7º das CDT foi pensado para se impedir que sejam tributados na fonte receitas "("lucros" –*profits*) remetidas ao país de residência, sem que haja uma presença efetiva da empresa no outro país, a não ser que o rendimento seja abrangido nos outros itens específicos do tratado. Assim, se tiver um estabelecimento permanente (no que se remete ao art. 5º da CDT, que define os critérios para este fim), ou tiver um subsidiária, uma controlada, os lucros podem ser tributados **também** pelo país em que eles são gerados. Quando o art. 7º foi pensado, no início do século passado e depois na década de 1940 (modelos do México e Londres), não existiam normas CFC, elas surgiram depois, na década de 1960 (primeiramente nos EUA). Assim, não é lógico dizer que o art. 7º foi criado para evitar a aplicação de norma CFC, como fazem alguns, tentando inferir a caracterização da norma do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 como contrária aos princípios que regem a tributação internacional.

Ainda à luz do argumento histórico, não é correto dizer que apenas a partir de 2003 se passou a considerar as normas CFC compatíveis com os tratados. Na verdade, desde o seu surgimento elas são compatíveis com os tratados, basta ver o citado par. 23 dos comentários ao art. 1º que vem de longa data, e veja-se o que diz o texto do referido par. 10.1 (referente á atualização dos comentários à Convenção Modelo da OCDE de 2003, reproduzido nas atualizações até 2014, com pequenas modificações), e corroborado na Convenção Modelo da ONU, como segue:

> *10.1 O número 1 tem como propósito definir os limites ao direito de um Estado Contratante tributar os lucros realizados na sua atividade por empresas residentes do outro Estado Contratante.* ***Em contrapartida, este número não restringe o direito de um Estado Contratante tributar os seus próprios residentes nos termos das disposições relativas às sociedades estrangeiras controladas, constantes da sua legislação interna, ainda que o imposto desse aplicado a esses residentes possa ser calculado em função***

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> ***da parte de lucro de uma empresa residente em outro Estado Contratante, imputável à participação desses residentes na referida empresa.*** *O imposto deste modo aplicado por um Estado aos seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado, pelo que não se pode considerar que o mesmo incide sobre tais lucros (ver também o parágrafo 23 dos Comentários ao Artigo 1.º e os parágrafos 37 a 39 dos Comentários ao Artigo 10º).* [11] *(Negritou-se).*

O fato de que apenas a partir de 2003 o texto do parágrafo 10.1 dos Comentários ao art. 7 passou a constar dos comentários da Convenção Modelo da OCDE, e da ONU a partir de 2011, apenas reflete a consolidação deste entendimento.[12] É verdade que apenas uns poucos países não concordam expressamente com isto: Bélgica (cuja reserva foi transcrita no texto do recurso especial), Irlanda, Luxemburgo e Holanda (**4 dentre os 30 membros da OCDE à época, i.e., menos que 14% dos seus membros, sendo que desses, dois têm notórios regimes privilegiados de tributação**). Contudo, apenas os três primeiros fizeram reservas aos comentários constantes do parágrafo 10.1. do art. 7º - a Holanda não tem reserva no art. 7º ou seus comentários. A bem da verdade, a Holanda faz uma restrição aos comentários do art. 1º da Convenção Modelo da OCDE.

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

---

[11] No original em inglês: 13. The purpose of paragraph 1 is to provide limits to the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises [that are residents] of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents' participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (see also paragraph 23 of the Commentary on Article 1 and paragraphs 37 to 39 of the Commentary on Article 10). UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York: UN, p. 144 (Disponível em http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf) Tradução do texto adaptada de OCDE. Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o Patrimônio (OCDE). Versão Condensada. CEF/DGI/MFPortugal. Coimbra: Almedina, 2005, fl. 179-180.

[12] O relatório da OCDE sobre o tema, publicado após os estudos da Organização, data de 1987 (OECD. Double Taxation Convention and the Use of Base Companies. Paris: OECD, 1987.)

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Há que destacar também, como é assente, que o art. 7º se presta a eliminar a chamada dupla tributação jurídica (tributação sobre a mesma pessoa em relação ao mesmo rendimento, por duas jurisdições diferentes, no mesmo período de tempo) – caso típico da tributação na fonte nas remessas (*vis a vis* à tributação no domicílio do mesmo contribuinte) e não a dupla tributação econômica (tributação do mesmo rendimento por duas jurisdições diferentes, no mesmo período de tempo, nas mãos de duas pessoas diferentes) – que é a suscetível de acontecer com as normas CFC, mas cujos efeitos podem ser mitigados pela aplicação dos art. 23 das convenções modelo e, a depender da situação (preços de transferência), também pelo art. 9º (que trata das empresas associadas). [13] Por esse raciocínio também não se aplica o art. 7º à situação de incidência de norma CFC.

O art. 7º das convenções é um dispositivo que visa disciplinar a tributação dos estabelecimentos permanentes, não permitindo a tributação no outro estado, quando lá não há estabelecimento permanente, aplicando-se os outros artigos do tratado, se for ocaso. No caso em questão não existe a discussão acerca da existência ou não de um estabelecimento permanente, o que existe é uma empresa na Holanda, controlada por uma brasileira (cujas relações se inserem no âmbito do art. 9º da Convenção). Assim, aplica-se, sim, o art. 23, § 5º, da Convenção Brasil-Holanda– veja-se a IN SRF n. 213/2002 que, pela sistemática descrita em seus artigos 13 a 15 permite a dedução do imposto pago na Holanda na sistemática de imputação, coadunando-se integralmente com o referido art. 23, no sentido de evitar que ocorra a dupla tributação, já que o tributo pago na Holanda é considerado para efeitos do pagamento do tributo no Brasil.

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

De toda sorte, ambas formas de intepretação, estática ou dinâmica levam ao mesmo resultado e afastam a aplicação dos acordos de maneira geral, primeiro,

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

conforme demonstrado ao art. 7º, não se aplica de forma alguma ao presente caso, tratando-se de equívoco entender que o art. 7º das Convenções Modelo da ONU e da OCDE foi construído com a finalidade de eliminar a tributação em bases universais dos estados contratantes (que é o que infere se aplicado este dispositivo como quer o recorrente), e, segundo, porque, no caso da intepretação dinâmica, o art. 10, que se aplicaria, não se aplica diretamente porque o art. 10 das Convenções Modelo da ONU e da OCDE só se aplica aos dividendos efetivamente distribuídos, assim como o art. 10 da Convenção Brasil-Holanda. Ou seja, só vai ser aplicado no futuro, quando da efetiva distribuição – mas esta situação independe de qualquer interpretação que não a literal – mas, curiosamente, seria também afastada pela intepretação que o recorrente dá ao art. 7º. Nesta análise cumpre também evidenciar este ponto basta contrastar aqueles argumentos com o que diz o art. 5º, § 8º, da Convenção Brasil-Holanda:

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

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

Em outras palavras, como a recorrente não atua na Holanda por via de um estabelecimento permanente, de forma alguma há que se cogitar da aplicação do art. 7º (quando da efetiva distribuição de dividendos se aplicará o art. 10). [14]

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Veja-se também que o que art. 7º diz e busca preservar refere-se a quando uma empresa tem atuação empresarial no outro país por ela mesma. Se esta atuação se faz por meio de participação em outra empresa residente no outro país (seja via controle ou mera participação societária), o art. 7º não se aplica, mas sim, conforme a circunstância, o art. 9º (nas transações entre as empresas associadas) ou o art. 10 (na distribuição dos lucros ou dividendos– que são tributáveis na fonte e na residência do controlador). E veja-se que art. 9º é no sentido de se atribuir o auferimento de rendimentos resultantes das relações entre empresas nessas condições de forma que os lucros devem ser ajustados ao mesmo montante que seriam os lucros no caso de empresas independentes – princípio *arm´s lenght* e que remete à legislação interna de cada país como fazê-lo (normas de preços de transferência). [15] Ou seja, como já foi dito, a intepretação dada pelo recorrente ao art. 7º impõe ao Brasil, em relação aos países que tenha tratado, uma tributação em bases territoriais e não em bases universais – o que obviamente não é o objetivo das convenções, mas sim a eliminação ou diminuição da dupla tributação. Para esclarecer esse ponto, cumpre reproduzir os comentários à Convenção Modelo da OCDE, de 2005, na introdução aos comentários ao art. 7º, que também são considerados no Modelo da ONU (organização da qual o Brasil faz parte):

> *RELATIVO À TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DAS EMPRESAS*
>
> *Observações prévias*
>
> *O presente Artigo é, em muitos aspectos, a continuação e o corolário do Artigo 5º, que define o conceito de estabelecimento estável. O critério de estabelecimento estável é normalmente utilizado nas convenções internacionais de dupla tributação a fim de determinar se um dado elemento do rendimento deve ser tributado ou não no país em que é realizado; todavia, este critério não oferece só por si uma solução cabal ao problema da dupla tributação dos lucros industriais e comerciais. Para evitar a concorrência de uma dupla tributação deste tipo, é necessário completar a definição de estabelecimento estável, acrescentando uma série de normas acordadas que permitam calcular o lucro realizado pelo estabelecimento estável ou por uma empresa que leve a efeitos operações comerciais com um membro estrangeiro do mesmo grupo de empresas. Pondo a questão de uma forma ligeiramente diferente, quando uma empresa de um Estado Contratante exerce uma actividade comercial ou industrial no outro Estado Contratante, as autoridades deste segundo Estado devem interrogar-se sobre dois pontos antes de tributarem os lucros das empresas: em primeiro lugar, a empresa possui um estabelecimento estável no seu país? Na afirmativa, quais são, eventualmente, os lucros*

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> *relativamente aos quais este estabelecimento estável deve ser tributado? São as regras a aplicar em resposta a esta segunda questão que constituem o objecto do Artigo 7º. As regras que permitem calcular os lucros realizados por uma empresa de um Estado Contratante que efectua operações comerciais com uma Empresa de outro Estado Contratante, quando ambas as empresas pertencem ao mesmo grupo empresarial de facto sobre o mesmo controlo, estão contidas no Artigo 9º.*[16]

O entendimento pela não aplicação do art. 7º às normas CFC, embora objeto de alguma controvérsia, é corrente e aceito na doutrina internacional[17] 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.* [18]

Em relação à jurisprudência internacional, i.e., casos de outros países sobre o tema constata-se que majoritariamente as decisões tendem a afastar a aplicação dos tratados às normas CFC. Veja-se, por exemplo casos recentes como o Cemex Net, [19] decidido pela Suprema Corte do México, em questão que envolvia a norma CFC mexicana e o tratado México-Irlanda (de lembrar que o México é membro da OCDE), mantendo a tributação e sustentando que norma CFC e o referido acordo não são contraditórios, mas complementares. Tal julgado resultou na Tese 166820, de julho de 2009, da SCJN (Suprema Corte de Justiça da Nação) do México, onde se lê:

> *El artículo 212 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que los residentes en México o en el extranjero con establecimiento permanente en*

[16] OCDE. Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Patrimônio (OCDE). CEF/DGI/MFPortugal. Versão Condensada. Coimbra: Almedina, 2005, p. 173.

[17] Ver e.g., LANG, Michael. "CFC Regulations and Double Taxation Treaties". Bulletin for International Fiscal Documentation. Vol 57:2, pp. 51-58 (2003).

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

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

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> *el país pagarán el impuesto por los ingresos de fuente de riqueza ubicada en el extranjero sujetos a regímenes fiscales preferentes que generen directamente o los que generen a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que aquéllos participen, en la proporción que les corresponda. Por otro lado, diversos tratados internacionales para evitar la doble tributación celebrados por México establecen que los ingresos de una empresa residente en un Estado contratante sólo pueden gravarse en ese Estado.* ***En relación con lo anterior, se aprecia que lo que la legislación nacional grava no son directamente las utilidades de las empresas residentes en el extranjero, sino los beneficios que los residentes en México (y los no residentes con establecimientos permanentes en el país) obtienen de su participación en la generación de ingresos en aquellas jurisdicciones, lo que no se contrapone con los tratados mencionados.*** *Esto es, la legislación nacional grava el ingreso que corresponde al residente en territorio nacional o al establecimiento permanente del no residente, determinado conforme al ingreso o rendimiento de la figura jurídica "residente en el extranjero", aun si el dividendo, utilidad o rendimiento no ha sido distribuido y, de esta forma, la legislación mexicana atribuye al contribuyente residente en México o no residente con establecimiento permanente un monto equivalente a los ingresos obtenidos de la entidad o figura residente en aquel Estado conforme a lo que corresponda a la participación directa o indirecta que se tenga en esta última, de donde se advierte que no se grava el ingreso de la entidad residente en el extranjero, sino la parte del rendimiento que corresponde al inversionista y que es susceptible de gravarse, atendiendo a la distinta personalidad del contribuyente en México, y cumpliendo con la intención de hacer pesar en el patrimonio de éste el impacto positivo que corresponde al ingreso, según su participación en el capital, y evitando el diferimiento en su reconocimiento. En ese sentido, se concluye que las disposiciones contenidas en el Capítulo I del Título VI de la Ley del Impuesto sobre la Renta no transgreden el artículo 133 constitucional.* [20] *(Negritos e itálicos nossos).*

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

[20] Disponível em http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/166/166820.pdf

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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

Pelos motivos expostos, entende-se que a decisão recorrida não contradiz a Convenção, pois o art. 7º não se aplica ao caso presente (pois diz respeito a controlada de empresa brasileira no exterior), e também por tratar-se de norma CFC.

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

39. Quando a sociedade controlada distribui efetivamente dividendos, as disposições convencionais relativas aos dividendos são normalmente aplicáveis, dado tratar-se de rendimentos com a natureza de dividendos, nos termos da Convenção. O país da sociedade controlada pode, portanto, sujeitar o dividendo a uma retenção na fonte. O país da residência do acionista aplicará os métodos normais para evitar a dupla tributação (concedendo um crédito de imposto ou uma isenção). ***Assim, a retenção na fonte sobre os dividendos daria direito a um crédito de imposto no país do acionista, mesmo que os lucros distribuídos (dividendos) tivessem sido tributados anos atrás por força das disposições relativas às sociedades estrangeiras controladas ou de outras disposições com idênticos efeitos****.* [21]*É, porém, duvidoso, que a Convenção obrigue a proceder desse modo, neste caso. A maior parte das vezes, o dividendo nessa qualidade fica isento de imposto (por já ter sido tributado por força da legislação ou das regras em causa), podendo dizer-se que a concessão de um crédito de imposto não tem fundamentação. Por outro lado, se fosse possível evitar a concessão de créditos de imposto mediante a simples tributação antecipada do dividendo, em virtude de uma disposição visando impedir a evasão fiscal, tal facto iria contrariar o objetivo da Convenção. O princípio geral atrás enunciado aconselharia a concessão do crédito de imposto, cujas modalidades dependeriam no entanto dos aspectos técnicos deste tipo de disposições ou de regras e dos regimes de imputação dos impostos estrangeiros no imposto nacional, bem como das circunstâncias específicas do caso particular (prazo decorrido desde a tributação do dividendo presumido, por exemplo). Todavia, os contribuintes que recorrem a sistemas artificiais assumem riscos contra os quais não podem ser inteiramente protegidos pelas autoridades fiscais.* [22] *(Negritou-se).*

[21] Nota nossa ao comentário: está a referir-se às normas CFC.

[22] 39. Where dividends are actually distributed by the base company, the provisions of a bilateral convention regarding dividends have to be applied in the normal way because there is dividend income within the meaning of the convention. Thus, the country of the base company may subject the dividend to a withholding tax. The country of residence of the shareholder will apply the normal methods for the elimination of double taxation (i.e. tax credit or tax exemption is granted). This implies that the withholding tax on the dividend should be credited in the shareholder's country of residence, even if the distributed profit (the dividend) has been taxed years before under controlled foreign companies legislation or other rules with similar effect. However, the obligation to give credit in

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> Ademais, com a introdução da norma CFC, a expressão "lucros considerados disponibilizados" contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/ 2001, há que ser interpretada e definida. Como não está definida na Convenção Brasil-Holanda, busca-se o que dispõe seu art. 3º, par. 2 que diz: "2. Para a aplicação desta Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que nela não esteja definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado, relativamente aos impostos aos quais se aplica a Convenção, a não ser que o contexto imponha interpretação diversa." Ou seja, em circunstância que tais a própria Convenção remete ao entendimento contido na própria legislação interna. O tratado tem que ser interpretado com um todo, considerando todas as normas pertinentes. [23] O que reforça o entendimento do Acórdão recorrido no sentido de que corretamente decidiu.

Por tais razões, valem aqui as conclusões assim expostas no referido julgado:

> A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 é norma que visa evitar o diferimento eterno do pagamento do IRPJ decorrente dos ganhos de atividades no estrangeiro das empresas brasileiras, enquadrando-se no conceito de legislação de controladas no exterior (*Controlled Foreign Corporations* – CFC).
>
> O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a cobrança do IRPJ nessa modalidade, inferindo-se, portanto, sua adequação ao que é preconizado pelo art. 43 do CTN, embora tenha concluído por haver restrições no caso das coligadas no exterior – matéria estranha ao presente processo.
>
> A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 não incide sobre o lucro da entidade estrangeira sobre o controle da entidade brasileira, mas sobre o seu reflexo no patrimônio da entidade brasileira, auferível pelo MEP, por conseguinte, não há que se cogitar de aplicação do art. 7º das convenções modelo da OCDE ou da ONU.
>
> A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, ainda que considerada como incidente sobre a distribuição presumida de dividendos, o que afastaria de pronto o art. 7º das convenções modelo da OCDE ou da ONU, afasta também a incidência imediata do art. 10 daquelas convenções visto que o art. 10 só se aplica aos dividendos efetivamente distribuídos – o que não é o caso.

---

that case remains doubtful. Generally the dividend as such is exempted from tax (as it was already taxed under the relevant legislation or rules) and one might argue that there is no basis for a tax credit. On the other hand, the purpose of the treaty would be frustrated if the crediting of taxes could be avoided by simply anticipating the dividend taxation under counteracting legislation. The general principle set out above would suggest that the credit should be granted, though the details may depend on the technicalities of the relevant legislation or rules) and the system for crediting foreign taxes against domestic tax, as well as on the particularities of the case (e.g. time lapsed since the taxation of the "deemed dividend"). However, taxpayers who have recourse to artificial arrangements are taking risks against which they cannot fully be safeguarded by tax authorities. UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York: UN, p. 189 (Disponível em http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf) Tradução do texto adaptada de OCDE. Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o Patrimônio. Versão Condensada. CEF/DGI/MFPortugal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 242-243. (Negritou-se).

[23] AUST, Anthony. Modern Treaty Law and Practice. London: CUP, 2004, p. 202.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

> Como a Convenção de Dupla Tributação Brasil-Holanda não traz norma específica relativa à situação prevista na norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, e não há como fazer incidir no caso o art. 7º ou o art. 10 do referido Acordo, pelas razões já expostas, conclui-se que não há conflito entre a norma interna e a Convenção Brasil-Holanda, sendo inapropriada qualquer alegação no sentido de violação do que dispõe o art. 98 do CTN (norma de resolução de conflitos)
>
> À vista dessas conclusões, com o devido respeito às posições contrárias, ficam afastados inelutavelmente os argumentos do recorrente e do voto do i. Relator, confirmando-se as conclusões do Ac. recorrido, pelo que nego provimento ao recuso especial do contribuinte em relação ao IRPJ.
>
> Como já exposto, desnecessário discutir aqui se o tratado abrange também a CSLL, tendo em vista o que dispõe o art. 11 da Lei n. 13.202, de 8 de dezembro de 2015.
>
> Assim, embora se entenda que os tratados abrangem também a CSLL, no caso presente o que não se aplica é o Convenção Brasil-Holanda, por conseguinte mantém-se a decorrência do lançamento em relação à CSLL.

Oportuno, também, incorporar as razões de decidir expostas pelo relator vencido no acórdão recorrido, ex-Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório:

> A compreensão sobre a natureza da tributação envolvendo os lucros auferidos no exterior é fundamental para o enfrentamento das razões alegadas pela recorrente.
>
> A tributação em bases universais das pessoas jurídicas residentes no Brasil tem 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.
>
> Após uma turbulência legislativa[24], restou estabelecido que esse dispositivo somente permitiria a tributação depois que os mencionados lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior fossem disponibilizados à pessoa jurídica situada no Brasil.
>
> Posteriormente, a Medida Provisória (MP) nº 2.158-35/01 promoveu duas significativas mudanças nesse quadro: com o artigo 21, a tributação foi estendida à CSLL[25]; e com o artigo 74, definiu-se que a disponibilização ocorrerá antes e

[24] Essa turbulência se deu 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 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.

[25] 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.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

independentemente de qualquer distribuição no caso de lucros auferidos por empresas controladas e coligadas da pessoa jurídica brasileira. Confira-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. 1ºda 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 de sua amplitude, que teria ido além do padrão internacional ao alcançar empresas coligadas, lucros auferidos em países sem tributação favorecida e rendas ativas, importa notar que esse artigo 74 vai ao encontro das regras criadas em vários países em sintonia com o fenômeno da transparência fiscal internacional[26]. Trata-se de normas antielisivas específicas que possuem a finalidade de evitar o diferimento da tributação dos lucros de empresas qualificadas como *controlled foreign corporations (CFC).*

Há quem entenda que, no caso brasileiro, o caráter antielisivo é suplantado pelo arrecadatório justamente por causa daquela maior amplitude. Neste sentido, a norma veiculada com o artigo 74 não poderia ser considerada uma verdadeira regra CFC. Nada obstante, o recente relatório final divulgado no âmbito da Ação 3 do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting - BEPS*[27], conduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sob determinação de todos os países pertencentes ao chamado G-20 (dentre os quais, notoriamente, se inclui o Brasil), deixou claro que as diversas jurisdições podem e devem erigir regras internas para conter as possibilidades de elisão tributária a partir dos lucros auferidos no exterior, sendo absolutamente flexível a política que se queira adotar quanto à amplitude dos contribuintes e dos tipos de renda alcançados.

Impõe-se, então, compreender a sistemática adotada por esses comandos legais. As noções elementares da disciplina do direito tributário internacional são manifestas quanto à necessidade de haver um critério de conexão para que uma determinada renda possa ser tributada por um país. Ainda que alguns acrescentem o critério da nacionalidade, o mais comum é que os países utilizem conjuntamente os critérios da residência e da fonte para estabelecer aquela conexão. Assim, a renda de uma pessoa ou empresa, onde quer que seja auferida, poderá sempre ser tributada pelo país no qual ela mantém a sua residência. A

[26] Cf. João Francisco Bianco. Transparência Fiscal Internacional. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 15 a 39.
[27] Cf. 2015 OECD Report: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules.

DOCUMENTO VALIDADO

conexão, neste caso, se faz pelo critério da residência. Por sua vez, o país onde a renda foi gerada ou de onde se originou o pagamento pela sua geração (no caso de não serem o país da residência) possuirá também uma conexão para a tributação pelo critério da fonte. Daí decorre toda a lógica da possibilidade da bitributação e dos consequentes métodos para a sua eliminação (incluindo a celebração dos conhecidos acordos de bitributação).

Nesse sentido, é de se observar que a lei não teria eficácia se quisesse tributar diretamente os lucros de uma controlada ou coligada situada no exterior. O lucro não é gerado no Brasil e a empresa não é considerada residente. Ou seja, não há conexão (residência ou fonte) capaz de dar efetividade à jurisdição tributária brasileira. Por isso, é um disparate dizer que a lei tributa o lucro da empresa no exterior.

O que ela 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 acréscimo patrimonial e disponibilidade da renda, determinando que se tribute como lucro da empresa brasileira um 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, praticabilidade, 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 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. Diferentemente do que ocorre em alguns países onde a renda segue a teoria da fonte definida em espectros cedulares, o conceito de renda adotado no Brasil segue a teoria do acréscimo patrimonial (segundo o modelo desenvolvido pelos financistas Georg Schanz, Robert Haig e Henry Simons - modelo SHS) definido numa amplitude global[28] Isso significa que considera-se renda quaisquer fluxos monetários e demais benefícios (que possam também ser avaliados em termos

Cf. Reuven S. Avi-Yonah, Nicola Sartori e Omri Marian, Global Perspectives on Income Taxation Law. New York: Oxford, 2011, pp. 17 a 23[28]

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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 43[29].

E não há nenhuma ofensa aos artigos 7º dos acordos de bitributação quando se adota esse tipo de tributação. Veja-se o típico conteúdo desses dispositivos, conforme as Convenções-Modelo adotadas pela OCDE e pela Organização das Nações Unidas (ONU), nos termos reproduzidos para o vernáculo pelo acordo celebrado entre o Brasil e a Espanha[30]:

> Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

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.

Destarte, o texto daqueles artigos 7º não tem nada a ver com limitar a tributação dos lucros auferidos no exterior por controladas ou coligadas. Ainda mais quando se tenta impor essa limitação ao país que não tem conexão com aqueles lucros (seja pelo critério da fonte, seja pelo critério da residência). Sua intenção, como visto, é tão somente impedir que o país da fonte tribute os lucros de seus não residentes quando não estabeleça um grau de conexão típico de um estabelecimento permanente.

---

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

[30] Parágrafo 1 do Artigo 7 do Decreto nº 76.975/76.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Não se pode, portanto, querer atribuir à expressão "os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado" uma competência objetiva que não encontra amparo na evidente lógica utilizada ao longo de todo o desenvolvimento histórico desses artigos. Muito menos 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 e replicados na edição de 2014, 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

DOCUMENTO VALIDADO

> 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).

Com a Ação 6 do já mencionado Projeto BEPS, esse posicionamento ficou ainda mais claro. O seu relatório final[31] chegou a propor a inclusão de uma *saving clause* em sua Convenção-Modelo com a declarada intenção replicar a prática convencional dos Estados Unidos confirmando o direito de os estados envolvidos tributarem seus residentes independentemente das provisões acordadas (com exceção daquelas claramente direcionadas para seus residentes, como, por exemplo, as voltadas para o alívio da bitributação). Com efeito, essa cláusula foi depois incorporada ao artigo 1º (como um terceiro parágrafo) da edição de 2017 da Convenção-Modelo da OCDE. Como consequência, os excertos antes transcritos ganharam pequenas modificações, sem substantiva alteração em seus conteúdos (sendo que o primeiro daqueles excertos veio agora consubstanciado no parágrafo 81 dos comentários ao artigo 1º).

A edição de 2017 da Convenção-Modelo da ONU segue a mesma linha. Introduz a *saving clause* no terceiro parágrafo do artigo 1º e replica excertos semelhantes em seus comentários (parágrafo 40 dos comentários ao artigo 1º e parágrafo 8 dos comentários ao artigo 7º).

Outrossim, o relatório final da Ação 3 tratou como renda "atribuída aos acionistas" (*attributed to shareholders*) a parcela tributada no país que impõe a norma CFC. Nesse sentido, recomenda que sejam estabelecidas regras claras para a definição, computação e atribuição dessa parcela[32]. Portanto, não se fala em tributar a renda da CFC, mas, sim, uma parcela atribuída na renda do acionista.

Conclui-se, então, que a tributação das controladas e coligadas não ofende aos artigos 7º dos acordos de bitributação celebrados pelo País.

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. 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. Assim, não se

[31] Cf. 2015 OECD Report: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circunstances, p. 86.
[32] Cf. 2015 OECD Report: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, pp. 9, 10 e 63.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

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 britributação 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 213/02[33]. 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)[34]. Confira-se:

> 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.

[33] 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.

[34] Cuja base legal é o artigo 21, § único, da MP nº 2.158-35.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

§ 5º Tratando-se de filiais e sucursais, domiciliadas num mesmo país, poderá haver consolidação dos tributos pagos, observado o disposto no § 2ºdo art. 3ºe § 5ºdo 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

DOCUMENTO VALIDADO

DOCUMENTO VALIDADO

> 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 1ºde janeiro do ano subseqüente 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 subseqüentes.
>
> § 16. Para efeito do disposto no § 15, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subseqüentes 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 Brasil12. No caso de serem tributados, inexiste qualquer previsão acerca dos efeitos[35] daquela tributação sobre os "dividendos presumidos" em face da subsequente tributação dos dividendos efetivamente distribuídos.

É verdade que os parágrafos 38 e 39 dos comentários da Convenção-Modelo da OCDE 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 os seguintes comentários, conforme edição atualizada em 2010 e replicados nas edições de 2014 e 2017, 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 alegado 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

[35] É discutível a incidência da tributação brasileira no caso de haver a posterior distribuição dos dividendos. Alguns entendem que a previsão genérica contida no conceito de rendimentos do art. 25 da Lei nº 9.249/95 alcançaria os dividendos distribuídos pelas controladas e coligadas no exterior, a menos que exista algum tratado impedindo essa tributação, como no caso do art. 23.2 do acordo com a Áustria (Decreto nº 78.107/76) e do art. 23.4 do acordo com a Espanha (Decreto nº 76.975/76). Outros discordam dessa amplitude conceitual, de modo que não há a adição ao lucro contábil calculado na conformidade do método da equivalência patrimonial, onde os recursos distribuídos sequer transitam pelo resultado (sendo contabilizados a crédito da conta de investimentos).

DOCUMENTO VALIDADO

> 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 tecnicalidades 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 não parece que a lei brasileira tenha seguido esse difícil caminho de tributar "dividendos presumidos". Como já disse, trata-se de tributar uma renda ficta.

Por oportuno, independentemente da possibilidade jurídica já revelada, esclareça-se que há tratados celebrados pelo País expressamente autorizando a tributação dos lucros no exterior nas condições perpetradas pela legislação brasileiras[36]. É o que se verifica no item 6.f do Protocolo do acordo com a África do Sul[37], no art. 28.3 do acordo com o México[38], no item 5.d do Protocolo do acordo com o Peru[39] e no item 6 do Protocolo do acordo com o Uruguai[40].

[36] Por outro lado, com a Solução de Consulta Cosit nº 18/2013, a própria Receita Federal reconheceu que havia dois tratados impedindo a tributação dos lucros no exterior. Com efeito, no acordo celebrado com a antiga Tchecoslováquia, consubstanciado pelo Decreto nº 43/91 (hoje aplicável tanto para a República Tcheca quanto para a Eslováquia), o art. 23.5 expressamente proíbe os países contratantes de tributar os lucros não distribuídos para seus residentes por sociedades do outro contratante. Nada obstante, como esclarecido no presente voto, a questão que se coloca é a incoerência dessa provisão diante da absoluta impossibilidade de um país tributar lucros de uma sociedade não residente. Talvez, até por se perceber esse absurdo, o outro tratado referido na Solução de Consulta (celebrado com a Dinamarca e consubstanciado no Decreto nº 75.106/74) foi recentemente alterado e o semelhante dispositivo contido na redação originial foi revogado pelo novo protocolo introduzido com o Decreto nº 9.851/19.

[37] Decreto nº 5.922/06.

[38] Decreto nº 6.000/06.

[39] Decreto nº 7.020/09.

[40] Apesar de já aprovado pelas partes e divulgado o seu conteúdo, o Brasil ainda não concluiu os trâmites para a internalização desse tratado.

DOCUMENTO VALIDADO

Original

Registre-se que a matéria sofreu profundas alterações para os fatos geradores futuros por obra do conteúdo introduzido pela Lei nº 12.973/14. Os fatos geradores do presente caso, no entanto, lhe são anteriores e não alcançam essas alterações, motivo pelo qual não estão sendo aqui tratadas.

Do Recurso de Ofício:

A decisão de piso exonerou as parcelas da tributação atribuídas às empresas Loma Negra e Itacamba.

[...]

Por outo lado, no tocante à empresa Loma Negra, é verdade que não se trata de uma controlada direta da recorrente quando esta detém apenas 24,18% de participação societária naquela. No entanto, a DRJ se equivocou quanto a este ponto ao não observar o "Relatório dos Auditores Independentes sobre as Demonstrações Financeiras" (fls. 24 a 255), fornecido pela própria recorrente em resposta ao item 8 do Termo de Intimação Fiscal nº 1 (fls. 14 a 19), nº qual está clara a condição de controlada indireta por parte da empresa Loma Negra em relação à recorrente. Na página 10 daquele documento, é possível constatar que aquela condição era estabelecida pelo fato de os outros 73,38% da participação societária serem detidos pela empresa Holdtotal. E, como visto no relatório acima, esta última era controlada direta da recorrente com uma participação de 97% no seu capital social. Confira-se:

	31.12.2010		31.12.2009		01.01.2009	
	Participação		Participação		Participação	
	Direta %	Indireta %	Direta %	Indireta %	Direta %	Indireta %
Controladas:						
Caué Finance Limited	100,00	-	100,00	-	100,00	-
CCCimentos Participações Ltda.	98,99	-	98,99	-	98,99	-
Camargo Corrêa Cimentos Portugal, SGPS, S.A.	100,00	-	-	-	-	-
Holdtotal S.A.	97,00	2,99	97,00	2,99	97,00	2,99
Loma Negra C.I.A.S.A.	24,18	73,38	24,18	73,38	24,18	73,38
Betel S.A.	-	97,55	-	97,55	-	97,55
Cofesur S.A.	-	85,52	-	85,52	-	85,52
Compañia Argentina de Cemento Portland S.A.	-	97,55	-	97,55	-	97,55
Compañia de Serviços a la Construcción S.A.	-	97,55	-	97,55	-	97,55
Escofer S.A.I.C.	-	97,55	-	97,55	-	97,55
Recycomb S.A.	-	97,55	-	73,65	-	73,65
Controladas em conjunto:						
BAESA - Energética Barra Grande S.A.	9,00	-	9,00	-	9,00	-
Camargo Corrêa Escom Cement B.V.	50,10	-	50,10	-	-	-
Yguazu Cementos S.A.	35,00	-	-	-	-	-
Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - Usiminas e controladas	-	-	-	-	3,95	-

Essa mesma circunstância, aliás, já havia sido também percebida em outro julgamento que participei em face da empresa recorrente, consubstanciado no Acórdão 1102-001.247, de 25/11/2014, tratando de matéria semelhante para os anos-calendário de 2006 e 2007.

Considerando que o STF foi categórico quanto à aplicabilidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 para as empresas controladas, deve-se restabelecer a tributação dos lucros atribuídos à Loma Negra.

Em resumo, há que se manter a exoneração da tributação dos lucors atribuídos à Itacamba e restabelecer a tributação dos lucros atribuídos à Loma Negra.

Do Recurso Voluntário:

[...]

DOCUMENTO VALIDADO

Original

2) Da necessária observância do acordo com a Argentina:

A recorrente alega que a tributação da parcela do lucro atribuída à sociedade domiciliada na Argentina (Holdtotal) não seria admitida por causa do que está disciplinado no Artigo VII da Convenção firmada por aquele país e o Brasil. Igualmente, com o restabelecimento da tributação dos lucros auferidos pela outra investida domiciliada na Argentina (conforme tópico que analisou o recurso de ofício), qual seja, a Loma Negra, a mesma alegação poderia ser direcionada para essa outra parcela.

Como já esclarecido na premissa apresentada, independentemente de sua amplitude, que teria ido além do padrão internacional ao alcançar empresas coligadas, lucros auferidos em países sem tributação favorecida e rendas ativas, o art. 74 da MP nº 2.158-35/01 vai ao encontro daquilo que a doutrina internacional compreende como regras CFC.

Além disso, ficou também claro que a sistemática brasileira não ofende ao conteúdo dos acordos de bitributação. Notadamente, porque também o acordo firmado com a Argentina possui o mesmo texto do padrão internacional em seu Artigo VII. Confira-se:

> Decreto nº 87.976/82 - Acordo Brasil x Argentina
>
> ARTIGO VII
>
> Lucros das Empresas
>
> 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.

Ademais, a empresa alega que o mesmo acordo também não permitiria a tributação caso se entenda que os lucros tributados no País devem ser qualificados como dividendos (com escopo no seu Artigo X). Isso porque o Artigo XXIII (que trata dos métodos para evitar a dupla tributação) determina que os dividendos distribuídos às investidoras residentes no Brasil sejam isentos.

Nada obstante, conforme já explicado, os lucros tributados na conformidade do que foi estabelecido pelo artigo 74 da MP nº 2.158-35/01 não possuem a natureza de dividendos. Por isso, a referida tributação também não fere o Artigo X do acordo.

Portanto, pelos motivos já deduzidos na premissa apresentada, não assiste razão à recorrente nos seus argumentos em favor da aplicabilidade do acordo com a Argentina ao presente caso. Diante disso, considerando que não é aplicável sequer ao IRPJ, é desnecessário tecer maiores considerações acerca do escopo

DOCUMENTO VALIDADO

> desses acordos no âmbito da CSLL (inclusive quanto à eventual retroatividade do artigo 11 da Lei nº 13.202/15). *(destaques do original)*

No âmbito do recurso voluntário, o Colegiado *a quo* decidiu *exonerar a tributação dos lucros atribuídos à Holdtotal S/A, vencidos os conselheiros Ricardo Marozzi Gregório (relator), Marcelo Cuba Netto e Paulo Henrique Silva Figueiredo, que votaram por negar provimento ao recurso quanto a tal matéria*. Já com respeito ao recurso de ofício, a decisão foi por *negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Ricardo Marozzi Gregório (relator), Marcelo Cuba Netto e Paulo Henrique Silva Figueiredo, que votaram por dar provimento parcial ao recurso, apenas, para restabelecer a tributação dos lucros atribuídos à investida Loma Negra Cementos S/A*. O voto vencedor, por sua vez, manteve a exoneração da incidência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros atribuídos à investida Loma Negra Cementos S/A, bem como afastou a incidência sobre os lucros atribuídos à investida Holdtotal S/A, mas isto apenas com fundamento na proteção conferida pelo artigo 7º do Tratado Brasil-Argentina.

Como bem destaca a I. Relatora, o voto vencedor do acórdão recorrido parte do pressuposto de que se está "diante de lucros de controladas não domiciliadas em 'paraíso fiscal'", porque Loma Negra Cementos S/A seria uma controlada indireta da Contribuinte, *vez que, no "Relatório dos Auditores Independentes sobre as Demonstrações Financeiras" (fls. 24 a 255), fornecido pela própria recorrente em resposta ao item 8 do Termo de Intimação Fiscal nº 1 (fls. 14 a 19)", seria possível "constatar que aquela condição era estabelecida pelo fato de os outros 73,38% da participação societária serem detidos pela empresa Holdtotal. E, como visto no relatório acima, esta última era controlada direta da recorrente com uma participação de 97% no seu capital social".*

Diante de tais circunstâncias, está superada a discussão subsidiária que a Contribuinte suscita em contrarrazões, quanto à inconstitucionalidade da tributação de lucros auferidos por intermédio *sociedades coligadas localizadas em países em que não há tributação favorecida, caso da Loma Negra.*

Ademais, em contrarrazões a Contribuinte demandou, caso provido o recurso especial fazendário, o retorno ao Colegiado *a quo* para análise, somente, de sua defesa no ponto *"II.1.4 – Ad Argumentandum – Da Necessidade de Compensação do Tributo Pago Pelas Empresas Sediadas no Exterior*". No mesmo sentido, inclusive, o relator vencido assim consignou no seu voto no acórdão recorrido:

> Registre-se que a questão da necessidade de compensação do tributo pago no exterior restou prejudicada em razão da exoneração da autuação promovida pela turma com base na determinação prevista no art. 19-E da Lei nº 10.522/02.

Na medida em que a PGFN pede que seja reformado o acórdão recorrido no ponto em que suscitada a divergência jurisprudencial acerca da incidência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros auferidos por intermédio das investidas argentinas Holdtotal S/A e Loma Negra Cementos S/A, cabe aqui, com base nas razões antes expostas, DAR PROVIMENTO ao recurso especial da

DOCUMENTO VALIDADO

Original

PGFN, mas com retorno ao Colegiado *a quo* para exame da matéria subsidiária acerca da compensação/dedução do imposto pago no exterior.

Assinado Digitalmente

Edeli Pereira Bessa

DOCUMENTO VALIDADO