



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

Processo n° 16643.000276/2010-42
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-002.590 – 1ª Turma
Sessão de 14 de março de 2017
Matéria IRPJ - LUCROS NO EXTERIOR
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado GERDAU INTERNACIONAL EMPREENDIMENTOS LTDA -GRUPO GERDAU

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

CONTROLE DIRETO E INDIRETO. LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA.

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

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

Os lucros auferidos por controladas e coligadas, diretas ou indiretas, no exterior, serão considerados de forma individualizada, para cada uma das empresas, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real, na data do balanço no qual tiverem sido apurados, conforme art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995 e art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996.

APURAÇÃO DOS LUCROS E OUTROS RESULTADOS NO EXTERIOR.

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

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

LUCROS NO EXTERIOR. APURAÇÃO NÃO INDIVIDUALIZADA. AFASTAMENTO DA EXAÇÃO FISCAL.

Das duas uma: ou se tributa individualmente o lucro auferido no exterior de cada controlada/coligada direta ou indireta, ou se consolida o resultado apurado via MEP das participações societárias das controladas/coligadas. Opção legislativa é clara pela apuração dos resultados de controladas ou coligadas individualizada, razão pela qual deve se afastar os resultados auferidos de investimentos destas controladas e coligadas por meio de equivalência patrimonial, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996 e do art. 1º, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da IN SRF nº 213, de 2002, sob pena de bitributação. Autuação fiscal que, na apuração dos lucros do exterior de controlada e coligada, incluiu na base de cálculo tributável os resultados via MEP dos investimentos destas controladas e coligadas deve ser afastada por falta de previsão normativa.

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

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

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

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

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

Ao ser interpretar quem seriam os sujeitos de um tratado de bitributação, o país da fonte é o país em que deve se encontrar a empresa onde efetivamente são desempenhadas as atividades produtivas. Tais atividades podem ser produzidas pela própria empresa, ou mediante investimentos, desde que naquele país contratante. Pode ser até mesmo uma holding, desde que concentre investimentos que desempenhem atividades produtivas localizados no mesmo país, e não um mero "hub", um centralizador de investimentos localizados em países não signatários de acordos com o Brasil. O tratado de bitributação deve ser aplicado em situações no qual, efetivamente, as empresas se localizam nos países contratantes. Alargar o conceito da empresa situada no país da fonte para qualquer empresa que concentre auferimento de renda de outras empresas, independente das circunstâncias ou da localização dos investimentos, subverte a finalidade e o objetivo dos tratados internacionais. Não há que se conceber que se dois países se reúnam para dar amparo a sistemas paralelos de tributação.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa, Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que não conheceram. No mérito, acordam, quanto (1) à empresa LAISA, por maioria de votos, em dar provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidos os conselheiros Luís Flávio Neto, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra, que lhe negaram provimento. Votou pelas conclusões a conselheira Cristiane Silva Costa; (2) à empresa GTL FINANCIAL, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros André Mendes de Moura (relator), Adriana Gomes Rego e Carlos Alberto Freitas Barreto, que lhe deram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rafael Vidal de Araújo; (3) à empresa AXOL, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencido o conselheiro Rafael Vidal de Araújo, que lhe deu provimento; (4) à empresa SIPAR INVERS, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento. Votou pelas conclusões o conselheiro Rafael Vidal de Araújo e (5) à empresa GTL EQUITY, por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento. Acordam, ainda, por unanimidade de votos, em retornar os autos à turma a quo para o julgamento das demais matérias. Solicitou apresentar declaração de voto a conselheira Cristiane Silva Costa. Julgamento iniciado na sessão de 09/02/2017 no período da tarde e concluído em 14/03/2017.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto Freitas Barreto – Presidente

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura – Relator

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo – Redator Designado

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

Relatório

Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL (e-fls. 1626/1652) em face da decisão proferida no Acórdão nº 1101-000.811 (e-fls. 1537 e segs), pela 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção, na sessão de 02/10/2012, no qual foi dado provimento ao recurso voluntário e negado provimento ao recurso de ofício.

Resumo Processual

Na autuação fiscal, relativa ao ano-calendário de 2005, trata da tributação de lucros no exterior, com base no art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001, no qual foram lavrados autos de infração de IRPJ e CSLL.

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

A turma ordinária do CARF deu provimento ao recurso voluntário e negou provimento ao recurso de ofício.

Foi interposto pela PGFN recurso especial, admitido por despacho de exame de admissibilidade. A Contribuinte apresentou contrarrazões.

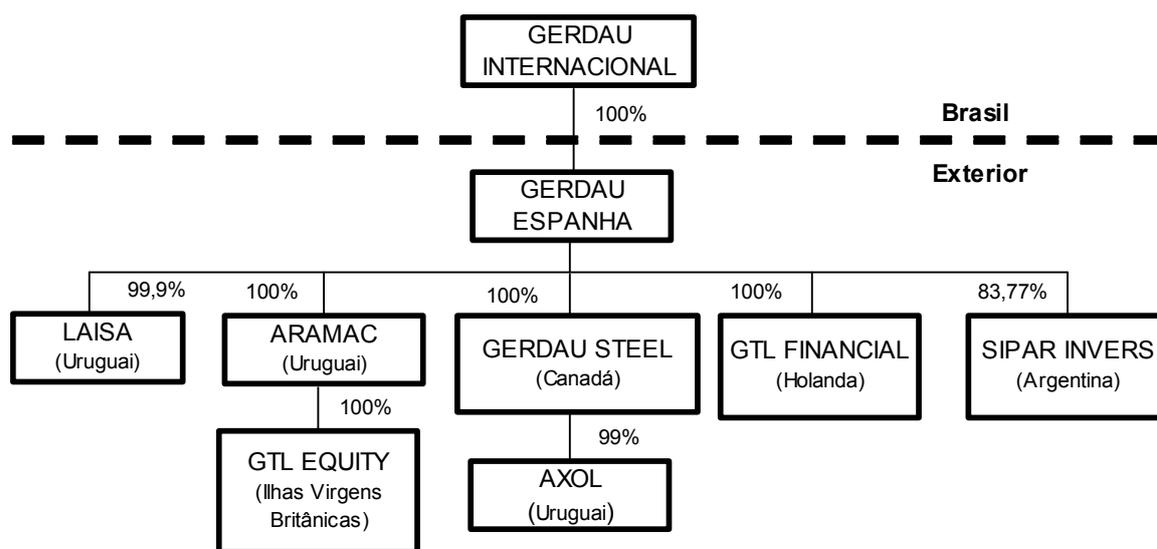
A seguir, maiores detalhes sobre a autuação fiscal e da fase contenciosa.

Da Autuação Fiscal

Trata a autuação fiscal (Termo de Verificação Fiscal de e-fls. 293/326) de lucros no exterior que teriam sido auferidos pela GERDAU INTERNACIONAL EMPREENDIMENTOS LTDA ("GERDAU INTERNACIONAL"), relativo ao ano-calendário

de 2005, por meio de suas controladas, de maneira indireta, no exterior, "LAISA" (Uruguai), "GTL EQUITY" (Ilhas Virgens Britânicas), "AXOL" (Uruguai), "GTL FINANCIAL" (Holanda) e "SIPAR INVERS" (Argentina), com fulcro no art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001.

A estrutura societária do grupo empresarial no período fiscalizado (ano-calendário de 2005) é apresentada, dentre as empresas objeto da autuação, no diagrama na sequência:



Discorre a autoridade fiscal que a GERDAU GTL SPAIN, SL ("GERDAU ESPANHA") é uma holding das empresas do grupo Gerdau no exterior, que opera sobre o regime denominado ETVE ("Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros"), que não tem funcionários e sua administração burocrática é realizada por procuração outorgada à Ernst & Young, mesma característica encontrada por suas controladas. Entende a Fiscalização que a existência, tanto da GERDAU ESPANHA, quanto da GERDAU STEEL INC ("GERDAU STEEL") seria tão-somente evitar a tributação no Brasil, vez que seus resultados não provêm da Espanha (que tem acordo de bitributação com o Brasil), mas de outros locais, e que uma empresa localizada no exterior não pode prevalecer como estabelecimento permanente quando se presta apenas a ser um meio auxiliar, já que toda a direção e administração é realizada pela matriz localizada no Brasil. E, ainda que se admitisse propósito negocial da GERDAU ESPANHA, os lucros das controladas indiretas são considerados auferidos pela investidora brasileira, sendo passíveis de disponibilização, vez que não haveria distinção entre controladas diretas ou indiretas.

Esclarece também sobre o fato de tributar os lucros da GTL EQUITY, em vez da ARAMAC (controlada direta da GERDAU ESPANHA), e da AXOL, em vez da GERDAU STEEL (também controlada direta da GERDAU ESPANHA):

Outra consideração que deve ser feita, trata do descarte do resultado obtido na ARAMAC - URUGUAI, que controla

integralmente a GTL EQUITY - BVI, pois, haveria consideração duplicada dos lucros na medida em que os resultados apurados pela ARAMAC, são essencialmente compostas da equivalência patrimonial naquela empresa controlada.

Quanto ao resultado da GERDAU STELL INC - Canadá, tendo em vista que a empresa controla a Gerdau Ameristeel Corporation e esta controla diversas empresas nos Estados Unidos, Irlanda, Luxemburgo, Hungria e Inglaterra, das quais somente as duas primeiras (USA e Irlanda) não tem acordo para evitar dupla tributação, mas como nos é impossível a separação individualizada, deixamos de fazer a consideração dos resultados destas empresas, entretanto com a GERDAU STELL INC, controla, ainda a empresa AXOL residente no Uruguai e neste é possível isolar e conhecer do seu resultado, por isso, somente esta inserimos dentro do espectro tributável.

Foram apurados lucros no exterior auferidos pela LAISA, GTL EQUITY, AXOL, GTL FINANCIAL e SIPAR INVERS. Registra que foram considerados, no caso da SIPAR INVERS (Argentina) e GTL FINANCIAL (Holanda), apenas a incidência da CSLL, por entender que os tratados de bitributação Brasil-Argentina e Brasil-Holanda dizem respeito ao IRPJ.

Foram lavrados os autos de infração de IRPJ e CSLL (e-fls. 327/340) para o ano-calendário de 2005.

Da Fase Contenciosa.

A contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 343 e segs.), que foi julgada **procedente em parte** pela 1ª Turma da DRJ/São Paulo I, para afastar a tributação incidente sobre a GTL EQUITY, por entender que deveriam ter sido apurados os lucros auferidos pela ARAMAC, vez que, para esta empresa a Fiscalização não teria vinculado sua existência a um planejamento tributário abusivo, ao contrário do que teria ocorrido com a GERDAU ESPANHA e GERDAU STEEL. Assim, julgou no sentido de (1) afastar a exação relativa aos lucros auferidos pela GTL EQUITY em razão de erro na identificação da matéria tributável, o que deu ensejo ao recurso de ofício, e (2) manter o restante da autuação fiscal, nos termos do Acórdão nº 16-30.569 (e-fls. 776 e segs.), conforme ementa a seguir.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício decorrente de tributos e contribuições administrados pela Receita Federal é considerada débito para com a União, sendo devidos juros de mora sobre o valor lançado inadimplido a partir de seu vencimento.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005

DECISÃO. INTIMAÇÃO VIA POSTAL. ENDEREÇO. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO.

As decisões proferidas pela Administração Tributária são encaminhadas à ciência do contribuinte via postal, modalidade de intimação que deve ser endereçada, obrigatoriamente, a seu domicílio tributário.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL.

O processo administrativo fiscal deve prosseguir ainda que pendente decisão do Supremo Tribunal Federal em ação na qual foi pedida a declaração de inconstitucionalidade de norma que é fundamento legal do lançamento tributário.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE JURISDICIONAL.

O controle de constitucionalidade de atos normativos é de competência do Poder Judiciário, devendo o julgador administrativo restringir a análise do ato impugnado em face da legislação infraconstitucional.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001. DISPONIBILIZAÇÃO FICTA PARA CONTROLADORA E COLIGADA NO BRASIL

Os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior, para fim de Exterminação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e dos artigos 21 e 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

LIVRE INICIATIVA. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. INOPONIBILIDADE AO FISCO.

Um dos fundamentos para a proteção estatal à livre iniciativa é a produção de riqueza, benéfica ao empreendedor e à sociedade em geral, mediante a geração de empregos e tributos, hipótese não observada em estrutura empresária desprovida de propósito comercial e constituída com o objetivo primordial de deixar de recolher tributos, configurando planejamento tributário abusivo, cujos efeitos são inoponíveis ao Fisco.

ENTIDAD DE TENENCIA DE VALORES EXTRANJEROS. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO. CONVENÇÃO BRASIL-ESPANHA. NÃO APLICAÇÃO.

A configuração de planejamento tributário abusivo na constituição de subsidiária integral da contribuinte na Espanha, sob a forma de empresa de participações, beneficiada pelo regime fiscal privilegiado de Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros, autorizam o Fisco a considerar disponibilizados no Brasil os lucros das controladas da subsidiária espanhola, não sendo aplicável a convenção celebrada com o país ibérico para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda.

IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR. COMPENSAÇÃO. REQUISITOS LEGAIS.

Os créditos de imposto de renda relativos a lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior e adicionados à base de cálculo do imposto de renda brasileiro poderão ser compensados com este desde que o pagamento seja comprovado de acordo com as exigências legais, dentre elas, a exibição de comprovante de recolhimento reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto ou, se demonstrado que, de acordo com a lei estrangeira, o documento apresentado é hábil e legítimo para confirmar o referido pagamento.

PREJUÍZO FISCAL. PERÍODOS ANTERIORES. COMPENSAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe compensar em lançamento de ofício prejuízo fiscal apurado em períodos anteriores, pois a lei somente faculta ao contribuinte o exercício deste benefício fiscal no momento da entrega da declaração e de apuração espontânea do imposto devido.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 2005

BASE DE CÁLCULO NEGATIVA. PERÍODOS ANTERIORES. COMPENSAÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe compensar em lançamento de ofício base de cálculo negativa apurada em períodos anteriores, pois a lei somente faculta ao contribuinte o exercício deste benefício fiscal no momento da entrega da declaração e de apuração espontânea da contribuição devida.

CONVENÇÃO COM O REINO DOS PAÍSES BAIXOS. DUPLA TRIBUTAÇÃO. ASSINATURA POSTERIOR À INSTITUIÇÃO DA CSLL. AUSÊNCIA DE REFERÊNCIA. APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO IRPJ.

A Convenção com o Reino dos Países Baixos para evitar a dupla tributação dos impostos sobre a renda foi assinada posteriormente à instituição da Contribuição Social sobre o

Lucro Líquido e, deixando de mencioná-la em seu texto, contempla somente o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica.

CONVENÇÃO COM A ARGENTINA. DUPLA TRIBUTAÇÃO. APLICAÇÃO PARA A CSLL. DESCABIMENTO.

A Convenção com a Argentina para evitar a dupla tributação se aplica somente aos impostos sobre a renda não podendo ser estendida à CSLL que não é imposto idêntico ou substancialmente semelhante ao imposto de renda, mas que tem natureza jurídica de contribuição social.

Uma vez interposto recurso voluntário pela Contribuinte, a 1ª Turma Ordinária da 1ª Câmara da Primeira Seção, por meio do Acórdão nº 1101-000.811 (e-fls. 1537 e segs.), deu-lhe provimento, e negou provimento ao recurso de ofício, conforme ementa a seguir.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2005

ART. 62-A DO RICARF. SOBRESTAMENTO. REQUISITOS.

O Regimento Interno do CARF admite o sobrestamento de julgamento quando o STF tenha sobrestado o julgamento de recursos extraordinários da mesma matéria. Não basta a matéria ser reconhecida como de repercussão geral, pois isso suspende o julgamento nas cortes inferiores, mas não no STF. O processo administrativo se pauta pelo princípio constitucional da celeridade processual e o sobrestamento indevido de processo no CARF pode levar à prescrição de ação penal vinculada ao lançamento, por isso só se admite o sobrestamento de processos no CARF nos exatos termos do regimento interno.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

TRATADO INTERNACIONAL. INCIDÊNCIA. LANÇAMENTO.

Não existe disposição no tratado ou em lei interna estabelecendo a não incidência do tratado por haver eventual interesse tributário em reorganização societária que envolva países contratantes. Para que deixar de aplicar o tratado em alguma circunstância, é preciso haver previsão no tratado ou em lei brasileira e, para o lançamento ser válido, esta regra deve ser indicada no lançamento.

TRATADO INTERNACIONAL. ABUSO DE TRATADO. ABUSO DE DIREITO. LEGALIDADE.

Não há base legal no sistema jurídico brasileiro para o Fisco afastar a incidência legal do tratado, sob a alegação de entender estar havendo abuso de tratado.

CONTROLADA DIRETA E INDIRETA. LEGISLAÇÃO COMERCIAL.

A determinação feita no art. 243 da Lei nº 6404, de 1976, para que se considere como controlada as controladas diretas e indiretas só é válida para fins do relatório anual de administração previsto no dispositivo. Sem uma ressalva semelhante a existente no art. 243 da Lei das Sociedades por Ação, controlada significa controlada direta. Não cabe entender que toda menção à controlada, na Lei no 6404, de 1976, se refira também às controladas indiretas.

CONTROLADA DIRETA E INDIRETA. LEGISLAÇÃO TRIBUTARIA.

A translação do conceito posto pelo art. 243 da Lei nº 6404, de 1976, para o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, não tem fundamento. Para supor que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, estivesse se referindo as controladas indiretas, seria preciso ignorar o texto do artigo e, além disso, admitir que ele desconsiderasse tacitamente a personalidade jurídica das controladas diretas. Não é possível supor que o termo controlada possa alcançar as controladas diretas e as indiretas, sob pena de se estabelecer uma dupla tributação do mesmo lucro, pois os resultados das controladas indiretas já estão refletidos nas controladas diretas.

CONTROLADA DIRETA E INDIRETA. LEGISLAÇÃO TRIBUTARIA.

O inciso I do art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996, indica que os lucros das controladas no exterior devem ser considerados de forma individualizada, por controlada. Mas, isso de modo algum quer dizer os lucros das controladas indiretas devam ser considerados diretamente.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005

Não cabe adição ao lucro feita sem base legal.

RECURSO DE OFÍCIO.

Se a apreciação do recurso voluntário resulta na desconstituição integral da exigência, deve ser negado provimento, também, ao recurso de ofício, independentemente da apreciação de seu mérito.

Foi interposto pela PGFN recurso especial (e-fls. 1626/1622). Discorre que (1) não se aplica o Tratado entre Brasil-Espanha em relação a lucros de controladas indiretas situadas em outros países, (2) o procedimento adotado no auto de infração não implica na desconsideração da personalidade jurídica da controlada direta e (3) seria possível tributar diretamente o lucro das controladas indiretas na forma do art. 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001.

O Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 1721/1726 deu seguimento ao recurso.

Foram apresentadas contrarrazões pela Contribuinte (e-fls. 1881/1963). Inicialmente, descreve o objeto da autuação fiscal e as decisões proferidas na fase contenciosa. A seguir, discorre que não restou demonstrada a divergência entre a decisão recorrida e os paradigmas apresentados pela PGFN. No mérito, entende que não há previsão legal para a descon sideração das atividades da GERDAU ESPANHA, que a holding teve como objetivo adquirir participações societárias, alavancar os investimentos internacionais do grupo GERDAU mediante aplicação dos recursos recebidos de suas investidas e, por consequência, auferir lucros. Registra que a presunção de que o propósito comercial da existência da GERDAU ESPANHA e da GERDAU STEEL (Canadá) seria apenas evitar a tributação no Brasil não tem qualquer respaldo nos fatos, vez que dentro do limite do exercício da liberdade fiscal, os indícios do Termo de Verificação Fiscal não permitem descon siderar a existências das empresas holding. O entendimento da autoridade autuante teria ofendido os princípios da legalidade, da liberdade fiscal e da verdade material. Discorre que a Convenção Brasil-Espanha tem repercussão tanto no IRPJ quanto na CSLL. Entendeu que a incidência imposta pelo art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, aplicar-se-ia exclusivamente aos lucros das controladas diretas. Ao final, consolida os pedidos, no qual, inicialmente, requer pelo não conhecimento do recurso, e, caso se supere a admissibilidade:

(i) seja o Recurso Especial apreciado e julgado, exclusivamente, quanto às três controvérsias pela Fazenda Nacional nele apresentadas, não se olvide, unicamente "ante a existência de Tratado entre Brasil e Espanha" e quanto a lucros de "controladas indiretas", nos exatos termos do Despacho 1101-13 Câmara ;

(ii) o improvido do Recurso Especial, a efeitos de roborar o Acórdão Recorrido, pelos seus próprios fundamentos e os aqui acrescidos, julgando-se inteiramente procedente o seu pedido declinado desde a Impugnação, e aqui reiterado, de desconstituição dos lançamentos contraditados e extinção dos créditos tributários; ou

(iii) na eventualidade de provimento ao Recurso Especial da Fazenda:

(a) em vista da inexistência de divergência quanto à negativa de provimento ao recurso de ofício correspondente à exoneração procedida pela 1ª Turma da DRJ/SP1, através do Acórdão 16-30.569, de 29/03/2011, referente à liquidez dos créditos tributários sobre os lucros da Recorrida e das investidas da GERDAU GTL SPAIN, sejam em definitivo, excluídos dos lançamentos os valores correspondentes aos seguintes pontos preclusos:

(i) em observação às determinações da IN SRF 213/2002, o lucro a ser considerado na determinação da base de cálculo dos tributos devidos pela impugnante [ora Recorrida] deverá ser (...) aquele apurado pelas controladas diretas da holding espanhola, e caso, elas também exerçam controle sobre outras empresas, os lucros destas serão tributados a partir da consolidação desses valores no balanço daquelas" (p. 30, fl. 775);

(ii) sob o controle da AXOL/Uruguai, estão empresas localizadas no Chile e na Colômbia, cujos resultados encontram-

se incorporados no da AXOL/Uruguai e, nos termos do § 6º [art. 1º] da IN SRF 213/2002, a tributação das empresas chilenas e colombianas ocorrerá por consolidação desses resultados pela controladora uruguaia" (p. 32, fl. 777); e

(iii) erro na identificação da matéria tributável, devendo ser excluído da base de cálculo do lançamento do IRPJ e da CSLL o valor correspondente a R\$ 98.805.255,55, relativo ao lucro auferido pela GTL EQUITY INVESTMENTS em 2005" (p. 33, fl. 778);

(b) reconhecidas como matérias não suscitadas pela Fazenda Nacional no seu Recurso Especial, tampouco decididas no Acórdão Recorrido, mas como argumentos, apresentados já na Impugnação e reiterados no Recurso Voluntário, suficientes a extinguir partes do crédito tributário, determinando-se o retorno destes autos para que sejam devidamente apreciadas pela 1ª Câmara da 1ª Seção deste Conselho, sob pena de supressão de instância e violação ao devido processo legal, quais sejam:

(b.1) a carência de motivação uniforme a dar consistência aos lançamentos quanto à escolha das empresas investidas para fins da tributação dos seus lucros no Brasil, assim como carentes de liquidez diante:

(b.1.1) da abrangência, não só do IRPJ, mas também da CSLL pela Convenção Brasil - Argentina e sua aplicação quanto aos lucros da SIPAR GERDAU INVERSIONES, pois aquela é substancialmente semelhante ao imposto de renda e foi instituída posteriormente à promulgação desta Convenção;

(b.1.2) da obrigatoriedade da compensação dos prejuízos fiscais e bases negativas apurados; e

(b. 1.3) da obrigatoriedade da dedução do imposto sobre a renda pago pelas empresas investidas, nos países de origem; e

(b.2) da indevida cobrança de juros de mora sobre as multas lançadas de ofício.

Enfim, foi apresentada pela Contribuinte petição (e-fls. 1981/1984), no qual noticia a publicação da Lei nº 13.202, de 2015, cujo artigo 11 dispõe que, para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Brasil para evitar dupla tributação abrangem a CSLL, razão pela qual entende que, mediante aplicação do art. 106 do CTN, seriam indevidos os lançamentos de CSLL.

É o relatório.

Voto Vencido

Voto Vencido quanto ao item II.1.2 – GTL FINANCIAL

Voto Vencedor quanto aos demais itens

Conselheiro André Mendes de Moura - Relator

I. Admissibilidade

Em contrarrazões, discorre a Contribuinte que a recorrente não teria demonstrado a divergência necessária para a admissibilidade do recurso.

A PGFN indicou como acórdão paradigma o de nº 101-97.070, para demonstrar a divergência de interpretação da legislação tributária em relação à decisão recorrida, que deu provimento ao recurso voluntário e negou provimento ao recurso de ofício. O Despacho de Exame de Admissibilidade de e-fls. 1721/1726 deu seguimento ao recurso.

O mencionado despacho apresenta, de maneira clara e didática, **três** fundamentos que nortearam a **decisão recorrida**.

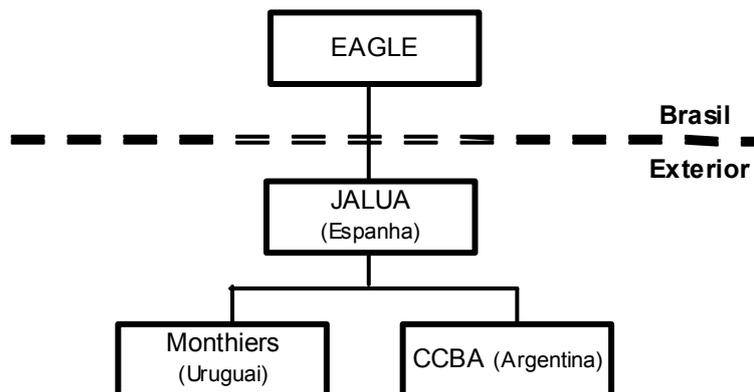
O **primeiro**, trata do critério adotado para se afastar a aplicação do tratado Brasil-Espanha. Entendeu o acórdão recorrido que não se poderia desqualificar a GERDAU ESPANHA, por falta de estrutura e empregados, precisamente porque seria a estrutura que se espera de uma holding. E, ainda que se admitisse que foi uma empresa criada apenas para economizar impostos, tal fato não seria suficiente para afastar o tratado, por expressa falta de previsão legal.

Segundo, teria sido incorreto o procedimento fiscal ao buscar diretamente o lucro das controladas indiretas, vez que deveria era ter apurado o lucro consolidado na holding espanhola. Ocorre que, para isso, **caberia uma desconsideração da personalidade jurídica da GERDAU ESPANHA**, o que não ocorreu nos presentes autos, vez que a autoridade autuante não apresentou nenhuma motivação nesse sentido.

Terceiro, que não haveria possibilidade de se tributar diretamente o lucro das controladas indiretas, na forma do art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001. O disposto no art. 243 da Lei das S.A. versa sobre procedimentos para elaboração do relatório de administração, e não pode ser estendido para interpretação do conceito de controlada da legislação tributária que trata de lucros no exterior. Portanto, a referência à controlada no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001 diz respeito à controlada direta, mais um motivo para o qual se mostrou incorreto o procedimento fiscal ao consolidar na empresa brasileira diretamente os lucros auferidos pelas controladas indiretas.

As decisões recorrida e paradigma envolveram cognição em face do **art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001**.

Na decisão paradigma, a estrutura societária tratada era a seguinte:



No caso, interpretou-se que o procedimento adotado, de se **considerar os lucros das controladas indiretas MONTHIERS E CCBA**, foi correto, vez que se entendeu que a contribuinte era a EAGLE e que o caso não se tratava de "desconsideração" da JALUA, mas em aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001. Vale transcrever excerto do voto da decisão e diagrama da organização societária.

No caso concreto, a Jalua (Espanha), a Monthiers (Uruguai) e a CCBA (Argentina) são, todas elas, controladas da Eagle no Brasil, razão pela qual, devem ser adicionados os lucros por elas auferidos no exterior ao lucro líquido da investidora no Brasil, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249/95, devendo tais adições ser feitas de forma individualizada, consoante o comando do artigo (sic) o art. 16 da Lei n.9430/96.

(...)

A QUESTÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

(...)

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

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

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

A decisão paradigma ainda apresentou uma comparação entre uma estrutura societária com controlada indireta em país sem tratado e com baixa tributação, com controlada direta com tratado com o Brasil e com tributação regular e controladora no Brasil, com estrutura societária com controladoras e controladas situadas no Brasil, para concluir que a carga tributária suportada em ambos os cenários seria a mesma.

Do exemplo acima se vê que a carga tributária final é a mesma em ambos os exemplos, de controladora e controladas no Brasil (68 + 34 = 102) e de controlador brasileira e controladas estrangeiras (32 + 70 = 102), em homenagem ao princípio da isonomia, isto considerando a equivalência patrimonial neutra do ponto de vista fiscal.

Ou seja, na apuração da base de cálculo tributável, foram considerados os resultados apurados pela MONTHIERS, CCBA e JALUA, de forma individualizada, conforme prescrito na legislação, não se falando em desconsideração de personalidade jurídica.

A decisão paradigma também se manifestou quanto o alcance do art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, discorrendo que trata tanto das controladas diretas quanto indiretas, mediante análise sistêmica da legislação tributária e empresarial. Vale transcrever excerto do voto:

(...) A norma legal acima referida quando cria a referida adição dos lucros auferidos por controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, a meu ver não restringe o seu campo de aplicação apenas às controladas diretas. A regra é de clareza meridiana ao determinar que os lucros auferidos por controladas sejam adicionados, sem fazer qualquer distinção, o que abarca tanto o resultado da controlada direta quanto à controlada indireta, por força do artigo 243, § 2º da Lei nº 6.404/76 e do artigo 384 do RIR199.

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

(...)

Desta forma, ao conceituar o termo "controlada" a norma fiscal abarca o conceito de direito civil e comercial, alcançando tanto aquelas controladas que a empresa no Brasil possua controle

direto quanto à de controle indireto. Assim, para a legislação societária e fiscal, inclusive para o artigo 25 da Lei nº 9.249/95, que trata de lucros auferidos no exterior por controladas, não há distinção jurídica entre as empresas em que se mantenha controle direto ou indireto, ambas são empresa controladas.

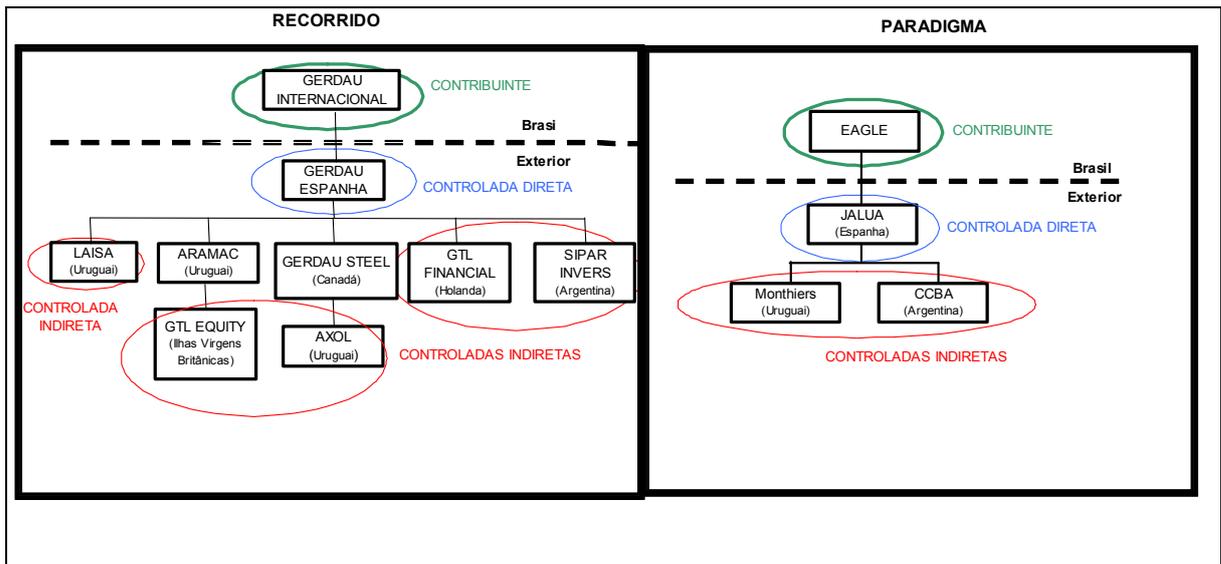
Enfim, o acórdão paradigma, ao apreciar o mesmo tratado Brasil-Espanha em debate nos presentes autos, entendeu que não se aplicaria no caso em que a empresa estabelecida na Espanha serviu de mera "passagem" dos lucros. Não poderia ser mais cristalino o excerto do voto:

O LIMITE DO TRATADO BRASIL-ESPANHA

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

De fato, não há como considerar ao abrigo do tratado Brasil - Espanha, os lucros auferidos num terceiro país sem tratado, que tem apenas como passagem um dos Estados contratantes, eis que, pela regra disposta no art. 70 do Tratado, os lucros por ele abrangido são apenas aqueles auferidos pelos Estados Contratantes, aliado ao fato de que pela lei societária e fiscal, os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada ou coligada no exterior mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão considerados no balanço para efeito societário, bem como, para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.

E não há que se falar, conforme aduziu a Contribuinte em contrarrazões, que as situações tratadas nos presentes autos e nos autos paradigmas não guardam similitude. Vale apreciar o diagrama a seguir, comparando as estruturas societárias dos presentes autos e do paradigma.



Em ambos os casos, os lucros das controladas indiretas foram apurados, diretamente, na empresa brasileira. A PGFN, no recurso especial, discorre de maneira objetiva e precisa sobre o assunto:

Como se vê, há plena identidade fática entre as situações comparadas, pois em ambas: 1) há acusação fiscal no sentido de que a autuada realizou "planejamento tributário", mediante o uso do Tratado Brasil-Espanha, com o escopo de evitar a incidência de IRPJ e CSLL sobre os lucros apurados pela(s) controlada(s) indireta(s); 2) a controvérsia diz respeito à validade da tributação do IRPJ e da CSLL decorrente da não adição ao lucro líquido da empresa autuada (controladora brasileira), na determinação do lucro real, dos lucros auferidos no exterior por controlada(s) indireta(s) localizadas em outros países; 3) a controlada direta é sediada em País (Espanha) que possui acordo de não-tributação com o Brasil, razão pela qual a autuada não ofereceu os lucros da empresa espanhola à tributação; 4) a(s) controlada(s) indireta(s) é(são) sediada(s) em país(ises) que não possui(em) acordo de não-tributação com o Brasil; 5) a autuada defende a submissão dos lucros a Convenção Brasil- Espanha, que impediria a sua tributação no Brasil; 6) em razão do planejamento tributário, a controlada direta foi interposta entre a controladora brasileira e a(s) controlada(s) indireta(s) estrangeira(s); 7) ao proceder à autuação, a fiscalização avaliou o investimento na(s) controlada(s) indireta(s) pelo patrimônio líquido, em observância à legislação societária nacional, que determina a aplicação do método de equivalência patrimonial (MEP) aos investimentos em controladas diretas e indiretas (arts. 116, 243, § 2L, e 248 da Lei n. 6.404/76); 8) uma das controvérsias reside na aplicação do Tratado Brasil-Espanha aos lucros apurados pela controlada direta, ou seja, ao resultado operacional próprio da controlada espanhola e, sobretudo, aos lucros produzidos pela(s) controlada(s) indireta(s), situada(s) fora da Espanha; 9) outra polêmica diz respeito incidência ou não do art. 74 da MP

n. 2.158-35/2001 em relação às controladas indiretas da autuada.

Portanto, caracterizada, efetuando-se o cotejo entre as decisões recorrida e paradigma, divergência na interpretação da legislação tributária prevista no art. 67 do Anexo II do RICARF¹.

Registre-se que não procede pedido da Contribuinte em contrarrazões (e-fls. 1961/1962), no qual aduz que não haveria divergência em relação à negativa do provimento ao recurso de ofício em relação aos lucros no exterior auferidos pela GTL EQUITY.

As divergências apontadas no recurso especial de PGFN abrangem a interpretação da legislação tributária dada pela turma *a quo* **na sua integralidade**. Não há que se falar em divergências separadas para recurso voluntário e para recurso de ofício. O entendimento dado pela turma da câmara baixa, de que não caberia tributação de controladas indiretas, repercutiu tanto no afastamento da tributação das empresas LAISA, AXOL, GTL FINANCIAL e SIPAR INVERS, matéria devolvida para a turma *a quo* via recurso voluntário (situação em que a DRJ manteve a autuação fiscal), quanto na da empresa GTL EQUITY (situação no qual a DRJ afastou a autuação fiscal), cuja devolução para a turma *a quo* deu-se por meio de remessa necessária (recurso de ofício).

E, tendo a turma *a quo* interpretado a legislação tributária ao caso concreto, decidiu no sentido de dar provimento ao recurso voluntário e negar provimento ao recurso de ofício, ou seja, por consequência, afastou, na integralidade, a tributação sobre os lucros no exterior das empresas LAISA, AXOL, GTL FINANCIAL e SIPAR INVERS (cuja análise foi devolvida para a turma *a quo* via recurso voluntário) e GTL EQUITY (cuja análise foi devolvida para a turma *a quo* via recurso de ofício).

E é precisamente em face da interpretação dada pela turma recorrida que foi realizado o cotejo com as divergências apontadas no paradigma apresentado no recurso da PGFN .

Devolvidas para o presente Colegiado, portanto, a apreciação da tributação dos lucros no exterior, para as controladas indiretas LAISA, AXOL, GTL FINANCIAL, SIPAR INVERS e GTL EQUITY.

Nesse sentido, conheço o Recurso Especial da PGFN.

Passo ao exame do mérito.

O caso concreto demanda a apreciação de três pontos principais:

1) a materialidade do art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001 ao discorrer sobre a tributação de controladas e coligadas, se diz respeito tanto às diretas quanto indiretas, e a

¹ Art. 67. Compete à CSRF, por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF.

§ 1º Não será conhecido o recurso que não demonstrar a legislação tributária interpretada de forma divergente. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

operacionalização prevista no art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996 - **tributação das controladas indiretas LAISA, GTL EQUITY, AXOL, GTL FINANCIAL e SIPAR INVERS**;

2) abrangência da aplicação de tratados de bitributação para empresas não localizadas no país residente - **repercussão do tratado Brasil-Espanha para as controladas da GERDAU-ESPANHA, e do tratado Brasil-Canadá para as controladas da GERDAU STEEL**;

3) abrangência da aplicação dos tratados de bitributação para empresa localizada no país residente - **repercussão do tratado Brasil-Holanda na tributação (CSLL) dos lucros da GTL FINANCIAL, e do tratado Brasil-Argentina na tributação (CSLL) dos lucros da SIPAR INVERS**.

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

II. Mérito.

II.1 - Sobre a Tributação das Controladas Indiretas e a Não Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Não há que se falar em "desconsideração jurídica" da GERDAU ESPANHA.

Nos termos dos artigos 74, *caput*, da MP nº 2.158-35, de 2001, e 25 da Lei nº 9.249, de 1995:

MP nº 2.158-35, de 2001

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

.....
Lei nº 9.249, de 1995

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

(...)

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

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

II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;(...) (grifei).

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

Fato é que a legislação societária e tributária trata o controle exercido de **maneira direta e indireta sem distinções**. Por isso, o fato de o controle exercido pela GERDAU INTERNACIONAL sobre as empresas LAISA, GTL EQUITY, AXOL, GTL FINANCIAL e SIPAR INVERS ser da natureza indireta, em nada prejudica a aplicação da legislação a respeito da tributação de lucros no exterior.

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 1.098. É controlada:

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

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

MARTINS², no Manual de Contabilidade Societária, ao tratar da consolidação das demonstrações contábeis, discorre sobre os aspectos relevantes para se caracterizar o controle.

Dessa forma, os aspectos relevantes para se caracterizar o controle são:

*- **Poder sobre a investida:** provém de direitos que conferem ao investidor a capacidade para dirigir as atividades relevantes da investida (aquelas que afetam significativamente seu desempenho). Um investidor pode ter poder sobre uma investida mesmo que outra entidade tenha direitos que lhe garanta a capacidade de participar da gestão de atividades relevantes, como é o caso da influência significativa. Contudo, um investidor que tenha somente direitos de proteção sobre uma investida não tem poder sobre a investida e, portanto, não controla sua investida.*

*- **Exposição (ou direitos) a retornos variáveis em razão de seu envolvimento com a investida:** o que ocorre na medida em que os retornos do investidor provenientes do seu envolvimento com a investida variam em função do desempenho da investida e da participação da investidora no capital da investida.*

*- **Capacidade para utilizar seu poder sobre a investida para afetar seus rendimentos sobre o investimento:** o que implica que o investidor tem poder sobre a investida e usa esse poder para influenciar o retorno sobre o seu investimento por meio do seu envolvimento com a investida.*

Como se pode observar, a determinação do controle baseia-se no poder (sobre as atividades relevantes da investida), nos retornos (para o investidor) e na relação entre eles (o uso desse poder para obter retornos sobre o investimento). (grifos originais)

TÔRRES³ menciona o elemento volitivo, em que no controle prevalece a vontade de um sujeito sobre a atividade econômica de outro, inclusive estruturas societárias de forma "piramidal":

O controle é sempre considerado com uma relação de dominação, um poder que transcende, inclusive, as prerrogativas da própria assembléia, órgão máximo de deliberações. Como diz Ferri, o controle exprime uma particular posição através da qual

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

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

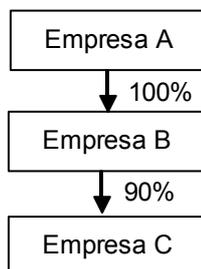
um sujeito é capaz de fazer prevalecer a própria vontade sobre a atividade econômica de uma outra sociedade.

.....

*Entre os tipos possíveis de grupos transnacionais, persiste a distinção entre eles em razão da relação de controle, na medida em que tais relações se fundam na posse do "pacote de ações", mesmo não sendo necessário que o controle acionário de todas as empresa estejam nas mãos de uma única empresa (formação estrelar). Há formas nas quais **uma empresa controla outras empresas que, por sua vez, possuem o controle de outras - forma piramidal.** E assim por diante. (grifei)*

Na mesma direção, ao dispor sobre exemplos de estruturas societárias, MARTINS⁴ de maneira didática sepulta qualquer dúvida sobre a questão.

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



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

Em entendimento consonante, MAMEDE⁵ não hesita ao colocar o poder como vetor principal na relação entre as empresas.

Sociedade controlada é aquela na qual a maioria dos votos nas deliberações de quotistas ou acionistas, bem como o poder de eleger a maioria dos administradores, pertença a outra sociedade que, assim, será chamada de sociedade controladora. Também haverá controle societário quando a titularidade das ações ou quotas necessárias para decidir as deliberações sociais e de eleger a maioria dos administradores for de uma sociedade

⁴ MARTINS, 2013, p. 737.

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

que, por seu turno, seja controlada por outra. Assim, se a sociedade A for controladora da sociedade B e esta, por seu turno, for controladora da sociedade C, a sociedade A será considerada controladora da sociedade C. (grifei)

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

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

O contexto delineado pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior⁶ consolida o entendimento:

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

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

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

§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º.

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

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

auferidos por investimentos no exterior seriam adicionados ao lucro líquido, para efeito de determinação do lucro real.

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

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

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

(...)

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte:

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

II - os lucros a que se refere o inciso I serão adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora, na proporção de sua participação acionária, para apuração do lucro real;(...)

(...)

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

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

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

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

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

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

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

Ora, os lucros serão adicionados ao lucro líquido da **matriz ou controladora, e considerados de forma individualizada**, por filial, sucursal, controlada ou coligada. No caso concreto, quem seria a controladora? A GERDAU INTERNACIONAL, que detém participação direta na GERDAU ESPANHA, que controla a LAISA, ARAMAC (que controla a GTL EQUITY), GERDAU STEEL (que controla a AXOL), GTL FINANCIAL e SIPAR INVERS.

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

*Art. 1º Os **lucros, rendimentos e ganhos de capital** auferidos no exterior, por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, estão sujeitos à incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), na forma da legislação específica, observadas as disposições desta Instrução Normativa.*

*§ 1º Os **lucros** referidos neste artigo são os **apurados por filiais e sucursais** da pessoa jurídica domiciliada no Brasil e os **decorrentes de participações societárias, inclusive em controladas e coligadas.***

*§ 2º Os **rendimentos e ganhos de capital** a que se refere este artigo são os auferidos no exterior diretamente pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil.*

*§ 3º A pessoa jurídica domiciliada no Brasil que auferir **lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior**, objeto das normas desta Instrução Normativa, está obrigada ao regime de tributação com base no lucro real.*

*§ 4º Os **lucros** de que trata este artigo **serão adicionados ao lucro líquido**, para determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica no Brasil, integralmente, quando se tratar de filial ou sucursal, ou **proporcionalmente à sua participação no capital social, quando se tratar de controlada ou coligada.***

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

*§ 6º Os **resultados** auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, **mantenha qualquer tipo de participação societária**, ainda que indiretamente, serão **consolidados** no balanço da filial, sucursal, controlada ou coligada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil. (grifei)*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

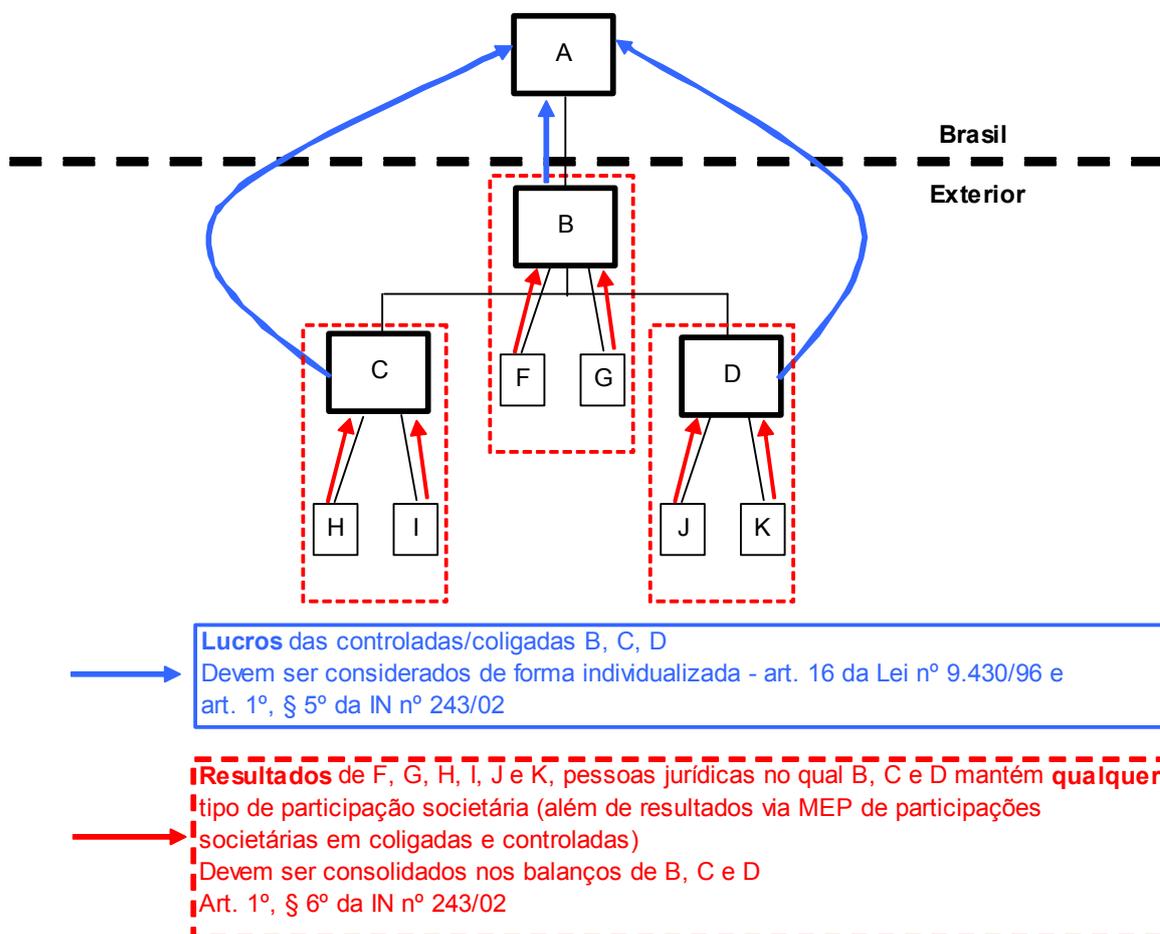
Como já dito, a sequência dos §§ 1º a 6º determina o caminho para se apurar os resultados no exterior.

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

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

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

Apresento o quadro a seguir para ilustrar o entendimento:



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

Assim, em uma estrutura societária com várias ramificações, os lucros auferidos por controladas e coligadas devem ser apurados **individualmente**, ainda que haja duas ou mais empresas coligadas/controladas localizadas no mesmo país. E, na apuração do resultado de cada controlada/coligada, devem ser consolidados os resultados dos demais investimentos da correspondente empresa, independente da vinculação societária.

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

Passo à apreciação do caso concreto.

A autoridade fiscal apurou os lucros auferidos pela LAISA, GTL EQUITY, AXOL, GTL FINANCIAL e SIPAR INVERS.

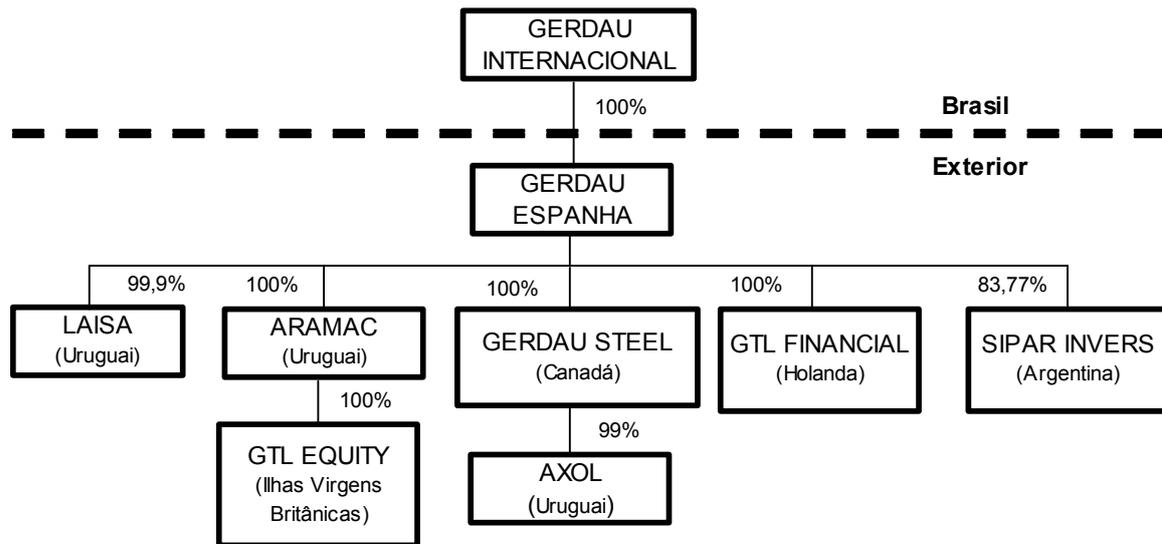
O Termo de Verificação Fiscal informa que são todas empresas "holding", que consolidam resultados de outros investimentos no exterior, e todas controladas pela GERDAU ESPANHA.

A princípio, cabe contextualizar as circunstâncias da autuação fiscal. Vale transcrever quadro que apresentar a rede de investimentos no exterior sob administração da Contribuinte (e-fl. 297) :

SOCIEDADES CONTROLADAS PELA GERDAU GTL SPAIN, S L - SOCIEDADE UNIPessoal								
DIRETAS			INDIRETAS			INDIRETAS EM 2º GRAU		
HOLANDA	GTL FINANCIAL	100,00%						
URUGUAI	ARAMAC	100,00%	BVI	GTL EQUITY	100,00%			
ARGENTINA	SIPAR G. INVERS	83,77%	ARGENTINA	SIPAR ACEROS	89,50%	ARGENTINA	SIDERCO	100,00%
URUGUAI	LAISA	100,00%						
CANADA	GERDAU STEEL INC	100,00%	URUGUAI	AXOL	99,00%	CHILE	INDAC	99,00%
			CANADA	AMERISTEEL	66,78%	IRLANDA	GOLDMARCH	100,00%
						INGLATERRA	CO-STEEL	100,00%
						USA	CO-SETEEL	50,00%
						USA	GUSAP	21,00%
						CANADA	AMERISTEEL	100,00%

Registro que existe dezenas de empresas em graus inferiores aos aqui demonstrados

Entendo ser conveniente reproduzir, novamente, o diagrama das empresas objeto da autuação:



Segue apreciação para cada uma das empresas.

II.1.1 - LAISA

Sobre a empresa LAISA, mediante análise do Termo de Verificação Fiscal (e-fl. 306), constata-se que se realizou a apuração **individualizada** do lucro da empresa, de acordo com os termos da legislação fiscal, conforme demonstrativo:

DESCRIÇÃO	PESOS
RECEITAS OPERACIONAIS	1.035.118.657,00
CUSTO DOS BENS VENDIDOS	-649.647.171,00
RESULTADO BRUTO	385.471.486,00
DESP ADM E COMERCIAIS	-94.653.817,00
OUTRAS REC E DESP.	809.252,00
RESULTADOS FINANCEIROS	-13.037.333,00
LUCRO ANTES DO IR	278.589.588,00
IMPOSTO DE RENDA	-54.753.214,00
LUCRO LIQUIDO	223.836.374,00

Observe-se que se trata de empresa operacional, como se pode observar pelas rubricas "receitas operacionais" e "custo de bens vendidos". São receitas efetivamente auferidas pela empresa.

Portanto, não há reparos a fazer na autuação fiscal quanto a empresa LAISA.

II.1.2 - GTL FINANCIAL

O mesmo se pode dizer em relação à empresa GTL FINANCIAL. Reproduzo o demonstrativo elaborado pela Fiscalização (e-fl. 310):

GTL FINANCIAL CORP BV HOLANDA	
DESCRIÇÃO	EUROS
RECEITAS FINANCEIRAS	5.845.088,00
OUTRAS REC. DESP FIN	-5.560.112,00
GERAIS E ADM	-68.263,00
LUCRO ANTES DO IR	216.713,00
IMPOSTO DE RENDA	-39.929,00
LUCRO LIQUIDO	176.784,00

Há menção sobre operações com empresas coligadas, mas são referentes a empréstimos, que geraram receitas de natureza financeira, situação tratada no art. 1º, § 6º da IN SRF nº 213, de 2001. Não há qualquer menção a resultados de participação societária em coligadas ou controlada, avaliados pelo método de equivalência patrimonial.

Apurou-se o lucro de maneira individualizada, razão pela qual a autuação fiscal em relação à empresa GTL FINANCIAL encontra-se correta.

II.1.3 - SIPAR INVERS e AXOL

Para as empresas SIPAR INVERS e AXOL, não há dúvidas de que foram apurados lucros decorrentes de equivalência patrimonial.

Como já dito, ou se apura o lucro individualizado de cada empresa, seja controlada/coligada direta ou indireta, ou se apura o lucro consolidando-se os resultados das empresas controladas/coligadas valendo-se da apuração do método de equivalência patrimonial.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal, os lucros da SIPAR INVERS e AXOL são constituídos de lucros de investidoras, via MEP.

Reproduzo demonstrativo apresentado pela autoridade fiscal da empresa AXOL (e-fl. 308):

AXOL	
DESCRIÇÃO	PESOS
DESP FINANCEIRAS	-15.352,31
RECEITAS FINANCEIRAS	2.451,10
RES. EQUIVALENCIA	1.197.533.382,70
RES. VARIAÇÃO CAMBIAL	543.617.876,57
LUCRO ANTES DO IR	1.741.138.358,06
IMPOSTO DE RENDA	0,00
RESULTADO DO EXERC	1.741.138.358,06

Vale observar que foi incluído na base de cálculo tributável da empresa o resultado decorrente da equivalência patrimonial. A autoridade autuante discorre (e-fl. 308):

Como pode ser constatado, o principal resultado apurado nesta empresa é equivalência patrimonial e resultado em variação cambial, fruto do controle acionário de empresas situadas diretamente no Chile e indiretamente na Colômbia.

Ou seja, não foi atendido o procedimento previsto no art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996 e art. 1º, §§ 1º a 5º da IN SRF 213, de 2002. Trata-se de erro de direito, e não mera incorreção da base de cálculo.

Voto, portanto, no sentido de afastar a exação em relação à empresa AXOL.

Sobre a empresa SIPAR INVERS, apresento a constatação da autoridade fiscal (e-fl. 311):

*Empresa estabelecida na cidade autônoma de Buenos Aires/Argentina, tendo como capital 89.452.530 ações valorizadas a P\$1,00 cada. De seu balanço extraímos de que se trata de empresa holding, pois possui no ativo apenas o valor de investimentos com contrapartida no patrimônio líquido, sendo, por consequência, **equivalência patrimonial como único resultado.***

(...)

Os investimentos mencionados são nas empresa Sipar Aceros S/A (...) e Siderco(...).(grifei)

Ora, diante de todo o exposto no voto, a tributação deveria ter sido realizada, individualmente, sobre as empresas "Sipar Aceros S/A" e "Siderco", não sobre os seus resultados refletidos via MEP na SIPAR INVERS.

Nesse sentido, cabe ser afastada a exação fiscal em relação à empresa SIPAR INVERS.

II.1.4 - GTL EQUITY

Sobre a GTL EQUITY, transcrevo as razões pelas quais a autoridade autuante não buscou os lucros da ARAMAC, mas sim, de sua controlada, GTL EQUITY.

Outra consideração que deve ser feita, trata do descarte do resultado obtido na ARAMAC - URUGUAI, que controla integralmente a GTL EQUITY - BVI, pois, haveria consideração duplicada dos lucros na medida em que os resultados apurados pela ARAMAC, são essencialmente compostos da equivalência patrimonial naquela empresa controlada.

A princípio, poder-se-ia considerar que, ao final, a autoridade fiscal teria acertado, ao não tributar os lucros da ARAMAC cuja composição era de investimentos via equivalência patrimonial, e tributar os lucros da controlada GTL EQUITY.

Contudo, o que se observa é que a autoridade autuante adotou critérios diversos: enquanto para as empresas SIPAR INVERS e AXOL foram tributados decorrentes da equivalência patrimonial, e para a ARAMAC, não foram tributados os resultados, porque

seriam *essencialmente compostos da equivalência patrimonial*, razão pela qual direcionou a tributação para a GTL EQUITY.

São dois critérios jurídicos distintos, e divergentes, na mesma ação fiscal.

Na realidade, a impressão é que a opção da Fiscalização direcionou-se na tributação do maior valor, vez que, se fosse considerar o lucro da ARAMAC, **pelos critérios apresentados na autuação para as empresas SIPAR INVERS e AXOL**, a base de cálculo seria no montante de R\$96.342.751,70, enquanto que, pelo lucro da GTL EQUITY, foi apurado o montante de R\$98.805.255,55.

Não há como se sustentar a alteração na motivação da autuação, com a adoção de critérios diferentes para uma mesma situação. Repito: para duas empresas (SIPAR INVERS e AXOL), integram os lucros apurados os resultados de equivalência patrimonial, e para outra (ARAMAC), não se considera, e se direciona a autuação para a GTL EQUITY.

Nesse contexto, voto no sentido de afastar a exação fiscal em relação à empresa GTL EQUITY.

II.1.5 - Outras Considerações

Assim, até o momento, encontram-se restabelecidas as autuações fiscais das empresas LAISA e GTL FINANCIAL.

Ocorre que outras questões ainda devem ser apreciadas.

Há que se apreciar a repercussão do tratados Brasil-Espanha para as empresas LAISA e GTL FINANCIAL.

Entendo que não há repercussão nas controladas, por dois motivos independentes.

Primeiro, porque as LAISA e GTL FINANCIAL, estão sediadas fora da Espanha, e pelo já exposto no presente voto, entendo que se encontram fora do escopo do tratado Brasil-Espanha.

Ora, a legislação brasileira predica pela apuração individual da controlada/coligada em cada país. Apenas se houvesse uma consolidação dos resultados das controladas na GERDAU ESPANHA, é que se poderia verificar a abrangência do tratado, o que não é o caso.

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

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

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

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

II.2 - Sobre a Extensão da Aplicação do Tratado

Não cabe a aplicação do Tratado de Bitributação, para as controladas da GERDAU ESPANHA.

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

ARTIGO 7

Lucros das empresas

11. 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 .

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

Peço vênha para reproduzir a abalizada doutrina de XAVIER ⁷ para falar do assunto:

Vamos apenas considerar a primeira hipótese, ou seja, a diversidade de elementos de conexão, quanto à qual se trava hoje ainda um conflito entre dois grandes princípios que se arrogam validade geral em matéria de tributação da renda e da fortuna: o princípio da fonte (source principle, Ursprungsprinzip, Quellenprinzip) e o princípio da residência (residence principle, Wohnsitzprinzip).

Em face de um movimento internacional de capitais, importa distinguir o país onde se situa a empresa ou o receptor de um investimento e onde se obtém a renda produzida pelos capitais - o país da fonte - e o país onde reside o titular dos fundos

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

fornecidos e que aufera a renda dos capitais investidos no exterior - o país da residência. (grifei)

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

E, em se tratando de **tributação sobre a renda**, discorre XAVIER⁸ sobre elementos de conexão objetivos:

No imposto de renda, o elemento de conexão fundamental é o lugar de situação da fonte dos rendimentos, pois é ele que vai permitir a repartição, dentro dos rendimentos globais de uma pessoa, física ou jurídica, entre aqueles que se submetem, ou não, à aplicação de um dado ordenamento tributário (...)

No sentido econômico, a fonte equivale ao "capital" (em sentido amplo) donde brota a renda tributada, pelo que esta se localiza no lugar em que é exercida a atividade, em que são utilizados os fatores de produção ou em que se situam os bens ou direitos de que provém.

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

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

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

Artigo 31

Regra Geral de Interpretação

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

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

⁸ XAVIER, 2004, p. 303.

Vale transcrever abalizada doutrina de ROCHA⁹ sobre o assunto.

É importante, portanto, que a empresa situada no país com o qual o Brasil tenha celebrado tratado desenvolva uma "atividade econômica substantiva", sendo relevante, portanto, compreender o alcance dessa expressão.

Em seu relatório de 1998 sobre Harmful Tax Competition, a OCDE tocou no assunto, embora não tenha se aprofundado na análise da questão, como se percebe pela leitura da passagem a seguir:

"Adicionalmente, a ausência de uma exigência para que a atividade seja substantiva é importante, porque sugere que a jurisdição esteja tentando atrair investimentos e transações que visem objetivos puramente fiscais. Pode também indicar que a jurisdição não oferece (ou não pode oferecer) um ambiente legal ou comercial ou qualquer vantagem econômica que seria atrativa para atividades econômicas substantivas na ausência da oportunidade de redução da tributação oferecida. A determinação de quando e se uma atividade é substancial pode ser difícil. Por exemplo, serviços financeiros e administrativos podem em certas circunstâncias envolver atividades substantivas. Contudo, certos serviços prestados por 'empresas de papel' indicam de pronto a falta de substância".

Concluindo, o doutrinador dispôs com clareza:

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

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

O contexto de criação e utilização de holdings também é objeto de análise por TÔRRES¹⁰:

Salvo a lei germânica de 1965 e a lei brasileira sobre sociedades anônimas, as sociedades holdings desenvolveram-se sem uma normatização específica. Não obstante, elas se propagaram com uma velocidade muito grande, sem maiores controles, mesmo não possuindo como objeto uma atividade econômica típica, porquanto sirva, na maioria dos casos, apenas para praticar

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

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

operações financeiras, usando dos privilégios de ser uma espécie de "condomínio de ações" com caráter societário, como diz Gláucio Veiga. É que a dinâmica capitalista, esposada pela concorrência e competitividade, não poderia prescindir da criação de um ente coletivo desprovido da rigidez da sociedade mercantil e que pudesse, de acordo com a situação do mercado, oferecer respostas rápidas às necessidades financeiras do Grupo. O problema é que isso passou a ser usado, também, e exclusivamente, em alguns casos, para estratégias cuja finalidade reside tão-somente na simples economia de impostos, sem qualquer motivo negocial.

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

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

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

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

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

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

A prevalecer entendimento da Contribuinte, a constituição de uma empresa "holding" permite uma total blindagem a qualquer natureza de negociação. Pode-se "tudo" com uma "holding".

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

Pelo contrário. O instituto "holding" **não pode ser desvirtuado, ser descaracterizado** a ponto de permitir administração remota, por procuração, peça de ficção, um "quadrado" (ou um "retângulo") no organograma societário do grupo econômico com poder de abalar a construção de todo o sistema jurídico tributário e empresarial, no Brasil ou no exterior.

A GERDAU ESPANHA não é empresa onde são materialmente produzidos os rendimentos, não é fonte dos rendimentos, e, por consequência, sua localização na Espanha não confere à Espanha a condição de **país da fonte**.

Observa-se que o Tratado Brasil-Espanha tem repercussão nas controladas, porque nenhuma das empresas produtoras são residentes na Espanha. Vale transcrever o Artigo 1 dos tratados em análise :

ARTIGO 1

Pessoas visadas

A presente Convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.

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

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

Precisamente nesse sentido, por entender que a GERDAU ESPANHA, tampouco a GERDAU STEEL, não são empresas produtoras da fonte, não há que se falar em aplicação do tratado de bitributação Brasil-Espanha ou Brasil-Canadá para as suas controladas.

Mas não é só.

O caso concreto ainda apresenta agravantes.

A autoridade autuante relata as circunstâncias em que se deu a criação da GERDAU ESPANHA, sua natureza jurídica e o momento em que passou a concentrar o controle dos investimentos do grupo GERDAU no exterior, aspectos que foram apreciados pelo voto vencido do acórdão recorrido, da Conselheira Edeli Pereira Bessa.

Registra a relatora (e-fls. 1587):

Com referência à Gerdau GTL Spain, quando questionada acerca do número de funcionários da empresa, a fiscalizada respondeu que por se tratar de uma empresa Holding, que tem por objetivo apenas a participação no capital de outras sociedades, ela é gerida pelo seu Conselho de Administração. Ou seja, não foi apontada a existência de qualquer equipe local, estabelecida em território espanhol, a exercer qualquer atividade administrativa, restando à Ernst & Young Servicios Profesionales S/A o dever de atuar em nome da empresa espanhola nos atos burocráticos que exigissem a presença de um representante local.

(...)

Estes os fatos que ensejaram a conclusão da autoridade fiscal de que a GERDAU GTL SPAIN, SL Sociedade Unipessoal NÃO POSSUI QUALQUER FUNCIONÁRIO, SUA ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA É REALIZADA PELA OUTORGA DE PROCURAÇÃO A ERNST & YOUNG.

Como se não bastasse a falta de materialidade da GERDAU ESPANHA apontada pela autoridade autuante, outro aspecto emerge com bastante relevância: o **momento** em que a holding passou a concentrar os investimentos. Transcrevo constatação da relatora do voto vencido:

Como se vê, somente posteriormente à edição da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 ocorreu a transferência, para a sociedade espanhola, do controle das sociedades estabelecidas na Argentina (Puntana, em 10/10/2002), no Uruguai (Aramac, em 23/12/2002), na Holanda (GTL Financiel, em 23/12/2002) e no Canadá (Gerdau Steel Inc, em 26/12/2002 e 28/12/2004), bem como a aquisição da Sipar Inversiones, situada na Argentina (15/09/2005).

Tais informações, segundo a recorrente, evidenciariam, de forma cristalina, que a GERDAU GTL SPAIN é empresa holding do Grupo Gerdau que, da Espanha, controla empresas no exterior, restando indubitável que tenha sido constituída, sim, com o objetivo de aquisição de participações societárias e, evidentemente, de auferir lucros. Todavia, com exceção da aquisição da SIPAR INVERSIONES, o relato apresentado pelo Fisco evidencia que as demais sociedades eram controladas pela autuada e passaram ao controle da GERDAU GTL SPAIN em operações realizadas a partir de 10/10/2002.

Ou seja, após a edição da MP nº 2158-35 (publicada no DOU de 27/08/2001), foi empreendida reorganização societária, para retirar do controle direto da GERDAU INTERNACIONAL (Contribuinte) uma série de investimentos e transferi-los para o controle direto da GERDAU ESPANHA.

Na realidade, as ações/quotas que a GERDAU INTERNACIONAL detinha das sociedades estrangeiras, foram utilizadas para aumentar o capital da GERDAU ESPANHA. Vale transcrever excerto do Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 312):

Haja vista que todas as ações/quotas que o fiscalizado em algum momento detinha das sociedades controladas estrangeiras foram utilizadas para aumentar o capital da sociedade espanhola, conclui-se inegavelmente que após tal operação a GERDAU GTS SPAIN passou a deter os mesmos percentuais de participação que o fiscalizado anteriormente detinha nas aludidas sociedades. Com o aperfeiçoamento do aumento de capital, a GERDAU GTS SPAIN — e não mais o fiscalizado — passou a ser a efetiva sócia das citadas sociedades estrangeiras, cujas ações/quotas foram utilizadas para o aumento de seu capital social. (vide movimentação societária da controlada na Espanha).

Ademais, uma vez que a GERDAU GTS SPAIN - Espanha era uma subsidiária integral do fiscalizado e como as demais sociedades foram por este controlada antes do aumento de capital da sociedade espanhola, mesmo após tal operação societária, aquelas, à luz da legislação nacional, continuaram a ser sociedades controladas do fiscalizado. t o que se depreende do art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76: (...)

Merece destaque a constatação: **após a edição da MP nº 2158-35, a GERDAU GTS SPAIN (GERDAU ESPANHA) - e não mais o fiscalizado (GERDAU INTERNACIONAL) - passou a ser a efetiva sócia das citadas sociedades estrangeiras, cujas ações/quotas foram utilizadas para o aumento de seu capital social.**

Resta mais do que evidenciada a construção empreendida pela Contribuinte.

As conclusões da autoridade autuante não merecem reparo (e-fls. 1577/1578):

Aprofundando o conhecimento da matéria, buscamos informações em matéria publicada por Alonso Vera Herz (advogado tributarista) sobre o tema ("Los CDI Y sua abuso - uni acercamiento al tema") de onde compulsamos as seguintes afirmações:

"Independente do conceito de dupla tributação que se adote, o certo é que de nenhuma maneira pode ser suposto uma exoneração de rendas, de tal forma que se em virtude de um acordo para evitar dupla tributação um contribuinte de uni estado contratante não tributa no dito Estado, é porque semi feito no outro estado. E de se ressaltar que controladas da GERDAU GTL SPAIN E GERDAU STEEL CANADA esteio localizadas em paraíso fiscal (GTL EQUITY — BVI) ou em países que não possuem acordo para evitar a bi-tributação com o Brasil e os resultados oriundos fora, especialmente, da Espanha não são tributados neste país, logo, os lucros e/ou dividendos originados naqueles países, não são tributados nas

Ilhas Virgens Britânicas, nem na Espanha e nem tampouco o serão no Brasil".

Como sabemos, os próprios Estados se utilizam desde sempre da carga impositivas como instrumento de atração das inversões estrangeiras. Assim, um Estado favorece ou não a determinados setores econômicos, reduzindo a taxa de base dos impostos com a finalidade de criar unia sorte de vantagem competitiva frente a outros Estados.

Neste contexto aparecem as chamadas "Treaty Shopping" o qual constitui uma forma de abuso dos tratados internacionais. O "Treaty Shopping" não é mais do que a criação de figuras jurídicas fictícias com a finalidade de que as normas de acordo para evitar bitributação sejam utilizadas por pessoas que o tratado não designou como beneficiário. Ou melhor dito, isto implica na constituição de uma rede de sociedades, que podem vincular-se juridicamente (critério de residência) com um Estado membro de uni acordo e desta forma ver imersas no campo de aplicação do tratado.

Este abuso se materializa basicamente quando entre uma sociedade A e uma sociedade B, se interpõe unia sociedade C que atua como condutora entre A e B, de forma tal que a sociedade A seja beneficiada com acordo existente entre os Estados residentes das sociedades A e C. Para o nosso particular caso, A é representada pela Fiscalizada, B pelas empresas situadas nos 'crises definidos como paraísos fiscais ou em países que não tem acordo para evitar bitributação (B VI, Uruguai e etc.) e C, a chamada empresa condutora, sediada em país que faz parte do TDT (tratado para evitar dupla tributação) (Espanha, Canadá), sendo A a beneficiária final.

É evidente que o esquema resulta conveniente sempre que a imposição tributária do Estado onde se constitui a sociedade condutora seja mais benéfica, no caso em discussão, a Espanha tributa apenas os resultados positivos obtidos dentro do seu território (ETVE).

Portanto, não há que se falar em repercussão do Tratado Brasil-Espanha para as suas controladas.

II.1.3 - Sobre Aplicação do Tratado Sobre os Lucros da Empresa no País

Fonte.

Remanesce para apreciação a questão de tributação da GTL FINANCIAL (Holanda), apenas para a incidência da CSLL, em razão do tratado de bitributação Brasil-Holanda.

Na realidade, a autoridade autuante procedeu com conservadorismo, porque, no caso concreto, também caberia tributação para o IRPJ.

Isso porque tratados de bitributação não podem ser aplicados ao caso concreto, vez que tratam de materialidade diferente da prevista no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2002, transcrita a seguir:

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

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

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

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

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

Situação diferente ocorre quando o investimento tem sede no exterior.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

As convenções internacionais para evitar dupla tributação que seguem o modelo da OCDE trazem uma regra de tributação exclusiva dos lucros disposta no Parágrafo 1 do Artigo 7, segundo a qual os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exercer suas atividades na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis àquele estabelecimento permanente. Transcreve-se a redação do citado parágrafo:

“Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um

estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.”

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

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

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

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

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

30. Além disso, é importante ressaltar que, segundo o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, os acordos para evitar dupla tributação também têm por escopo a prevenção da elisão e

evasão fiscal, já que os contribuintes poderiam ser tentados a abusar da legislação fiscal de um Estado, através da exploração das diferenças entre as várias legislações dos países ou jurisdições, de maneira a evitar a dupla não tributação. Transcreve-se, por elucidativo, o parágrafo 7 dos Comentários da Convenção-Modelo:

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

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

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

Inclusive, resta prejudicado pleito da petição de e-fls. 1981/1984, no qual a Contribuinte informa sobre a publicação da Lei nº 13.202, de 2015, cujo artigo 11 dispõe que, para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Brasil para evitar dupla tributação abrangem a CSLL, **porque a materialidade dos tratados de bitributação não se comunicam com a materialidade prevista no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2002.** Assim, não há que se falar em retorno dos autos para a *turma a quo* de matéria que perdeu o objeto.

Nesse sentido, não deve ser afastada a tributação dos lucros da GTL FINANCIAL (Holanda), vez que não há que se falar na aplicação dos tratados celebrados entre Brasil-Holanda.

II.3 - Outras Disposições.

Remanescem ainda os protestos da Contribuinte, em contrarrazões, que, caso o recurso da PGFN seja provido, os autos devem ser devolvidos à turma *a quo*, para apreciação dos seguintes pontos:

- 1) obrigatoriedade da compensação de prejuízos fiscais e bases negativos apurados;
- 2) obrigatoriedade da dedução do imposto sobre a renda pago pelas empresas investidas, nos países de origem;
- 3) cobrança de juros de mora sobre multas lançadas de ofício;
- 4) abrangência, não só do IRPJ, mas também da CSLL pela Convenção Brasil - Argentina e sua aplicação quanto aos lucros da SIPAR GERDAU INVERSIONES.

Assiste razão à Contribuinte quanto aos itens 1, 2 e 3. Quanto ao item 4, como já visto no tópico anterior, trata-se de matéria que perdeu o objeto, vez que os tratados de bitributação não tem repercussão na **materialidade** tratada pelo **art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2002**. Ou seja, independente do tributo, IRPJ ou CSLL, não há conflito entre o tratado de bitributação e o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, vez que o acordo internacional não tem repercussão nos lucros dos investidores localizados no Brasil (caso da Contribuinte), mas apenas nos lucros dos residentes localizados na Holanda.

III. Conclusão.

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer e dar provimento parcial** ao recurso especial da PGFN, para (1) restabelecer a autuação fiscal em relação aos lucros no exterior auferidos pelas empresas LAISA e GTL FINANCIAL; e (2) manter o afastamento da autuação relativa aos lucros auferidos pela GTL EQUITY, AXOL e SIPAR INVERS; e **determinar o retorno dos autos para a turma a quo**, para o julgamento, estritamente, das matérias (1) obrigatoriedade da compensação de prejuízos fiscais e bases negativas apurados, (2) obrigatoriedade da dedução do imposto sobre a renda pago pelas empresas investidas, nos países de origem e (3) cobrança de juros de mora sobre multas lançadas de ofício.

(assinado digitalmente)

André Mendes de Moura

Voto Vencedor

Voto Vencedor quanto ao item II.1.2 – GTL FINANCIAL

Conselheiro Rafael Vidal de Araujo, Redator Designado.

Ousei divergi do insigne relator em relação ao disposto no item **II.1.2 - GTL FINANCIAL** do seu voto, o que foi acolhido pela maioria do colegiado. Quanto à divergência relativa à empresa AXOL fiquei vencido e, portanto, não há necessidade de evidenciar minhas razões.

Relativamente à empresa GTL FINANCIAL BV, eis o que consta no Termo de Verificação Fiscal às fls. 315 e 316:

cálculo da CSLL do fiscalizado. Observo que foram considerados, apenas para fins de CSLL os lucros auferidos pela SIPAR INVERSIONES, localizada na Argentina, assim como a GTL FINANCIAL BV, sediada na Holanda, motivada pela não cobertura do CSLL pelos Acordos para evitar bi-tributação com ambos os países, pois tal contribuição tem natureza diversa do IRPJ.

Particularmente no caso GTL Financial BV, entendemos que a convenção entre Brasil e Reino Unido dos Países Baixos (Holanda), promulgado pelo Decreto nº 355, de 02/12/1991, não abrange a CSLL, porque à época da assinatura do acordo, já existia a CSLL e não há menção, no tratado, de que a contribuição seria abrangida, ora se já existia e não foi arrolada no TDT indica que esta fora do alcance desse mesmo Tratado. Ainda, considere-se, que o parágrafo 3º do artigo 2º da convenção menciona que impostos que forem estabelecidos após a data de sua assinatura, ou seja, a CSLL foi constituída antes da oficialização do Tratado.

Quanto a isso, confira-se o que dispõe o *caput* do art. 11 da Lei nº 13.202, de 8 de dezembro de 2015:

Art. 11. Para efeito de interpretação, os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL.

O Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, em seu art. 106, dispõe que a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, **que é este o caso**, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

Assim, voto por negar provimento quanto à empresa GTL FINANCIAL.

Processo nº 16643.000276/2010-42
Acórdão n.º **9101-002.590**

CSRF-T1
Fl. 2.031

(assinado digitalmente)

Rafael Vidal de Araujo