



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 16643.720018/2013-29  
**Recurso** Especial do Procurador  
**Acórdão nº** **9101-006.449 – CSRF / 1ª Turma**  
**Sessão de** 1 de fevereiro de 2023  
**Recorrente** FAZENDA NACIONAL  
**Interessado** VOTORANTIM PARTICIPACOES S.A.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2008

**LUCROS NO EXTERIOR. ALCANCE DAS CONTROLADAS E COLIGADAS INDIRETAS. CONSOLIDAÇÃO.**

Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, serão consolidados, no balanço da controlada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil. Inexiste previsão legal para a adição direta dos resultados da controlada indireta nos resultados da controladora indireta.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial. Votaram pelas conclusões os conselheiros Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Luis Henrique Marotti Toselli, Alexandre Evaristo Pinto e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. No mérito, por maioria de votos, acordam em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Edeli Pereira Bessa e Guilherme Adolfo dos Santos Mendes que votaram por dar-lhe provimento parcial com retorno ao colegiado a quo. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Edeli Pereira Bessa.

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Alexandre Evaristo Pinto, Gustavo Guimarães da Fonseca e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 9101-006.449 - CSRF/1ª Turma  
Processo n.º 16643.720018/2013-29

## Relatório

Cuida-se de Recurso Especial de Divergência interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN, com espeque nos preceitos do art. 67, *caput*, do anexo II do RICARF, em face de acórdão de n.º 1302-004.187, proferido em 10 de novembro de 2019 pela 2ª Turma Ordinária da Terceira Câmara desta Seção de Julgamentos. *In caso*, o *decisum* combatido teria assim se pronunciado, conforme se depreende da ementa a seguir reproduzida:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2008

NULIDADE. PRETERIÇÃO DO DIREITO DE DEFESA. ILEGALIDADE.

Inexiste ilegalidade do feito fiscal, não caracterizando nulidade por preterição do direito de defesa, se a infração foi claramente descrita, os fatos alegados foram documentalmente comprovados e a fundamentação legal expressamente declarada.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)

Ano-calendário: 2008

LUCROS NO EXTERIOR. APURAÇÃO DE RESULTADOS ALTERADA NO CURSO DA FISCALIZAÇÃO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO.

Sendo a DIPJ meramente informativa, nos termos da súmula CARF número 92, o resultado das controladas e coligadas no exterior pode ser comprovado através das demonstrações de resultado devidamente auditadas, em especial quando o próprio contribuinte, desde o início da fiscalização, admite que houve erro no preenchimento daquela declaração.

LUCROS NO EXTERIOR. ALCANCE DAS CONTROLADAS E COLIGADAS INDIRETAS. CONSOLIDAÇÃO.

Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, serão consolidados, no balanço da controlada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil. Inexiste previsão legal para a adição direta dos resultados da controlada indireta nos resultados da controladora indireta.

Em apertadíssima síntese, a Turma *a quo* teria, por maioria de votos, dado provimento integral ao recurso voluntário então interposto para cancelar a autuação que tinha por objeto a falta de adição de lucros observados no exterior ao lucro líquido da autuada, sob dois enfoques independentes:

- a) primeiramente, considerou inócua qualquer infração em relação aos lucros auferidos pelas empresas denominadas Voto III e Voto IV, dado que, pelas provas trazidas ao feito, a primeira não teria apurado resultados tributáveis no ano-calendário de 2008. Já quanto a segunda empresa, os elementos colacionados teriam demonstrado que os lucros por ela apurados teriam sido regularmente tributados pela autuada, ora recorrida;

- b) num segundo momento, e quanto aos lucros apurados pelas controladas indiretas, de cujas quais participava do respectivo capital a controlada direta AZBEN GmbH (atual Votorantim GmbH, investida da recorrida), considerou indevida a exigência por desrespeito às disposições do art. 1º, § 6º da, então vigente, Instrução Normativa/RFB de nº 213/02.

Pelo que restou assentado no acórdão recorrido, os resultados positivos percebidos pelas empresas indiretamente controladas pela Votorantim Participações S/A deveriam ter sido, primeiramente, consolidados no resultado da controlada/investida direta (Votorantim GmbH), na forma do aludido art. 1º, § 6º, da IN/RFB 213/02. Somente então, deveria, a D. Autoridade Fiscal, ter adicionado o respectivo resultado no lucro líquido da autuada. No caso, teria se operado, nas palavras do Redator do voto vencedor do aresto ora combatido, “*tributação per saltum*”, ao arpejo da regra infralegal retro referida.

Regularmente cientificada da decisão supra, a D. PGFN, socorrendo-se do apelo em exame, insurgiu-se, tão só, quanto ao segundo ponto do predito aresto, isto é, quanto ao problema da necessidade ou não consolidação dos resultados das investidas indiretas no balanço da controlada direta. Para tanto, apontou a ocorrência de divergência jurisprudencial entre o entendimento ali estampado e aquele adotado pelos acórdãos indigitados paradigmas de n.ºs 101.97-070, da lavrada da 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, e 9101-003.088, desta Primeira Turma da Câmara Superior.

No que tange ao primeiro acórdão comparado, a divergência estaria estampada, segundo a Recorrente, em trecho por ela destacado em quadro comparativo em que o Primeiro Conselho teria afirmado que os lucros das controladas indiretas seriam auferidos diretamente pela Investidora, então autuada, sem quaisquer impactos nos resultados de sua controlada direta.

Já o segundo acórdão paradigma trazido revelaria a aludida divergência interpretativa ao, reportando-se diretamente à regra encartada no por vezes mencionado § 6º do art. 1º da IN 213/02, afirmar que semelhante disposição se aplicaria, exclusivamente, a eventuais resultados residuais das investidas indiretas (resultados financeiros, v.g.). Trata-se-ia, pois, de regra especial aplicada sucessivamente à observância das disposições do § 5º do precitado preceptivo regulamentar.

Por meio do Despacho de Admissibilidade e e-fls. 2.061/2.071, a D. Presidência da 3ª Câmara Considerou comprovadas as divergências suscitadas pela Recorrente, admitindo, sem ressalvas, o Recurso Especial então interposto.

A interessada Votorantim Participações S/A ofereceu as suas contrarrazões ao remédio apresentado pela PGFN, sustentado, de forma resumida, que:

- a) o recurso não deveria ser admitido, seja porque a Fazenda teria deixado de fazer o necessário cotejo analítico entre o acórdão recorrido e as decisões paradigmas colacionadas, seja por, ao trazer um quadro comparativo, ter feito remissões à outro acórdão recorrido que não o constante destes autos (aponta, como prova desta alegação, inclusive, o fato do acórdão recorrido trazido no aludido quadro fazer referência à acordão para evitar bi-tributação entre o Brasil e a Espanha, situação estranha ao caso das empresas examinadas pela D. Autoridade Fiscal);

- b) quanto ao mérito;
- a. defendeu a correção da posição assumida pela 2ª Turma da Ordinária da 3ª Câmara, desta Primeira Seção, mormente a vista das disposições da já referida IN 213/02;
  - b. superada esta questão, que ainda assim não se poderia pretender a exigência em testilha, dado que as investidas direta e indiretas estariam sediadas em países em relação aos quais o Brasil mantinha tratados para afastar a bí-tributação.

Esta, a espécie dos autos.

## **Voto**

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca, Relator.

### **I ADMISSIBILIDADE.**

#### **I.1 Da verificação dos pressupostos intrínsecos objetivos.**

Primeiramente, cumpre registrar que o recurso é tempestivo, superando-se, assim, este pressuposto.

Passo seguinte, e antes de me debruçar sobre o requisito material da divergência, há outras questões de índole formal a serem apreciadas.

Em suas contrarrazões, a interessada acusa a falta de preenchimento de dois requisitos objetivos estabelecidos, especificamente, pelas disposições do art. 67, §§ 5º e § 8º. Como já destacado no relatório que precede este voto, a Recorrida afirma que a PGFN não teria realizado a demonstração analítica da divergência (limitando-se, nas suas palavras, a reproduzir trechos das ementas dos acórdãos recorrido e paradigmas). E, mais que isso, ao fazer o cotejo entre o *decisum* ora combatido e as decisões comparadas, teria reproduzido trechos de outra decisão que não aquela prolatada neste processo.

Pois bem. Em relação ao primeiro problema, observa-se do apelo fazendário que a D. Procuradoria colacionou, de fato, a ementa correta do julgado recorrido, destacando, em negrito, os trechos sobre o que a pretensa divergência se instauraria. Passo seguinte, reproduziu a ementa e, ainda, passagens dos votos dos acórdãos paradigmas, mais uma vez negritando aquelas que comportariam ideias antagônicas à efetivamente defendida pelo acórdão vergastado.

Vale lembrar que, a teor do § 10 do já mencionado art. 67, a veiculação dos paradigmas pode ser feita pela simples reprodução das respectivas ementas no corpo do próprio recurso. Isto, diga-se, não está em discussão, mas, ao assim proceder, a Recorrente já cuidou, como apontado, de destacar aquilo que representa, sob a sua ótica, as posições contrapostas ao entendimento estampado no acórdão recorrido.

De outro turno, o Manual de Admissibilidade do Recurso Especial (invocado anteriormente), deixa claro que a demonstração analítica da divergência não pressupõe a elaboração de uma planilha comparativa ou mesmo uma explícita exposição das teses antinomicamente consideradas (desculpem-me pelo neologismo):

Esclareça-se que a demonstração da divergência não requer necessariamente a elaboração de quadro comparativo, tampouco de cotejo analítico, desde que fiquem claros no recurso os pontos que estão sendo suscitados. Ademais, deve haver a vinculação clara do paradigma com a matéria suscitada, principalmente quando o recurso aborda diversos temas.

O que se vê, portanto, é que os pontos de incongruência entre a decisão recorrida e os acórdãos paradigmas trazidos pela D. Procuradoria foram suficientemente destacados de sorte a garantir que este Relator e, por conseguinte, este próprio Colegiado, possa, a partir da leitura dos trechos destacados, identificar a matéria sobre a qual teria, hipoteticamente, havido a divergência.

E isto já seria suficiente para evidenciar o preenchimento dos requisitos tratados pelos §§ 5º e 6º do art. 67 do RICARF, ao menos em relação ao acórdão paradigma de nº 9101-003.088.

Quanto ao acórdão comparado, de nº 101.97-070, a planilha comparativa erigida pela Recorrente, de fato, faz menção a um outro acórdão recorrido que não o proferido neste feito. A simples leitura dos trechos ali reproduzidos deixa isto suficientemente claro. Mas esta planilha, diga-se, é meramente complementar porque, como já destacado acima, de plano o recurso especial Fazendário já reproduz as ementas dos acórdãos comparados com o apontamento claro das teses contrapostas, viabilizando, assim, a compreensão exata do litígio e do ponto sobre o que se teria, em tese, estabelecido o dissídio.

Assim, considero que, a par do equívoco acima noticiado, mesmo em relação ao paradigma de nº 101.97-070, estes dois requisitos objetivos estariam preenchidos.

Vejam, agora, se a divergência alegada efetivamente se concretizou.

## **I.2 Sobre a divergência jurisprudencial.**

### **I.2.1 Premissas adotadas por este Relator.**

O art. 67 do RICARF estabelece como requisito intrínseco do recurso especial, a efetiva ocorrência de divergência interpretativa entre decisões de turmas deste Órgão Colegiado acerca da “*legislação tributária*”. Mas, verdade seja dita, estivéssemos, de fato, diante de visões antinômicas apenas quanto ao substrato legal, a exigência de paridade circunstancial seria, a toda evidência, despicienda. Isto porque, e não se pode negar, a interpretação da prescrição pode ser feita *in abstracto*, objetivando, todavia, apenas, compreender o sentido das expressões ali empregadas.

Todavia, o Manual de Admissibilidade do REsp é substancialmente claro ao predispor que a divergência a que a alude o predo art. 67 se estabelece quando as Turmas deste CARF, “*em face de situações fáticas similares, conferem interpretações divergentes à legislação*”

*tributária*”<sup>1</sup>. E ao assim se propor, o recurso especial de divergência não atinge apenas a interpretação do texto legal mas, objetivamente, a própria construção da norma jurídica concreta. Isto porque o *procedimento* de edificação da norma se dá, precisamente, pela aplicação das prescrições normativas ao caso concreto, aplicação que, por sua vez, pressupõe o emprego das “*conexões axiológicas que são construídas (ou, no mínimo, coerentemente intensificadas) pelo intérprete*”<sup>2</sup>, e, ainda, a dialética jurídica (pela apresentação e contra-apresentação de argumentos técnico-jurídicos).

Trazendo para esta seara, destarte, a clássica equação kelseniana, pensada para viabilizar a construção da norma, tem-se que “se A, deve ser B”<sup>3</sup>. Se, entretanto, um dado aplicador do direito, partindo das suas “*conexões axiológicas*” (preconceitos jurídicos que ele coerentemente intensifica, nas palavras de Ávila), se socorre de uma leitura própria da prescrição “A”, quando sobreposta às circunstâncias de fato, concluirá pela implementação da consequência “B” de forma distinta daquele que considera “A” sob outras concepções. Objetivamente, uma Turma pode considerar que se “A+”, deve ser “B”, ao passo que outro Colegiado poderá edificar a norma, que compreende um mesmo conjunto fático (ou, quando menos similar), a partir da equação clássica “se “A”, deve ser “B”. E é, precisamente aí, que se estabelece a divergência interpretativa que desafia o remédio excepcional em testilha.

Daí a necessidade de:

- a) a construção normativa se dar sobre uma mesma prescrição (substrato) legal (ou legislativa, inclusive na acepção do art. 100 do Código Tributário Nacional);
- b) o exercício silogístico se implementar quanto a circunstâncias fáticas iguais ou, quando menos, similares, ou, de outra sorte, estaremos potencialmente, tratando de uma mesma prescrição normativa e cuja consequência se implementa de forma distinta, apenas, por conta da aludida dissimilitude fática;
- c) as turmas responsáveis pela prolação da decisão que positiva a norma serem distintas, dado que, em sendo o mesmo colegiado, não se poderá considerar que estes aplicadores colijam “*conexões axiológicas*” distintas (ao menos em tese).

Em razão da premissa descrita em “a”, os interessados devem deixar claro qual a prescrição legislativa está sendo examinada; porque só há interpretação antinômica em relação a um mesmo antecedente e consequente abstratamente previsto na lei. Daí porque, inclusive, não se estabelecer a divergência em relação a decisões que se debruçam acerca de preceitos legislativos que, não obstante tratem de uma mesma matéria, sejam, cronologicamente,

<sup>1</sup> Manual de Admissibilidade do Recurso Especial, Orientações Gerais para Formalização de Despachos, v. 3.1. Brasília, dezembro 2018, p. 54, disponível em [http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/arquivos-e-imagens-pasta/manual-admissibilidade-recurso-especial-v-3\\_1-ed\\_14-12-2018.pdf](http://idg.carf.fazenda.gov.br/publicacoes/arquivos-e-imagens-pasta/manual-admissibilidade-recurso-especial-v-3_1-ed_14-12-2018.pdf). Acessado em 23 de junho de 2022.

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 65.

<sup>3</sup> Lembrando, aqui, que para Kelsen, esta equação ainda depende do ato do aplicador da lei, não se concretizando automaticamente pela simples implementação do fato hipotético "A" (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, versão condensada pelo próprio Autor. 4ª ed., tradução de J. Cretellajr. e Agnes Cretella, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47.

distintos (os próprios contextos destas regras não serão os mesmos e o exercício silogístico subsequente, necessariamente, se implementará de forma distinta – paradigmas anacrônicos, como descrito pelo Manual de Admissibilidade<sup>4</sup>).

Outrossim, e ainda no que tange ao fundamento tratado em “a”, supra, a proposição normativa tem que ter sido objeto de decisão, ainda que implícita, pelos acórdãos a serem comparados. Sem o seu prequestionamento, não há positividade da norma e, ato contínuo, não há, propriamente, matéria a ser comparada.

Noutro giro, o pressuposto declinado em “b” impõe a identidade fática e afasta a possibilidade de se estabelecer a divergência quando a questão torna relevante a prova produzida ou não produzida (os fatos devem estar postos, já que a equação Kelseniana, sempre, será diferente para cada conjunto fático-probatório, independentemente da leitura que se faça acerca das prescrições normativas). Aliás, este mesmo entendimento se encontra divisível no Manual de Exame de Admissibilidade, citado alhures. Veja-se:

Assim, a divergência jurisprudencial não se estabelece em matéria de prova, e sim na interpretação da legislação. Com efeito, tratando-se de situações fáticas diversas, cada qual com seu conjunto probatório específico, as soluções diferentes não têm como fundamento a interpretação diversa da legislação, mas sim as diferentes situações fáticas retratadas em cada um dos julgados.

E, por fim, só se estabelece divergência quando a norma é edificada por aplicadores distintos.

Esclareço, por oportuno, que as premissas agora postas são próprias deste Relator e não representam, necessariamente, o entendimento do Colegiado acerca deste pressuposto de cabimento. Se prestam, valem a insistência, apenas para nortear o exame a ser realizado por este Conselheiro, não vinculando, em absoluto, os demais membros deste Colegiado que, por certo, adotam, ou adotarão, outros critérios que não, e necessariamente, os até aqui expostos.

Assentadas, assim, as premissas a serem assumidas por este Relator, e somente por ele, passo ao exame do cabimento do apelo ora analisado.

### **I.2.2 Da verificação, ou não, da existência de dissídio.**

É preciso destacar que a única matéria objeto do recurso a ser examinada diz respeito à regra contida no § 6º do art. 1º da IN 213/02 e, assim, da necessidade ou não de se consolidar os resultados positivos auferidos pelas investidas indiretas no balanço da controlada direta, para fins da respectiva adição ao seu lucro líquido. Foi essa, e apenas essa, a discussão decidida pelo voto vencedor do acórdão de número 1302-004.187 que restou para ser examinada por este Colegiado.

Com efeito, não obstante o voto vencido, os acórdãos paradigmas e as próprias partes (recorrente e recorrida), fazerem menção à questão afeita aos tratados internacionais para evitar bi-tributação, o Redator do aresto ora combatido deixou claro que ela restara prejudicada face aos acolhimentos dos argumentos prefaciais propostos, dentre os quais, aquele abrangido pelas disposições do já referido art. 1º, § 6º, da IN 213/02:

---

<sup>4</sup> Op. cit. p. 57.

O douto relator entendeu que haveria possibilidade de se alcançar os resultados das controladas indiretas, na medida em que o “*art. 16, I, da Lei nº 9.430/96, foi categórico ao determinar que os lucros destas últimas deverão ser considerados de forma ‘individualizada’ na composição daquele valor que será tributado*”.

A par de toda a discussão acerca da possibilidade de tributação dos lucros auferidos pela controladas e coligadas no exterior, em especial, quando estas entidades forem domiciliadas em países que possuem tratados com o Brasil para evitar a dupla tributação (deixando claro que este julgador não concorda com os argumentos apresentados pelo ilustre relator), não pode se acompanhar o entendimento do voto condutor proferido pelo relator.

Dito assim, eventual divergência interpretativa somente poderá se dar em relação ao que disciplinado, desculpem a insistência, pela IN 213, art. 1º, § 6º. Ou se acolhe a posição assumida pelo Relator do acórdão recorrido, no sentido de que a Lei impõe a tributação “de forma individualizada” dos lucros das indiretas, ou, outrossim, se finca na literalidade do regramento contido na norma regulamentar da Receita Federal, retro referida.

Pois bem. No acórdão recorrido, a questão restou assim posta:

E quando se lê o teor do § 6º, do artigo 1º da Instrução Normativa 213/2002, citado no trecho acima transcrito, **não se tem dúvidas quanto à necessidade de consolidação dos resultados na controlada direta**, para que, assim, se possa tributar os resultados na controladora brasileira.

E como semelhante procedimento não foi adotado no caso dos autos pela D. Autoridade Lançadora, entendeu-se pelo cancelamento desta exigência, tendo em conta a impossibilidade do CARF, ou qualquer outro órgão julgador, refazer a apuração do próprio crédito lançado.

No primeiro paradigma invocado pela D. Procuradoria (acórdão de nº 101.97-070), o que se viu foi que a respectiva Turma teria se pronunciado de forma similar à que defendida pelo Relator do voto vencido do aresto ora combatido. Ali, e pela parte inclusive frisada no recurso fazendário, aquele Colegiado afirmou textualmente que, naquele caso concreto, os lucros das controladas indiretas deveriam ser “*adicionados ao lucro líquido da controladora, independentemente, do prévio reconhecimento por equivalência patrimonial na controlada direta*”. E, em seguida, e adicionalmente, afirmou que os lucros considerados, apurados pela controlada indireta, em nada impactam o resultado da investida direta.

Semelhante interpretação, vejam bem, se debruça diretamente sobre a situação versada pelo art. 1º, § 6º, da IN 213/02 que, ao revés, ao menos a luz de sua literalidade, impunha precisamente o inverso, sendo esta a leitura que o voto vencedor do acórdão 1302.004-187, como já demonstrado, fez. As teses, aí, são absolutamente contrapostas, e sobre isto não há dúvidas. A norma tal como erigida tanto no recorrido, como neste primeiro paradigma, considerou para a sua formação o substrato (infra) legal divisado no art. 1º, § 6º, da IN 213/02 e ainda aqueles estampados no § 5º deste mesmo diploma, além do que regrado pelo art. 16 da Lei 9.430/96.

E, notem, o contexto fático entre um e outro caso é realmente similar. Na hipótese destes autos, a autuada controlava empresa sediada na Áustria (Azben) que, por sua vez, era controladora de diversas outras empresas espalhadas pelo Mundo. Há, aí, uma estrutura societária, cujas participações observadas se dão de forma vertical (a investida direta, Azben, é

controladora das investidas indiretas). E esta mesmíssima estrutura foi identificada no acórdão paradigma em que a autuada estabelecida no Brasil (Eagle), controlava uma empresa sediada na Espanha e cujos resultados tributados naquela autuação provinham dos lucros observados por outras empresas, desta feita, controladas pela companhia espanhola.

Em síntese, a norma jurídica edificada nestes acórdãos ora comparados, tinha por pressuposto uma mesma prescrição legislativa e um mesmo contexto fático, resultando, contudo, em conclusões (consequências distintas): para o recorrido, a tributação dos lucros da indiretas deveriam ser consolidados na investida direta, ao passo que para o acórdão paradigma, tais resultados comporiam, diretamente, o lucro da autuada.

Por sua vez, a divergência observada entre o aresto prolatado pela 2ª Turma da 3ª Câmara desta Seção de julgamentos e o acórdão de n.º 9101-003.088 é ainda mais patente. Isto porque, neste segundo julgado, houve, inclusive, manifestação explícita acerca das disposições do § 6º do art. 1º da IN 213, asseverando-se, aí, que esta regra teria um caráter residual, mormente a luz dos preceitos do § 5º deste mesmo preceptivo. Em síntese, o acórdão comparado afirmou que a aludida natureza residual seria uma decorrência lógica do fato de que o § 5º determinaria a adição individualizada dos lucros das investidas diretas e indiretas. Por sua vez a interpretação pretendida então pelo contribuinte, resultaria na criação de nova norma de incidência. Há, neste segundo paradigma, uma interpretação manifesta sobre o precitado § 6º, diametralmente oposta àquela defendida no acórdão de n.º 1302-004.187, ora recorrido.

E, mais uma vez aqui, a similitude fática se vê presente já que a parte daquele aresto que interessa ao caso vertente, revela que os resultados tributados, percebidos por sua investida direta (situada em Luxemburgo), decorreriam dos ajustes decorrentes de MEP – Método de Equivalência Patrimonial -, observados em relação aos lucros auferidos por uma controlada indireta (estabelecida em Portugal).

Dito desta forma, e verificada a efetiva divergência entre o acórdão recorrido e os dois paradigmas colacionados, impõe-se a admissão do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Nada obstante, o Colegiado entendeu que, particularmente, quanto ao primeiro paradigma, não haveria dissídio, de sorte que a admissão se deu apenas em relação ao segundo acórdão comparado. Neste passo, a admissão se deu na forma da declaração de voto, manifestada pela Conselheira Edeli Pereira Bessa, apresentada ao fim deste acórdão.

## **II MÉRITO.**

### **II.1 Um adminículo.**

Conforme destaquei anteriormente, a querela trazida para esta Turma ficou adstrita à interpretação das disposições do art. 1º, § 6º, da IN 213/02. Todos os demais itens do recurso voluntário restaram prejudicados (exceção feita às exigências atinentes às empresas Voto III e Voto IV, que foram definitivamente julgadas pela Turma *a quo*). Não houve, portanto, quanto aos seguintes itens, qualquer exame pelo Colegiado recorrido (ainda que, sobre eles, o Relator, responsável pela elaboração do voto vencido, tenha se pronunciado):

- a) impropriedade da autuação por desrespeito ao art. 43 do CTN ante a inexistência de deliberação acerca da disponibilização dos lucros porventura apurados pelas empresas sediadas no exterior;
- b) a autuada não teria controle efetivo das investidas indiretas (OTORANTIM GMBH, VINA, VOTORANTIM AUSTRÁLIA, CITROVITA, VOTORANTIM TERMINAL e VOTORANTIM KFT), sendo meramente coligadas e não controladas, não podendo opinar sobre a destinação dos resultados destas empresas, que se encontravam em países que não possuíam “*tributação favorecida*”;
- c) a tributação somente poderia atingir os lucros auferidos pelas controladas diretas, seja pela não disponibilização dos resultados das indiretas, seja pela suscitada necessidade de observância às tratados firmados pelo Brasil e pelos países em que as demais investidas (direta e indiretas) se encontravam estabelecidas.

Como dito, ainda que o D. Relator do acórdão recorrido tenha se reportado a tais questionamentos, sobre eles a Turma *a quo* não se manifestou. Neste diapasão, caso este Colegiado se pronuncie pelo provimento do apelo fazendário, estes assuntos deverão ser objeto de análise específica pela 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção. Os autos, destarte, deverão retornar à instância anterior, impondo-se, apenas, o provimento parcial do recurso da D. PGFN.

Feita esta ressalva, passo ao exame do mérito do REsp da Fazenda.

## **II.2 Da correta interpretação acerca das disposições do art. 1º, § 6º, da IN 213/02.**

Ainda que D. Procuradoria se esmere em defender o conceito de participação societária em empresas controladas e coligadas, os preditos conceitos não estão em discussão. O acórdão recorrido, vale a insistência, não se debruça sobre isso, limitando-se a discutir a natureza e aplicação da regra contida no, vezes sem fim, citado § 6º do art. 1º da IN 213/02.

E sobre este último tema, o recurso Fazendário, perfilhando-se aos entendimentos expostos nos paradigmas, afirma que os artigos 25, § 2º, da Lei 9.249/95 e 16, I, da Lei 9.430/96 não fariam distinções entre os lucros da investidas diretas e das sucursais, filiais ou subsidiárias. Mais especificamente, o preceptivo da Lei 9.430, retro referido, disporia de forma clara que os aludidos resultados seriam tributados na investidora, de forma individualizada – algo já afirmado pelo D. Relator do acórdão recorrido. Defende, assim, que estes lucros sejam considerados diretamente na empresa controladora nacional, sem que isso importe em desconsideração da personalidade jurídica da sociedade investida direta.

O problema é que estes preceitos não foram sequer apontados pelo acórdão recorrido. A questão não foi examinada, ao menos explicitamente, à luz de seus ditames, restando, outrossim, calcado, exclusivamente, nas disposições da IN 213/02 que se prestou, vale dizer, a “regulamentar” as regras insertas na legislação brasileira que versa sobre tributação em bases universais (daí porque admiti a divergência, particularmente quanto ao acórdão de nº 101.97-070 - mesmo que embasado apenas nas regras legais retro referidas, o seu racional resvala, diretamente, no conteúdo prescritivo da predita IN).

Só que, insista-se, o Conselheiro Redator do aresto combatido pela Fazenda Pública restringiu o seu exame ao aludido § 6º do art. 1º da IN 213/02, deixando, explicito, inclusive, o seu entendimento de que este preceptivo seria expresso, tendo sido superado, apenas, por ocasião da edição da Lei 12.973/14, cujo art. 78 estabeleceu novos procedimentos distintos daqueles regradados pela aludida IN.

E, de fato, ao nos debruçarmos sobre o regramento contido na prescrição regulamentar em questão, não é possível alcançar-se uma leitura que não aquela que, literalmente, se encontra ali exposta:

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.

§ 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.

Não há, aqui, tergiversações possíveis acerca do conteúdo desta prescrição. O § 6º, acima reproduzido, vejam bem, não faz ressalvas, restrições ou apontamentos quanto a natureza dos resultados a serem consolidados. Estes, quando observados por entidades indiretamente controladas, serão consolidados no balanço da investida direta, a fim de que, inclusive, se evite possíveis exigências dúplices sobre tais lucros.

Notem que, particularmente, no paradigma de nº 9101-003.088, assentou-se a ideia de que o parágrafo 6º em questão se destinaria a proceduralizar a tributação do que chama de “*lucros residuais*” tais como, v.g., os resultados advindos de aplicações financeiras. E esta interpretação, por sua vez, decorreria do exame daquilo contido no § 5º do art. 1º deste mesmo diploma regulamentar, que, assim, rezava:

§ 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.

Segundo o Colegiado que prolatou aquela decisão, a interpretação pretendida pelo acórdão recorrido encerraria a criação de uma segunda hipótese de incidência, mormente porque o § 5º, acima, já vedaria, inclusive, a consolidação dos valores percebidos por filiais, sucursais, controladas ou coligadas. Mas este preceptivo não faz a ressalva que o § 6º faz; ele não trata da participação indireta, limitando-se, em verdade, a reproduzir o que os artigos 25 da Lei 9.249/95 e 16 da Lei 9.430/96 já dispunham.

Todavia, estas leis nada dizem sobre a proceduralização da tributação das empresas indiretamente controladas. O que a IN fez, a partir do § 6º, foi, precisamente, instrumentalizar o fisco a fim de permitir a tributação dos resultados das investidas indiretas sem que se operasse, como já destacado, eventual *bis in idem*.

E, vale frisar, a exigência dúplice, factivelmente, poderá ocorrer, caso não se proceda à consolidação anteriormente referida. Isto porque, para que isso não se suceda, seria preciso se conhecer o tratamento dado pela legislação estrangeira a tais resultados, inclusive quanto ao momento de sua tributação. Como os regramentos nacionais não conseguem antever as regras de incidência dos países em que tais investidas estão localizadas, poder-se-ia exigir o IR e a CSLL sobre os aludidos valores, antecipadamente, e, em momento subsequente, em razão de regras estrangeiras específicas, se verificar um novo impacto no resultado da controlada direta. Neste passo, as exações acima incidirão sobre os lucros das indiretas e, subsequentemente, sobre o resultado da direta, já impactado pela variação positiva observada nas suas controladas.

E a premissa adotada pelo acórdão de n.º 9101-003.088 é sofisticada, *rogata maxima venia*, justamente por presumir as regras de incidência preconizadas pela legislação alienígena: não é possível antecipar, sem se debruçar sobre as respectivas regras de incidência preconizadas pelas leis estrangeiras, o que se sucederá quanto aqueles lucros (e nem seria admissível fazer-se tal exame, a luz do que dispõe o art. 25, § 7º, da Lei 9.249/95).

Outrossim, e objetivamente quanto a alegação de que o § 6º se destinaria ao regramento da exigência apenas de lucros residuais, estar-se-ia diante de claro criacionismo porque, repise-se, este preceptivo não faz tal ressalva.

Agora, se ele desbordou os limites das leis que ele objetivou regulamentar, isto é outra questão. É inegável que os julgadores deste CARF podem considerar a ilegalidade das normas regulamentares expedidas pela Receita, mas os auditores fiscais estão, a elas, vinculados. E estes auditores, responsáveis pelo lançamento, não podem, até mesmo por força do princípio hierárquico, desconsiderá-las.

O § 6º do art. 1º da IN 213/02 tem nítido caráter instrumental e objetiva, precisamente, regulamentar a exigência do IR da CSLL sobre os resultados percebidos pelas investidas indiretas, situação não abarcada, em absoluto, pelas disposições do § 5º, que versa, apenas, sobre a tributação dos lucros das controladas, coligadas ou sucursais nas quais o contribuinte tenha participação direta. Outro entendimento, importaria na desconsideração da expressão “*resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica*” – não existem palavras ou expressões inúteis na lei (ou, mais especificamente, na regra infralegal).

Correta a decisão recorrida neste ponto. Sem a consolidação determinada pelo § 6º, o lançamento não pode ser mantido, sendo impossível, inclusive, que as autoridades julgadoras se façam substituir à autoridade fiscal para efetuar semelhante procedimento (pena de se inovar o próprio ato de lançamento).

### III CONCLUSÃO.

A luz do exposto, voto por ADMITIR o recurso especial da Fazenda Nacional e, no mérito, por lhe NEGAR PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

## Declaração de Voto

Conselheira Edeli Pereira Bessa

A Contribuinte incorporou Cazben Participações do Brasil Ltda em dezembro/2008. Referida pessoa jurídica detinha participação societária de 60% em Azben Holding G.M.B.H, sediada na Áustria. A Contribuinte, por sua vez, já detinha os outros 40% das quotas de Azben. O presente procedimento fiscal teve por objeto 40% dos lucros auferidos no exterior por intermédio desta investida situada na Áustria, no ano-calendário 2008, vez que os outros 60% já haviam sido auferidos em processo formalizado contra a Contribuinte, mas na condição de sucessora por incorporação de Cazben.

A autoridade lançadora descreve que:

18. Conforme informações apresentadas pela Vpar, temos abaixo suas participações societárias:

18.1 – Azben (Atual Votorantim GmbH -Áustria) – 40%;

18.2 – **Voto-Votorantim Overseas Trading Operations III Ltd. (Cayman) – 100%;**

18.3 - **Voto-Votorantim Overseas Trading Operations IV Ltd. (Cayman) - 50%**

18.4 – Hailstone Ltd. (Ilhas Virgens Britânicas) – 100%;

18.5 – Sta. Helen Holding II BV (Curaçao) – 100%;

19. A Azben (razão social alterada para Votorantim GmbH em 17 de janeiro de 2008), por sua vez, possui as seguintes participações societárias em 2008, conforme organograma apresentado:

19.1 – **Votorantim International Holding NV (Curaçao), constituída em 11/10/91 – 100%;**

19.2 – **Votorantim International North America (USA – Delaware), constituída em 13/08/92 – 100%;**

19.3 – Votorantim International Europe GmbH (Alemanha), constituída em 06/12/95 – 100%;

19.4 – **Votorantim International Australia Pty (Australia), constituída em 16/04/04 – 100%;**

19.5 – **Citrovita NV (Belgica), constituída em 05/06/08 – 99,9%;**

19.6 – **The Bulk Services Corp (Cayman), constituída em 17/02/98 – 100%;**

19.7 – **Votorantim Terminal NV (Bélgica), constituída em 02/04/97** – 97%;

19.8 – US Zinc Asian Pacific (Barbados), constituída em 31/01/06 – 100%;

19.9 – **Votorantim Europe KFT (Hungria), constituída em 31/01/08** – 100%.  
(*destacou-se*)

A base de cálculo autuada equivale aos lucros auferidos por intermédio das investidas acima destacadas. Os resultados correspondentes às investidas destacadas no parágrafo 18 foram considerados na proporção do percentual de participação ali indicado. Já os resultados correspondentes às investidas destacadas no parágrafo 19 foram considerados no equivalente a 40% dos percentuais de participação ali indicados, dado ser esta a participação da autuada em Azben. A autoridade lançadora esclareceu que *as participações da tabela acima referem-se ao percentual de titularidade da Vpar nas empresas, tanto como controladora direta, como indireta.*

Depois de esclarecer a origem dos *valores dos resultados da Voto III e da Voto IV*, a autoridade lançadora transcreve a legislação de regência, destacando: i) o §4º do art. 25 da Lei nº 9.249/95 quanto à conversão em reais dos lucros; ii) o §5º do art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 213/2002 quanto à vedação de consolidação de valores de entidades localizada em um mesmo país; e iii) o §2º do mesmo art. 1º quanto à permissão de compensação de prejuízos apenas da mesma controlada ou coligada. Mais à frente, adicionou que:

Os lucros conduzidos por intermédio da Azben (Áustria) não foram oferecidos à tributação pela Cazben, sob o argumento de que estariam resguardados pelo Tratado Brasil-Áustria.

Em que pese o fato do art.74 da MP 2.158-35 evitar o diferimento da tributação do acréscimo patrimonial auferido pela empresa sediada no Brasil, em decorrência dos lucros obtidos por sua(s) controlada(s) ou coligada(s) no exterior (V. ITEM 22.4), independentemente do fato de ser(em) sediada(s) ou não em país com acordo para evitar dupla tributação com o Brasil, **o acordo internacional não alcança os lucros gerados por pessoa jurídica que não reside em qualquer dos Estados-Contratantes**, ou seja, gerados pelos Sub-Grupos “Controladas Indiretas da Cazben 1” e “Controladas Indiretas da Cazben 2” como decidido pela antiga Primeira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, no julgamento do caso Eagle:

[...]

**Não existe, na legislação brasileira, qualquer regra que limite a tributação universal apenas aos lucros apurados por controladas diretas.** O conceito legal de sociedade controlada definido no art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76 abarca tanto as controladas diretas quanto as indiretas, e esse conceito foi recepcionado sem qualquer ressalva pela legislação tributária, como será pormenorizado a seguir.

[...]

Em suma: não há qualquer dispositivo legal que exclua os resultados apurados por sociedade controlada indiretamente da tributação universal, e, portanto, a Cazben deveria ter disponibilizado os lucros auferidos por TODAS as suas controladas indiretas.

[...]

22.4 Tratados internacionais para evitar a dupla tributação

As convenções entre países para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento, não podem ser interpretadas ou empregadas como um tratado internacional destinado a garantir isenção de impostos.

[...]

A legislação fiscal pátria, quando determina que os lucros auferidos no exterior por controladas domiciliadas em outros Estados sejam adicionados ao lucro líquido da matriz ou controladora brasileira, **permite que o Estado contratante (Brasil) exerça o direito de tributar seu próprio residente, que é a controladora brasileira (VPar), segundo as disposições inerentes à matéria em sua legislação doméstica.** (*negrejou-se*)

Depois de referir limitação de compensação de imposto pago no exterior *até o final do segundo ano-calendário subsequente ao de sua apuração*, a acusação fiscal ainda é complementada com referências aos tratados que buscam evitar a *dupla tributação jurídica internacional*, adicionando-se o seguinte:

22.5 - Convenção Brasil-Austria para evitar a dupla tributação e da interposição de sociedade com finalidade elisiva:

A ligação societária indireta entre a Cazben (Brasil) e a Votorantim International Holding NV (Curaçao), Votorantim International North America (USA – Delaware, Votorantim International Europe, Votorantim International Australia Pty (Australia, Citrovita NV (Bélgica), The Bulk Services Corp (Cayman), Votorantim Terminal NV (Bélgica), US Zinc Asian Pacific (Barbados), Votorantim Europe KFT (Hungria) e a Votorantim NV (Curaçao) **é um exemplo típico de interposição de sociedade por razões exclusivamente elisivas.** Aliás, a Austria não possui restrições legais ao recebimento de rendimentos de empresas sediadas em outros países por suas holdings e os dividendos pagos a residente no Brasil por residente na Austria estão isentos de tributação também no Brasil por força do TDT.

Diante do que foi explicado, fica claro que a criação da Votorantim GMBH (antiga Azben) – Austria, foi, sem dúvida nenhuma, **a busca de uma elisão tributária abusiva destinada a subtrair os rendimentos das controladas indiretas acima elencadas, da base tributária do imposto de renda e da contribuição social dos seus reais beneficiários no Brasil.**

A expressão "beneficial owner", trazida para o vernáculo como beneficiário efetivo ou real beneficiário, foi criada para designar aquele que, na realidade, **auferirá as vantagens decorrentes do tratado, no caso de interposição de terceira pessoa.** Trata-se de alguém reconhecido como proprietário por equidade, por lhe pertencerem o uso da coisa, embora o título legal pertença a outra pessoa.

[...]

A Convenção de Dupla Tributação com a Áustria, como todo tratado internacional, deve ser interpretada de boa fé e à luz do respectivo objeto e fim, conforme, inclusive, recomendações da OCDE, descartando-se interpretações que conduzam a resultados manifestamente absurdos ou despropositados (seja fuga tributária, seja dupla tributação).

**A holding austríaca, mera sociedade condutora de rendimentos, foi constituída por razões de economia tributária,** auferindo e pagando dividendos não por sua própria conta, mas para seus beneficiários efetivos no Brasil. A Votorantim GmbH – Austria, possui apenas posse temporária dos dividendos, se tanto, e em função exclusiva do interesse fiscal dos seus controladores. Assim, **a interposição da holding austríaca em operação internacional (Australia, Curaçao, Bélgica, Alemanha, EUA-Delaware,**

**Cayman, Barbados, e Hungria com o Brasil), por razões tributárias, constitui um caso de confronto direto com a finalidade da Convenção Brasil/Áustria.**

Não podemos nos esquecer que nos demonstrativos da Votorantim GmbH – Austria, está bem claro que seu resultado é apenas resultado de operações intragrupo que poderiam ser efetuadas de qualquer outro lugar do mundo e por qualquer outra empresa do grupo.

[...]

Conclui-se, portanto, que para as pessoa jurídicas, o critério é o lugar de sua sede de direção efetiva, que no caso da fiscalização em análise é o Brasil, pois entendemos que **a Votorantim GmbH - Austria é mero conector, travestido de empresa operacional, para aproveitamento do benefício tributário.**

Por tudo o que foi arrazoado, entendemos que devem ser tributados os lucros auferidos pelas Votorantim International Holding NV (Curaçao), Votorantim International North America (USA – Delaware, Votorantim International Europe , Votorantim International Australia Pty (Australia, Citrovita NV (Bélgica, The Bulk Services Corp (Cayman), Votorantim Terminal NV (Bélgica), US Zinc Asian Pacific (Barbados), Votorantim Europe KFT (Hungria) e a Votorantrade NV (Curaçao), por ser **a VPar efetivamente a beneficiária de tais resultados além de, conforme a legislação brasileira, ser controladora indireta das empresas sediadas em terceiros países.** (*destacou-se*)

A acusação fiscal, portanto, está pautada em quatro fundamentos: i) os lucros apurados pelas investidas no exterior devem ser convertidos em reais à taxa de câmbio da data de apuração e trazidos para tributação de forma individualizada, sem consolidação ainda que as entidades estejam localizadas em um mesmo país e limitada a compensação de prejuízos apenas com lucros da mesma controlada ou coligada; ii) *não existe, na legislação brasileira, qualquer regra que limite a tributação universal apenas aos lucros apurados por controladas diretas*; iii) o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 *permite que o Estado contratante (Brasil) exerça o direito de tributar seu próprio residente sem ofender o acordo para evitar dupla tributação*; e iv) *em que pese o fato de o art.74 da MP 2.158-35 evitar o diferimento da tributação do acréscimo patrimonial auferido pela empresa sediada no Brasil, em decorrência dos lucros obtidos por sua(s) controlada(s) ou coligada(s) no exterior, a interposição da holding austríaca constitui elisão fiscal abusiva, em confronto direto com a finalidade da Convenção Brasil/Áustria.*

A decisão de 1ª instância inicialmente proferida foi anulada em razão de *omissão na análise de provas e argumentos de mérito que questionam a base de cálculo utilizada para fins de constituição de créditos tributários*. Na segunda apreciação, o crédito tributário foi integralmente mantido. O voto condutor da decisão assim aborda a discussão estabelecida acerca da incidência sobre os lucros auferido por intermédio das controladas indiretas:

A contribuinte alega em sua peça impugnatória que: 1) Os lucros das sociedades nas quais a IMPUGNANTE tem participação não foram distribuídos à IMPUGNANTE; 2) Não houve qualquer deliberação societária determinando o pagamento desse suposto "lucro" à controladora, em dissonância com o conceito de renda adotado pela legislação pátria; 3) O mero fato de pessoa jurídica no exterior elaborar um balanço evidenciando o auferimento de lucros não representa qualquer aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica; 4) Somente lucros passíveis de serem distribuídos à controladora é que podem ser "*considerados disponibilizados*".

[...]

A contribuinte foi autuada em 40% do resultado da Azben tendo em vista que não houve disponibilização da variação patrimonial positiva decorrente dos resultados auferidos pelas suas coligadas e controladas no exterior. Os lucros conduzidos por intermédio da Azben (Áustria) não foram oferecidos à tributação pela Cazben, sob o argumento de que estariam resguardados pelo Tratado Brasil-Áustria.

Segundo a Fiscalização, a criação da Votorantim GmbH (antiga Azben) – Áustria foi a busca de uma elisão tributária abusiva destinada a subtrair os rendimentos das controladas indiretas, da base tributária do imposto de renda e da contribuição social dos seus reais beneficiários no Brasil. A holding austríaca, mera sociedade condutora de rendimentos, foi constituída por razões de economia tributária, auferindo e pagando dividendos não por sua própria conta, mas para seus beneficiários efetivos no Brasil. A Votorantim GmbH – Áustria, possui apenas posse temporária dos dividendos, se tanto, e em função exclusiva do interesse fiscal dos seus controladores. Assim, a interposição da holding austríaca em operação internacional (Austrália, Curaçao, Bélgica, Alemanha, EUA-Delaware, Cayman, Barbados, e Hungria com o Brasil), por razões tributárias, constituiu um caso de confronto direto com a finalidade da Convenção Brasil/Áustria.

Cabe razão à Fiscalização, pois uma pessoa que atue em um dos Estados contratantes por conta de uma empresa do outro Estado Contratante, desde que não seja um agente independente, será considerado estabelecimento permanente se esta pessoa tiver e habitualmente exercer autoridade para concluir contratos em nome da empresa, excluídos os de compra de bens ou mercadorias para a empresa".

Conforme já exposto, o simples controle de uma sociedade residente em um Estado Contratante, por outra residente em outro Estado contratante, não é suficiente para a caracterização de estabelecimento permanente e que são estabelecimentos estáveis as instalações que adquirem ou realizam diretamente um lucro, tendo caráter imediatamente produtivo, o que não é o caso da Votorantim GmbH.

Os autos indicam que houve apenas formalmente uma alteração de controle das sociedades estrangeiras e que esse negócio jurídico não trouxe melhorias no perfil da atividade industrial ou comercial do Grupo VOTORANTIM, a não ser uma vantagem competitiva sobre seus concorrentes advinda exclusivamente de economia tributária, o que é inaceitável sob o ponto de vista fiscal, pois a falta de propósito negocial desnatura a legitimidade do ato praticado em face dos demais princípios informativos do sistema jurídico pátrio.

**A holding foi constituída de acordo com a legislação da Áustria e sua personalidade jurídica está sendo observada pelo Fisco. Entretanto, não podem ser aceitos os efeitos do planejamento tributário elaborado pela contribuinte, eis que apoiado em uma empresa constituída preponderantemente para economizar tributos.**

Assim, não se trata de desconsideração da personalidade jurídica da controlada na Áustria, mas na inoponibilidade dos efeitos do planejamento tributário executado em face da tributação nacional.

A interessada insurge-se contra a tributação das controladas da VOTORANTIM GBMH, (CITROVITA, VOTORANTIM TERMINAL NV e VOTORANTIM KFT), pois essas empresas residem em países com os quais o Brasil mantém convenções para evitar a dupla tributação.

Como já foi exposto anteriormente, quando as operações visam a apenas economizar tributos, por meio da constituição de pessoas jurídicas com nítida falta de propósito negocial, não podem ser abrangidas pelos tratados, pois, mencionado fato, desvirtuaria o propósito dos acordos internacionais.

É pertinente, portanto, conforme proposto pela autoridade fiscal, que devam ser tributados os lucros auferidos pelas Votorantim International Holding NV (Curaçao), Votorantim International North America (USA – Delaware, Votorantim International Europe, Votorantim International Austrália Pty (Australia, Citrovia NV (Belgica, The Bulk Services Corp (Cayman), Votorantim Terminal NV (Bélgica), US Zinc Asian Pacific (Barbados), Votorantim Europe KFT (Hungria) e a Votorantrade NV (Curaçao), **por ser a VPar efetivamente a beneficiária de tais resultados além de, conforme a legislação brasileira, ser controladora indireta das empresas sediadas em terceiros países.**

[...]

A inoponibilidade do planejamento tributário engendrado pela contribuinte em face do Fisco implica na não aquiescência, pela autoridade fiscal, dos efeitos tributários pretendidos pela Impugnante.

Todavia, **a Convenção Brasil – Áustria/Hungria não pode ser usada para evitar a exação tributária sobre os lucros auferidos por outra sociedade controlada residente de um terceiro Estado não signatário da Convenção**, uma vez que ela visa evitar a dupla tributação dos lucros auferidos pelas sociedades residentes nos respectivos Estados Contratantes, pois não seria verossímil que os países signatários do acordo bilateral pretendessem contemplar residentes de terceiros países.

[...]

No caso em concreto, a Votorantim International Holding NV (Curaçao), Votorantim International North America (USA – Delaware, Votorantim International Europe, Votorantim International Austrália Pty (Australia, Citrovia NV (Belgica, The Bulk Services Corp (Cayman), Votorantim Terminal NV (Bélgica), US Zinc Asian Pacific (Barbados), Votorantim Europe KFT (Hungria) e a Votorantrade NV (Curaçao), são, todas elas, controladas da Vpar, 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 n.º 9.249/95, **devendo tais adições ser feitas de forma individualizado**, consoante o comando do artigo o art. 16 da Lei n. 9.430/96.

Neste sentido, afirma Ricardo Mariz que "**os resultados de cada coligada ou controlada devem ser apurados separadamente para efeitos de tributação**".

Nesse sentido, como as leis que tratam de tributação em base universais não restringem a hipótese de incidência ao lucro auferido por controlada direta, concluiu o autuante de que o lucro da controlada indireta no exterior também é tributável, respeitadas os acordos internacionais para evitar a dupla tributação.

A IN SRF n.º 213/2002 corrobora esse entendimento, pois em seu artigo 1º, § 6º, determina que "*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*".

Portanto, **em regra, a tributação dos lucros de controladas indiretas ocorreria mediante consolidação desses lucros no balanço da controlada direta** e operar-se-ia à medida que fossem sendo reconhecidos e oferecidos à tributação a contrapartida do resultado positivo do valor do investimento na controlada direta, por força de sua avaliação pelo método da equivalência patrimonial, conforme previsto no art. 7º da IN SRF n.º 213/2002.

Verifica-se que, para efeito de tributação dos lucros auferidos no exterior, **deve-se levar em consideração, de forma individualizada, os lucros auferidos por cada**

**controlada no exterior, seja ela controlada direta ou indiretamente pela empresa brasileira**, adicionando-os ao lucro da empresa brasileira para efeito de tributação do imposto de renda.

No caso dos autos, entendo que **os lucros das controladas indiretas puderam ser alcançados diretamente pela tributação, porquanto restou caracterizado o abuso do planejamento tributário** e, desta forma, seus efeitos restaram inoponíveis ao Fisco, justificando a não aplicação do disposto no § 6º do artigo 1º da IN SRF n.º 213/2002. (destacou-se)

Os destaques confirmam que a decisão de 1ª instância manteve os fundamentos da acusação fiscal questionados pela impugnante, mas **também** vinculando a tributação individualizada das controladas indiretas à confirmação de abuso na interposição da controlada direta situada na Áustria.

O acórdão recorrido, por sua vez, traz na ementa que *os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, serão consolidados, no balanço da controlada para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil, bem como que inexistente previsão legal para a adição direta dos resultados da controlada indireta nos resultados da controladora indireta.*

O voto vencido do relator, ex-Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório: 1) afasta a arguição de ofensa ao art. 7º dos acordos de bitributação; 2) discorda da cogitação de que a incidência se verificaria sobre dividendos presumidos; 3) responde a alegações contra a incidência sobre resultados de outras investidas e, 4) analisa a *adição das parcelas atribuídas às empresa investidas de AZBEN GmbH (atual VOTORANTIM GmbH)* para: 4.1) primeiramente afastar a defesa no sentido de que haveria mera coligação entre as pessoas jurídicas, dado o controle decorrente da participação da Contribuinte no capital de Cazben – detentora de 60% do capital de Azben; e 4.2) enfrentar a alegação de que não poderiam ser *alcançados os resultados de empresas com as quais a Contribuinte possuía apenas relação indireta*, mormente tendo em conta a consolidação prevista no art. 1º, §6º da Instrução Normativa SRF n.º 213/2002, e o fato de que *o resultado consolidado na holding denotaria um prejuízo da ordem de 200,7 milhões de euros*. Neste último ponto, asseverou que:

Não comungo, contudo, desse entendimento.

A consolidação de resultados proposta nesse dispositivo mantém a individualização exigida pela lei sem permitir a consolidação dos valores no âmbito das investidas diretas. É o que se infere do § 5º, daquele mesmo art. 1º, verbis:

§ 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.

Ademais, a mesma IN SRF impede a compensação de prejuízos de uma investida com lucros da investidora brasileira (em consonância com o previsto no § 5º, do art. 25, da Lei n.º 9.249/95) ou com lucros de qualquer das outras investidas. Confira-se, nesse sentido, o que prevê o seu art. 4º:

Art. 4º É vedada a compensação de prejuízos de filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, com os lucros auferidos pela pessoa jurídica no Brasil.

§ 2º Os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, somente poderão ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada.

Portanto, quando faz a interpretação do § 6º, do art. 1º, no sentido de que a consolidação de resultados permitiria a consolidação de valores e a consequente compensação de prejuízos apurados por outras empresas investidas, a recorrente está sendo incoerente com outras regras emanadas da mesma instrução normativa. Nem a consolidação dos valores apurados de forma individualizada (§ 5º, do art. 1º) nem a compensação dos prejuízos apurados por outras investidas (§ 2º, do art. 4º) são permitidos.

A verdade é que a regra contida naquele § 6º deve ser objeto de uma interpretação sistemática envolvendo os comandos legais e os demais dispositivos da própria regulamentação administrativa. Se a intenção da lei foi alcançar os lucros apurados no exterior independentemente da sua distribuição, é lógico que os lucros apurados pelas investidas indiretas têm que ser computados no valor que será tributado pela empresa brasileira. Não faria sentido deixar que um resultado positivo apurado numa investida indireta possa ter sua distribuição diferida para não ser alcançado pela regra CFC brasileira quando o objetivo desta última é justamente impedir o diferimento da tributação dos lucros obtidos no exterior. Igualmente, não faz sentido deixar que a interposição de uma investida direta permita a compensação de prejuízos com lucros de outras investidas quando a própria lei (o § 5º, do art. 25, da Lei nº 9.249/95) não autoriza essa compensação na investidora brasileira.

A meu ver, o que aquele § 6º propõe não é a consolidação dos resultados positivos e negativos das investidas indiretas na investida direta, mas a reunião das informações sobre a apuração dos resultados das investidas indiretas no balanço da investida direta. A consolidação dos resultados corresponderia, então, à mera reunião das informações sobre os resultados. Este, sim, o sentido mais consentâneo com a interpretação sistemática de todas as normas envolvidas.

Nesse contexto, fica claro que **o comando do art. 74 da MP nº 2.158-35/01 alcança as controladas e coligadas tanto diretas quanto indiretas. As informações sobre a apuração dos resultados das indiretas devem ser reunidas no balanço da investida direta de modo que todos os resultados positivos componham o valor que será tributado pela empresa brasileira.** Essa amplitude foi posteriormente positivada na Lei nº 12.973/2014, mas isso não significa que já não fosse extraída da interpretação sistemática da lei pretérita.

No caso concreto, **a fiscalização também enveredou pelo caminho da inoponibilidade ao Fisco da estrutura montada com a interposição da empresa holding. Argumentou, inclusive, que a existência de acordo de bitributação com o país onde ela está situada (Áustria) denotaria a prática de planejamento tributário internacional conhecida como treaty shopping.** Socorreu-se da posição adotada pela Conselheira Sandra Faroni<sup>5</sup>, em julgamento prolatado no extinto 1º Conselho de Contribuintes, no Caso Eagle, para manter a tributação dos resultados atribuídos às controladas indiretas, mesmo na presença de acordos de bitributação, quando há planejamento fiscal para não tributá-los no Brasil.

A recorrente empreende um esforço argumentativo para afastar todos esses fundamentos. **Contudo, apesar de serem pertinentes, são despiciendas essas justificativas adicionais.** Como se viu, independentemente de a estrutura montada com a empresa holding poder ser oponível ao Fisco, a própria lei (e sua

---

<sup>5</sup> Como se verá adiante, a posição referida pela autoridade lançadora foi expressa no voto vencedor do Conselheiro Valmir Sandri, e não no voto da relatora Conselheira Sandra Maria Faroni.

**consequente regulamentação administrativa) determina a adição das parcelas atribuídas às investidas indiretas.**

Ademais, como já esclarecido na premissa apresentada, a sistemática brasileira não ofende ao conteúdo dos acordos de bitributação. Notadamente, porque também os acordos firmados com a Áustria, Bélgica e Hungria possuem o mesmo texto do padrão internacional em seus artigos 7º. Confira-se:

[...] (*destacou-se*)

Nestes termos, portanto, o voto vencido indicava concordar com todas as linhas argumentativas da autoridade lançadora, por não ver ofensa ao art. 7º dos acordos de bitributação, afastar a necessidade de consolidação dos resultados das controladas indiretas e entender ser despicienda a abordagem acerca da inoponibilidade da *holding* austríaca, na medida em que os demais argumentos já justificariam a manutenção da exigência sobre os resultados das controladas indiretas.

O voto vencedor do acórdão recorrido, por sua vez, acolheu apenas o questionamento da Contribuinte acerca da necessidade de consolidação dos resultados das controladas indiretas, firmando que *à época dos fatos geradores em análise (ano-calendário 2008), a legislação não autorizava a adição direta dos resultados da controlada indireta nos resultados da controladora domiciliada no Brasil, para assim dar provimento ao recurso voluntário, para cancelar o crédito tributário constituído de ofício pela fiscalização*.

Como bem observado, aqui, pelo I. Relator, as demais matérias desenvolvidas no voto vencido não foram votadas pelo Colegiado *a quo*, como se vê na introdução do voto vencedor do acórdão recorrido:

O douto relator entendeu que haveria possibilidade de se alcançar os resultados das controladas indiretas, na medida em que o *“art. 16, I, da Lei nº 9.430/96, foi categórico ao determinar que os lucros destas últimas deverão ser considerados de forma ‘individualizada’ na composição daquele valor que será tributado”*.

A par de toda a discussão acerca da possibilidade de tributação dos lucros auferidos pela controladas e coligadas no exterior, em especial, quando estas entidades forem domiciliadas em países que possuem tratados com o Brasil para evitar a dupla tributação (deixando claro que este julgador não concorda com os argumentos apresentados pelo ilustre relator), não pode se acompanhar o entendimento do voto condutor proferido pelo relator.

A PGFN, por sua vez, manifestou seu inconformismo, em recurso especial, apresentando paradigmas que abordaram acusações fiscais nas quais também se nota o questionamento à interposição de *holding* em países com os quais o Brasil mantém acordo contra bitributação, mas sem deles invocar este fundamento para pretender a reforma do acórdão recorrido.

A PGFN faz referência à interposição abusiva de *holding* em investimentos no exterior ao assim afirmar a similitude do caso presente com o analisado no paradigma nº 101-97.070:

Como se vê, há semelhança 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 atuada (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 atuada não ofereceu os lucros da empresa espanhola à tributação; 4) a(s) controlada(s) indireta(s) é(são) sediada(s) em país(íses) que não possui(em) acordo de não-tributação com o Brasil; 5) a atuada defende a submissão dos lucros à 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, § 2º, 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 à incidência ou não do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 em relação às controladas indiretas da atuada. (*destaques do original*)

Nestas referências, assim como nos quadros seguintes, a PGFN indica comparação deduzida contra outro acórdão recorrido, que também tratava de *holding* situada na Espanha, distintamente do presente no qual a *holding* é austríaca, mas, como bem observado pelo I. Relator, a demonstração analítica da divergência já estava satisfeita com as transcrições da ementa e de excertos do voto do paradigma n.º 101-97.070, de modo que essas inexactidões não prejudicam a compreensão do debate que a PGFN pretende aqui estabelecer, mormente tendo em conta os limites definidos no acórdão recorrido, aqui confirmados a partir dos demais elementos do recurso especial.

De fato, a argumentação de mérito desenvolvida pela PGFN foi dirigida ao único ponto decidido pelo Colegiado *a quo*, considerado suficiente para prover o recurso voluntário da Contribuinte sem a apreciação dos demais argumentos de acusação e de defesa. De fato, a PGFN se limita a discutir a legislação tributária e societária para afirmar um conceito amplo de “sociedade controlada”, com vistas a equiparar *o controle direto ao indireto*, e assim exigir a equivalência patrimonial para investimentos detidos em controladas diretas ou indiretas, defendendo que a legislação tributária, ao se referir a “sociedade controlada”, também *alcança as empresas sujeitas ao controle direto ou indireto, sem qualquer diferenciação*. Nada é dito acerca do conflito do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 com tratados, ou acerca do interesse tributário da Contribuinte na constituição e interposição de uma controlada direta na Áustria. O debate restou estabelecido, diante dos limites do voto vencedor do acórdão recorrido, sob a premissa de que as investidas cujos resultados foram aqui adicionados ao lucro tributável são controladas indiretas.

A confirmar tal abordagem limitada, vê-se que ao desenvolver o mérito de sua argumentação, a PGFN se limita a referir excertos do voto vencedor do paradigma n.º 101-97.070 que exigiria a adição de lucros de controladas diretas e indiretas, indistintamente, e de forma individualizada. A única menção, no mérito recursal, à interposição de *holding* em país com o qual o Brasil mantém acordo contra bitributação é feita, de forma superficial, no seguinte parágrafo:

Registre-se, por oportuno, que a consideração individualizada dos resultados produzidos pelas controladas indiretas e dos lucros apurados pela controladas diretas possui

repercussão jurídica relevante, especialmente no que concerne à aplicação de tratados para evitar a dupla tributação e a evasão fiscal.

Na sequência, a argumentação é encerrada com o seguinte arremate:

No caso concreto, portanto, os lucros gerados pelas controladas indiretas deveriam ser tributados no país. Para fins de aplicação do art. 74 da MP n.º 2.158-35, os resultados de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira.

Logo, constata-se que os resultados das controladas indiretas efetivamente são alcançados pela legislação fiscal, sem que se cogite em desconsideração da personalidade jurídica da controlada direta.

O paradigma n.º 101-97.070, por sua vez, trouxe amplo debate acerca da interposição de *holding* em país com o qual o Brasil mantém tratado para evitar bitributação. Mas, distintamente do que referido no voto vencido do acórdão recorrido, a posição da relatora deste paradigma, acórdão este inclusive citado desde a presente acusação fiscal, não foi favorável à tributação dos resultados das controladas indiretas. Como expresso no dispositivo do paradigma, a decisão da 1ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes foi no sentido de *por maioria de votos, considerar não aplicável o tratado Brasil-Espanha aos rendimentos de subsidiárias situadas em outros países, vencidos: a Conselheira Relatora (Sandra Maria Faroni), que o aplicava para cancelar da tributação os lucros da "Jalua" (incluindo suas subsidiárias fora da Espanha); o Conselheiro José Sergio Gomes (Suplente Convocado), que os tributava como dividendos à alíquota excedente a 15% (somados IRPJ, ADICIONAL IRPJ E CSLL); e Alexandre Fonte Filho, que afasta integralmente a tributação por considerar que os dividendos da Jalua são tributados na Espanha e isentos no Brasil (conforme Tratado), bem como por maioria de votos, excluir da tributação o valor dos lucros auferidos pela "Jalua" na Espanha (R\$ 80.562.176,03), mantidos pela decisão de primeira instância, vencido o conselheiro Jose Sergio que os tributava, subtraindo 15% da alíquota (somados IRPJ, ADICIONAL IRPJ E CSLL)*. A posição invocada pela autoridade fiscal e aqui arguída pela PGFN foi sustentada no voto vencedor do ex-Conselheiro Valmir Sandri.

Note-se, ainda, que havia no paradigma a peculiaridade de a equivalência patrimonial com as controladas indiretas ter sido refletida no patrimônio da investidora brasileira, mas não na controlada direta, desobrigada a tanto pela legislação espanhola, ensejando a discussão se, ainda, assim, estes lucros seriam atribuíveis à controlada direta e se estariam abrigados pelo tratado Brasil-Espanha, preliminarmente afirmado como suficiente para afastar a tributação, no Brasil, dos lucros auferidos por intermédio da controlada direta espanhola.

A descrição dos fatos autuados no paradigma é obscura, mas sua revisitação em instância especial trouxe com mais clareza a autuação lá enfrentada. Neste sentido é o quadro demonstrativo apresentado pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto condutor do Acórdão n.º 9101-002.589:

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

## 2. DA ANÁLISE DOS FATOS E DO DIREITO APLICÁVEL:

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

2.1.1. Resultado do Exercício: A Monthiers (Uruguai) obteve um resultado em 2002 de R\$ 1.516.707.473,62 conforme documentação apresentada pelo contribuinte e a CCBA

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

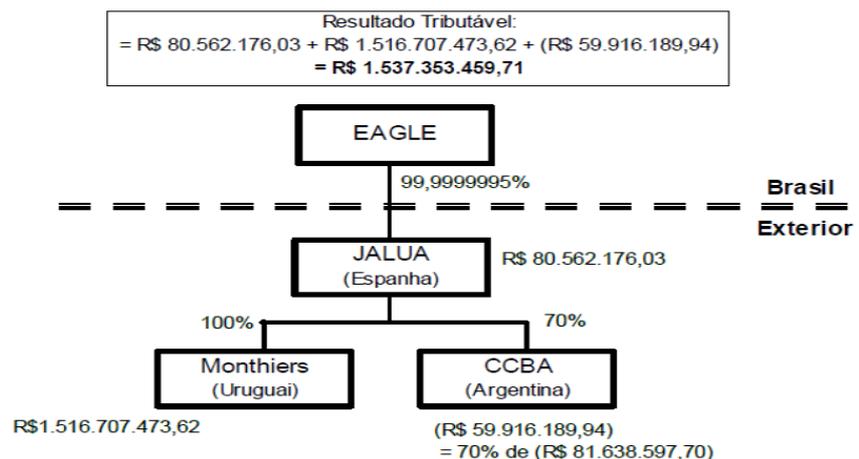
Obtemos portanto:

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

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

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

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



Assim, distintamente do presente caso, o paradigma n.º 101-97.070 analisou exigência na qual a tributação incidiu sobre lucros auferidos no exterior consolidados a partir do vínculo com a controlada direta, dado a dedução do resultado negativo de CCBA.

O voto parcialmente vencido da ex-Conselheira Sandra Maria Faroni, por sua vez, está assim constituído: 1) preliminarmente registra que *Eagle era controladora direta da Jalua e da Brahmaco, e indireta, através da Jalua, da uruguaia Monthiers e da argentina Ccba*; 2) declara que não serão apreciadas arguições de inconstitucionalidade e rejeita arguição de nulidade do lançamento; 3) considerada a evolução legislativa sobre o tema, demonstra que no fato gerador de 31/12/2002 a incidência recai sobre os lucros apurados em balanço no exterior, inclusive quando refletidos no patrimônio da empresa brasileira por meio de equivalência patrimonial; 4) afirma que, como a controlada direta, cujos lucros foram adicionados à base tributável da empresa brasileira, está situada na Espanha, país com o qual o Brasil tem acordo internacional, tais lucros somente são tributáveis *por ocasião do pagamento sob forma de dividendos*; e 5) diante dos questionamentos da PGFN acerca da aplicação deste entendimento a

lucros que não foram produzidos na Espanha e não foram reconhecidos por equivalência patrimonial na controlada direta, não se sujeitando a tributação na Espanha, apurou-se em diligência que *Jalua Spain se encontrava submetida ao regime geral de Impostos sobre Sociedades estabelecidos na Lei 43/1995, sendo sujeito ao Imposto sobre Sociedades*. Neste ponto, depois de referir estudos, àquela época recentes, acerca da norma de incidência brasileira como regra CFC, a Conselheira Relatora do paradigma consigna que:

Segundo deixei claro nas diversas ocasiões em que o tema foi submetido a debate no Colegiado, minha posição é de que o artigo 74 da MP trata da tributação de lucros, e não de dividendos, e só admiti a possibilidade de tratá-los como dividendos frente ao Tratado, diante do seguinte impasse, que emergiu da situação concreta: (i) os lucros não teriam sido produzidos na Espanha, mas não haveria como atribuí-los à Eagle se não por intermédio da empresa espanhola; (ii) como a legislação da Espanha não determina o registro da equivalência patrimonial, a única maneira de compatibilizar sua tributação no Brasil com as disposições da Convenção seria tratando-os como dividendos antecipados.

Depois de alguns esclarecimentos sobre esta síntese, a Conselheira Relatora: 1) analisa a *compatibilidade da lei brasileira de transparência fiscal com o Tratado*; 2) conclui que a norma *não é incompatível com os acordos internacionais que seguem o modelo da OCDE, nas situações fáticas de investimento feito em empresa no exterior com intuito abusivo, ou sediada em um país que pratica a concorrência fiscal danosa*; 3) considerando que a investida *não se situa em “paraíso fiscal”*, nem há prova de que goza de *regime fiscal privilegiado*, firma não ser cabível a *tributação dos resultados da empresa espanhola*; 4) ressalva que *se no ato de lançamento a autoridade fiscal identificar a utilização do tratado apenas como mecanismo de planejamento fiscal internacional estruturado exclusivamente com objetivo de escapar (ou reduzir) a tributação no Brasil, a questão deve ser examinada à luz de planejamento inoponível ao fisco. Nessas circunstâncias, cabe aplicar a atual versão dos Comentários à Convenção Modelo, que estabelece expressamente que a legislação das CFCs está em perfeita sintonia com os tratados. No caso, a questão não foi analisada sob esse prisma, porque tal não constou da acusação fiscal*; e 5) o tratado é aplicável aos resultados apurados pela controlada indireta no Uruguai porque *não há como trazer tais lucros para o Brasil se não por intermédio da controlada direta*.

O voto da Conselheira Relatora se estende quanto a outros aspectos, mas os fundamentos referidos são aqueles que permitem a compreensão do voto vencedor do paradigma aqui invocado como decisão divergente, lá deduzido para manter a incidência sobre os lucros da controlada indireta situada no Uruguai, apesar da controlada direta estar situada na Espanha.

O debate acerca da interposição de *holding* em país com o qual o Brasil mantém tratado para evitar bitributação foi assim resumido no voto vencedor, em sua parte introdutória, anterior à transcrita pela PGFN em seu recurso especial:

Estou de pleno acordo com o voto da Sandra quando trata de lucros apurados na Espanha, excluindo-os da possibilidade de tributação no Brasil em razão da aplicação do tratado Brasil-Espanha. Diz a ilustre Conselheira:

[...]

Ocorre que o ponto fundamental neste caso, em minha opinião, não é bem este. Como exaustivamente visto antes, a sociedade brasileira (EAGLE), possui o controle societário de uma empresa residente na Espanha (JALUA), com o qual o Brasil possui

tratado para evitar a dupla tributação, que por sua vez possui o controle de outras empresas (MONTHIERS/URUGUAI e CCBA/ARGENTINA). Noutro giro, a Eagle possui o controle direto da JALUA localizada na Espanha e o controle indireto da CCBA (Argentina) e Monthiers (Uruguai), assim retratado:

[...]

A sociedade brasileira, para atender a legislação societária, registrou os lucros auferidos no exterior sem a interferência de uma equivalência patrimonial prévia na sociedade residente na Espanha, por estar dispensada segundo a legislação espanhola.

Embora os resultados apurados pelas sociedades MONTHIERS e CCBA, tenham sido considerados pela sociedade brasileira para efeitos societários, os mesmos não foram oferecidos à tributação pelo fato da contribuinte, ora Recorrente, entender que tais resultados não seriam alcançados pela legislação pátria, ou que, ao menos, tais lucros seriam da sociedade residente na Espanha (JALUA), e que, portanto, estaria ao abrigo do tratado Brasil - Espanha para evitar a dupla tributação.

A questão pode ser resumida nas seguintes indagações: a legislação brasileira que passou a tributar os resultados auferidos por intermédio de pessoas jurídicas no exterior alcança apenas a controlada que a empresa brasileira possua controle direto ou alcança também o lucro auferido pelas empresas que detenha o controle indireto? O lucro auferido pela controlada indireta é lucro da controladora ou lucro da controlada direta?

[...]

Com a devida vênia da Ilustre Conselheira Relatora, que, como de costume tão bem apreciou a matéria ora vencida, ousou discordar de seu entendimento no sentido de que em relação ao lucro da Monthiers, *"não há como trazer tais lucros para o Brasil se não por intermédio da controlada direta"* e de que *"a tributação do lucro obtido pela Monthiers por intermédio da Jalua pressupõe o cálculo da equivalência patrimonial, na Jalua, do investimento por ela feito na Monthiers"*.

Registre-se, ainda, o memorial apresentado pelo Ilustre advogado da Recorrente quando trata desta questão, ao afirmar que a possibilidade de se tributar o lucro da Monthiers no Brasil *"equivalaria a tributar diretamente na empresa brasileira o lucro das investidas indiretas, desconsiderando-se a personalidade jurídica de suas investidoras..."*

Como será demonstrado adiante, não há desconsideração da personalidade jurídica, vejamos.

[...]

Assim, em contencioso estabelecido a partir de lançamento que adicionou ao lucro tributável da empresa brasileira **o lucro por ela reconhecido, mediante equivalência patrimonial, em razão de participação em controlada direta** situada na Espanha e que tem sob seu controle investidas situadas no Uruguai e na Argentina, outro Colegiado do CARF, tendo por premissa que a legislação determina a tributação dos lucros apurados por investidas no exterior, mas que o **Tratado Brasil-Espanha impede esta incidência**, ressalvada a demonstração de planejamento fiscal inoponível ao Fisco, conclui por maioria de votos pela possibilidade de **tributação dos lucros de controladas indiretas**, sem que isso represente ofensa ao Tratado. Isto sob a premissa de que a legislação não distingue o resultado de controladas direta ou indireta quando determina sua adição ao lucro tributável, assim como a legislação societária não faz tal distinção.

O voto vencedor do paradigma firma, na sequência, que:

No caso em concreto, a Jaluá (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 n.º 9.249/95, devendo tais adições ser feitas de forma individualizado, consoante o comando do artigo o art. 16 da Lei n. 9.430/96.

E, para demonstrar esta adição individualizada, cogita que se as controladas indiretas apurarem lucros de 1000 e 200, e a controlada direta apurar lucro de 300, os três valores seriam adicionados ao lucro tributável. Recorde-se, porém, que uma das controladas indiretas apurara prejuízo, mas ainda assim o sujeito passivo autuado reconheceu resultado positivo líquido por equivalência patrimonial, dada a inexpressividade da situação deficitária da controlada indireta argentina. No precedente desta Turma que revisitou a questão, Acórdão n.º 9101-002.589, este aspecto foi percebido, consignando-se que:

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

[...]

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

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

Já no paradigma esta consolidação não foi notada, nem debatida. A questão solucionada no voto vencedor foi, apenas, se o resultado da controlada indireta poderia ser levado à tributação na controladora, apesar de a controlada direta estar domiciliada em país com o qual o Brasil mantém tratado entendido como impeditivo da tributação, pelo Brasil, dos lucros ali apurados.

É certo que os argumentos do voto vencedor do paradigma n.º 101-97.070 foram expostos genericamente, e sob esta ótica colidem com interpretações da legislação exteriorizadas no acórdão recorrido, especialmente quando concorda com o voto vencido do acórdão recorrido, e se opõe à discordância do voto vencedor do recorrido<sup>6</sup> quanto à determinação de que devem *tais adições ser feitas de forma individualizada, consoante o comando do artigo o art. 16 da Lei n. 9.430/96*. Ocorre que o contexto fático dos acórdãos comparados se distinguem em aspectos que foram relevantes para decisão do Colegiado *a quo*, como por exemplo no ponto em que se destaca a importância da consolidação na controlada direta:

<sup>6</sup> Nos termos do voto vencedor do acórdão recorrido, antes transcritos:

"O outro ponto em que o entendimento do colegiado foi divergente ao que restou decidido pelo ilustre relator se refere, basicamente, à impossibilidade de a fiscalização considerar os resultados das controladas indiretas isoladamente, sem consolidar aqueles resultados na controlada direta da entidade domiciliada no Brasil.

O douto relator entendeu que haveria possibilidade de se alcançar os resultados das controladas indiretas, na medida em que o "art. 16, I, da Lei n.º 9.430/96, foi categórico ao determinar que os lucros destas últimas deverão ser considerados de forma 'individualizada' na composição daquele valor que será tributado".

Assim, não se pode admitir a tributação dos resultados da indireta, como fez o agente autuante, na medida em que, como há a consolidação dos resultados na controlada direta, poder-se-ia tributar duas vezes o mesmo resultado: o apurado na indireta e aquele resultado consolidado na direta.

Esta preocupação não existia no paradigma, vez que a controlada direta, situada na Espanha, não estava obrigada a fazer a equivalência patrimonial com os investimentos nas controladas indiretas. Para além disso, o somatório dos resultados das controladas diretas e indiretas, com a integração inclusive do prejuízo da controlada indireta argentina, resultou em saldo positivo, distintamente do que alega a Contribuinte nestes autos, consoante a abordagem do voto vencido do acórdão recorrido, que bem demonstra os dois vieses em que a discussão se estabelece:

O problema surge quando alguma investida possui também suas participações societárias. Para a recorrente, o comando do art. 74 da MP n.º 2.158-35/01 não teria o condão de alcançar as controladas e coligadas indiretas. A consequência lógica é que os lucros por estas auferidos não teriam que ser considerados "disponibilizados" na data do balanço no qual tiverem sido apurados porque não há um vínculo direto de participação societária com a investidora no Brasil.

Por outro lado, a empresa defende que a regulamentação que tratou do assunto (o § 6º, do art. 1º, da IN SRF n.º 213/02) exigiu que se faça uma consolidação dos resultados das investidas indiretas nas investidas diretas. O resultado consolidado na holding denotaria um prejuízo da ordem de 200,7 milhões de euros.

A interpretação do paradigma, assim, permite refutar a primeira discussão acima, porque afirma o alcance dos lucros das controladas indiretas, que podem ser considerados tributáveis na forma da lei de forma autônoma, ainda que não se sujeite a tributação o lucro apurado pela controlada direta. Esta a consequência de se admitir que sejam *os lucros auferidos no exterior por filial, sucursal, controlada ou coligada, considerados de forma individualizada*. Já com respeito à necessidade de **consolidação** de todos estes resultados tributáveis, que no presente caso poderia evidenciar um resultado líquido negativo como alegado, trata-se de discussão estranha ao paradigma, e isto porque, como antes demonstrado, no caso concreto ali analisado esta consolidação foi feita e o resultado líquido foi positivo. O paradigma apenas nega a consolidação com a finalidade de atribuir aos lucros das controladas indiretas os efeitos reconhecidos ao Tratado Brasil-Espanha em face dos lucros da controlada direta espanhola.

Assim, o paradigma n.º 101-97.070 não é apto a caracterizar o dissídio jurisprudencial suscitado pela PGFN e afirmar a desnecessidade de consolidação dos resultados das controladas diretas e indiretas para determinação do lucro tributável na controladora brasileira.

Com respeito ao segundo paradigma, Acórdão n.º 9101-003.088, a PGFN mantém a mesma abordagem centrada na incidência indistinta sobre lucros no exterior auferidos por intermédio de controladas diretas ou indiretas. Apesar de sublinhar no voto condutor do paradigma as premissas de que as disposições da Convenção Brasil-Luxemburgo tem materialidade distinta do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001, e de que não *há que se falar em desconsideração da USIMINAS INTERNACIONAL (Luxemburgo), para que fossem tributados os resultados da controlada indireta USIMINAS PORTUGAL (com sede na Ilha da Madeira)*, a interpretação da legislação tributária invocada deste paradigma é aquela exposta mais à frente e assim destacada no recurso especial:

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.

**Portanto, não há que se falar em desconsideração da pessoa jurídica, mas sim em aplicação da lei tributária, cuja incidência reflete-se tanto a controladas diretas quanto a indiretas.**

O que se observa é preocupação expressa da autoridade fiscal em se apurar, individualmente, o lucro, precisamente sob a perspectiva da legislação tributária (art. 25 da Lei n.º 9.249, de 1995 e 16 da Lei n.º 9.430, de 1996), e da legislação dispendo sobre o conceito de controladas (arts. 116 e 243 da Lei n.º 6.404, de 1976 e art. 1098 do Código Civil).

[...]

**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.**

[...]

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) dispendo sobre condutas conflitantes (o primeiro determinando apuração individualizada para cada empresa, e o segundo determinando a consolidação dos resultados).

[...]

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 n.º 9.430, de 1996 e do art. 1.º, §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º da IN SRF n.º 213, de 2002, sob pena de bitributação.**

[...] (*destaques do recurso especial*)

Interessante observar que o caso tratado no paradigma n.º 9101-003.088 suscitou argumentações no sentido dos mesmos fundamentos aqui expostos na acusação fiscal, consoante resumido em seu relatório:

A Contribuinte interpôs recurso especial (e-fls. 2604/2640), para devolver a matéria relativa à tributação da empresa USIMINAS INTERNACIONAL (Luxemburgo). **Discorre que as atividades desenvolvidas pela USIMINAS INTERNACIONAL são de uma holding pura, ou seja, não haveria necessidade da posse de diversos itens de ativo imobilizado, infraestrutura desenvolvida e tampouco de elevado número de funcionários, ou seja, não haveria óbice para que exercesse o controle da USIMINAS PORTUGAL**, de onde os resultados tributáveis teriam tido a origem. Entende que a Convenção Brasil-Luxemburgo não impõe a obrigatoriedade de que o lucro seja obtido a partir de atividades operacionais realizadas em solo luxemburguês. **Aduz que a autoridade autuante não comprovou que a USIMINAS INTERNACIONAL não teria um estabelecimento permanente em Luxemburgo, e que nunca foi constituída sob a forma da "holding de 1929" que caracterizaria tratamento fiscal privilegiado e não oponível ao tratado.** Discorre sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre as normas da legislação interna, para concluir sobre a prevalência da Convenção Brasil-Luxemburgo sobre a norma contida no art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001. Entende que a correta exegese do art. 7.º do tratado revela a incompatibilidade com o art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001, tanto para a tributação do IRPJ quanto da CSLL. E, **caso sejam superados os argumentos anteriores**, protesta sobre a base de cálculo, no sentido de que poderia ter havido apenas a tributação no Brasil do lucro de 97.431,36 euros, e não o valor de 7.447.935,70, que corresponde ao resultado da equivalência patrimonial da sua participação na controlada direta USIMINAS PORTUGAL. **Protesta também que a legislação brasileira não autoriza a tributação dos lucros auferidos pelas controladas indiretas, a menos que se desconsidere a personalidade jurídica da controlada direta**, o que não ocorreu no presente caso. Requer o total cancelamento do auto de infração.

O despacho de exame de admissibilidade de e-fls. 2681/2684 deu seguimento ao recurso.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional ("PGFN") apresentou contrarrazões. Discorre que **houve uma interposição de sociedade em Luxemburgo, o que caracterizou o aproveitamento indevido do tratado Brasil-Luxemburgo**, que a sede da USIMINAS INTERNACIONAL sempre esteve de fato no Brasil, com seus diretores residentes no Brasil, e que as atividades administrativas foram todas terceirizadas pela a SGG (sociedade de Luxemburgo), ou seja, a empresa tinha existência apenas formal. E, tendo o grupo empresarial concentrado as atividades operacionais e lucrativas em controlada indireta USIMINAS PORTUGAL sediada na Ilha da Madeira, região qualificada como dependência com tributação favorecida nos termos da legislação tributária brasileira, **consumou a interposição de sociedade em Luxemburgo, visando beneficiar-se do tratado Brasil-Luxemburgo.** Discorre sobre a aplicabilidade do art. 74 da MP n.º 2.158-35, de 2001, para as controladas diretas e indiretas, que se trata de norma CFC, e que os lucros previstos da norma, cuja valoração é efetuada pelo Método de Equivalência Patrimonial, não entram em conflito com o tratado de bitributação. Requer que seja negado provimento ao Recurso Especial. (*negrejou-se*)

O voto condutor do paradigma traz decisão favorável à Fazenda Nacional com respeito à inexistência de conflito do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35/2001 com o art. 7.º

dos tratados para evitar dupla tributação e, quando enfrenta a alegação de descon sideração da controlada direta situada em Luxemburgo, apenas afirma a possibilidade de tributação dos lucros auferidos por intermédio da controlada indireta em razão da inexistência de distinção na legislação acerca de controle direto ou indireto. Ou seja, este paradigma apresenta estrutura argumentativa semelhante ao voto vencido do acórdão recorrido, que reputou *despiciendas essas justificativas adicionais* quanto ao fato de que *a existência de acordo de bitributação com o país onde ela está situada (Áustria) denotaria a prática de planejamento tributário internacional conhecida como treaty shopping*.

Note-se que o voto vencido do acórdão recorrido avança para além de afirmar a necessidade de individualização dos resultados das controladas diretas e indiretas. Em resposta à defesa acerca do resultado negativo evidenciado com a consolidação dos resultados na controlada direta, a argumentação desenvolvida adiciona à interpretação o §6º do art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 213/2002:

Por outro lado, a empresa defende que a regulamentação que tratou do assunto (o § 6º, do art. 1º, da IN SRF nº 213/02) exigiu que se faça uma consolidação dos resultados das investidas indiretas nas investidas diretas. O resultado consolidado na holding denotaria um prejuízo da ordem de 200,7 milhões de euros.

Veja-se o que prevê esse dispositivo:

§ 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.

Não comungo, contudo, desse entendimento.

A consolidação de resultados proposta nesse dispositivo mantém a individualização exigida pela lei sem permitir a consolidação dos valores no âmbito das investidas diretas. É o que se infere do § 5º, daquele mesmo art. 1º, verbis:

§ 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.

Ademais, a mesma IN SRF impede a compensação de prejuízos de uma investida com lucros da investidora brasileira (em consonância com o previsto no § 5º, do art. 25, da Lei nº 9.249/95) ou com lucros de qualquer das outras investidas. Confira-se, nesse sentido, o que prevê o seu art. 4º:

Art. 4º É vedada a compensação de prejuízos de filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, com os lucros auferidos pela pessoa jurídica no Brasil.

§ 2º Os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, somente poderão ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada.

Portanto, quando faz a interpretação do § 6º, do art. 1º, no sentido de que a consolidação de resultados permitiria a consolidação de valores e a consequente compensação de prejuízos apurados por outras empresas investidas, a recorrente está sendo incoerente com outras regras emanadas da mesma instrução normativa. Nem a consolidação dos

valores apurados de forma individualizada (§ 5º, do art. 1º) nem a compensação dos prejuízos apurados por outras investidas (§ 2º, do art. 4º) são permitidos.

O voto vencedor do acórdão recorrido, contudo, não adentra a este debate, porque se pauta, apenas, na impossibilidade de se trazer, de forma individualizada, os lucros das controladas indiretas, sem consolidação na controlada direta, o que tornou despropositado discutir se esta consolidação geraria resultado positivo ou negativo, como alegado pela Contribuinte. Da mesma forma, desnecessário se mostrou adentrar a este aspecto no paradigma n.º 9101-003.088, diante da premissa firmada quanto a ser possível a adição individualizada dos lucros das controladas indiretas, o que também dispensou a discussão acerca do conflito da tributação com tratados internacionais, matéria ainda não decidida pelo Colegiado *a quo*.

Por oportuno registre-se que o paradigma n.º 9101-003.088 apresenta argumentos em seu voto condutor distintos daqueles presentes em outro paradigma conduzido por voto semelhante do ex-Conselheiro André Mendes de Moura – Acórdão n.º 9101-002.590 – rejeitado para caracterização de divergência jurisprudencial acerca da possibilidade de tributação individualizada dos lucros de controladas indiretas no precedente n.º 9101-005.845<sup>7</sup>, no qual este Colegiado acompanhou à unanimidade o seguinte voto do Conselheiro Fernando Brasil de Oliveira Pinto:

Em sede de Recurso de Ofício, o acórdão recorrido confirmou a decisão de primeira instância no sentido de não ser possível a tributação, de forma direta, dos lucros auferidos por controladas indiretas do Sujeito Passivo situadas no exterior. Pede-se vênia para se reproduzir excertos do voto condutor do aresto recorrido:

A decisão recorrida está correta em toda sua fundamentação de mérito, pois para supormos que o art. 74 da Medida Provisória n.º 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 a personalidade jurídica das controladas diretas.

Pior, seria preciso admitir que tal desconsideração fosse feita de modo tácito. Mas, não existe qualquer razão para se abandonar a letra da lei ou para se imaginar que o dispositivo esteja desconsiderando a personalidade jurídica das controladas diretas. Conforme o texto legal, o lucro alcançado é o da controlada.

Obviamente que a menção a controlada significa controlada direta. Além disso, não é possível supor que o termo controlada pudesse alcançar as diretas e as indiretas, sob pena de se pretender a criação de uma dupla tributação, porque o resultados das controladas indiretas já estão refletidos nas controladas diretas. Ou seja, no caso da regra de tributação do lucro da controlada estrangeira, não é possível que a norma alcance as controladas diretas e as indiretas. Só é possível alcançar o lucro de umas ou de outras. Assim, o natural que a opção de interpretação seja pelo o que está escrito (controladas, que significa controlada direta) e não pelo o que não está escrito (controladas indiretas).

---

<sup>7</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Edeli Pereira Bessa, Livia De Carli Germano, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Luis Henrique Marotti Toselli, Luiz Tadeu Matosinho Machado, Alexandre Evaristo Pinto, Caio Cesar Nader Quintella e Andréa Duek Simantob (Presidente em exercício).

Além disso, o entendimento de que o dispositivo refira-se a controlada indireta equivale a desconsiderar a personalidade jurídica da controlada direta de modo tácito. Mas, como tal interpretação fugiria totalmente dos métodos usuais de hermenêutica, esta interpretação só seria possível se o texto da lei fosse expresso. Porém, em nenhum momento o artigo diz que é para desconsiderar a personalidade das controladas diretas e sequer menciona as controladas indiretas.

Assim, se percebe que a extrapolação do conceito do art. 243 da Lei n.º 6404, de 1976, para o art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001, é inadmissível. Por isso, a interpretação apresentada pela fiscalização está muito distante daquela que seria indicada por qualquer método de interpretação.

Convém ainda destacar importante passagem do acórdão de primeira instância a respeito da regra geral de *consolidação vertical* dos resultados de controladas situadas no exterior, somente excepcionada em caso de “abuso de direito ou fraude” em relação à controlada direta como mero instrumento para utilização de tratado para evitar dupla tributação da renda :

*A norma expressa no art. 1º, § 6º da Instrução Normativa SRF n.º 213<sup>8</sup>, de 07 de outubro de 2002 reflete entendimento que se consolidou na esfera administrativa, conforme exemplificação abaixo:*

*PESSOAS JURÍDICAS CONTROLADAS INDIRETAMENTE, SEDIADAS NO EXTERIOR. REGIME DE TRIBUTAÇÃO NO BRASIL. Os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual alguma filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, devem ser previamente 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. [grifos nossos]*

*Somente seria possível alcançar diretamente os lucros das controladas indiretas no exterior, se, no caso concreto, restasse comprovado abuso de direito ou fraude quanto à efetiva existência da sociedade intermediária na cadeia societária. Haveria, então, que se demonstrar que tais sociedades intermediárias consistem em mero instrumento para burlar os Tratados Internacionais, que objetivam, apenas, proporcionar economia tributária, que existem apenas formalmente, não desenvolvem qualquer atividade operacional e que não possuem propósito negocial que as justifiquem.*

*Todavia, esses elementos não integram o relato que embasou a autuação em análise, fundamentada estritamente na hipótese de que os resultados positivos das controladas no exterior – independentemente da espécie de controle – devem ser adicionados individualmente à base de cálculo dos tributos devidos pela fiscalizada.*

---

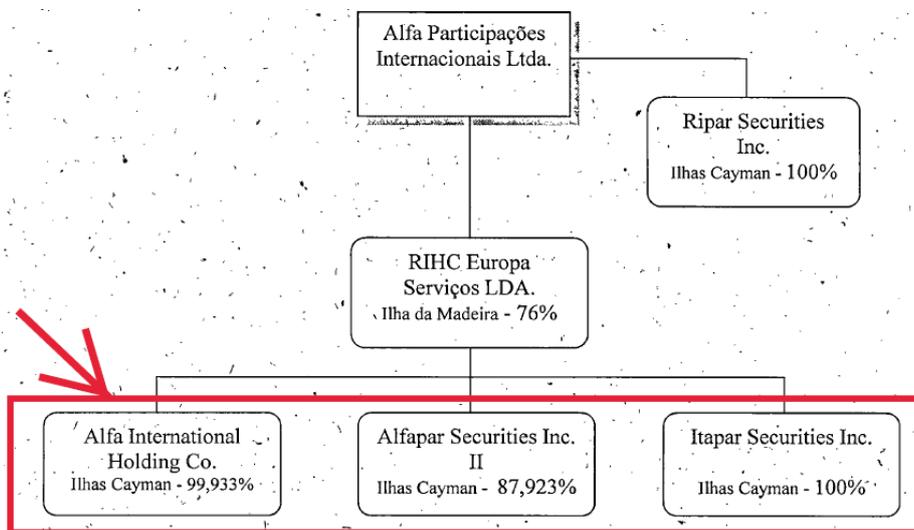
<sup>8</sup> Art. 1º [...]

§ 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.

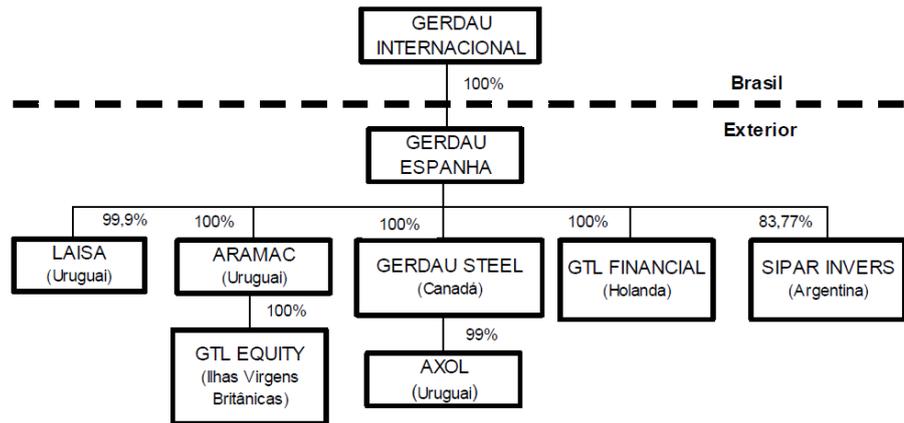
*Cabe aqui ressaltar que as Instruções Normativas, por força do disposto nos arts 96 e 100 do CTN, integram a legislação tributária e, como tal, vinculam tanto a Administração Tributária quanto os contribuintes. Por outro lado, consoante mandamentos expressos no art 7º da Portaria MF 341/2011 e no art 116, inciso II da Lei 8112/1990, os julgadores das Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil devem observar as normas legais e regulamentares integrantes da legislação tributária.*

***Por todo o exposto, diante da constatação de que o presente lançamento foi efetuado em dissonância com a norma prevista no art 1º, § 6º da IN 213/2002, concluo pelo seu cancelamento. [grifos nossos]***

Convém, por fim, destacar a estrutura organizacional do grupo, em especial quanto às controladas indiretas cuja tributação dos resultados pelo contribuinte autuado é o que resta do litígio tratado nos presentes autos:



Por outro lado, paradigma colacionado pela Recorrente, envolvia estrutura em que o Contribuinte buscava, por meio de controlada direta (holding) situada na Espanha - que não possuía empregados e era administrada por meio procuração outorgada a empresa de consultoria - valer-se de tratado para evitar dupla tributação de renda firmada com o Brasil, consolidando os lucros e resultados auferidos por pessoas jurídicas situadas em países sem tratado vigente com o Brasil e (controladas indiretamente) pela autuada e diretamente (com exceção de duas delas) pela holding situada na Espanha, conforme organograma extraído do relatório do paradigma e a seguir reproduzido:



O Recurso Especial interposto no processo a que se refere o acórdão paradigma foi admitido por Despacho de Admissibilidade com base em três fundamentos, conforme se extrai do voto condutor do aresto acerca do conhecimento daquele recurso (Acórdão n.º 9101-002.590):

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 atuante 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 n.º 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 n.º 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.

Ressalta-se que o conhecimento dessas três matérias foi confirmada pelo colegiado.

Relevante ainda observar que o voto condutor do aresto paradigma principia pelo exame da *segunda matéria* elencada no Despacho de Admissibilidade (“*possibilidade da adição direta o lucro das controladas indiretas, de forma individualizada*”), e somente a partir do item “II.1.5 – Outras Considerações” desse voto é que se abordam as razões iniciais da Fiscalização para não consolidação dos lucros das controladoras indiretas

(primeiro fundamento da Fiscalização, qual seja, desconsiderando-se a controladora direta situada na Espanha), assim como o tratamento a ser dado à tributação em bases universais para fonte situada em país com acordo com o Brasil para evitar a dupla tributação da renda.

Ocorre que a decisão do colegiado se deu com base nos contornos fáticos específicos tratados no paradigma, ou seja, com uma estrutura societária em que haveria um suposto “*abuso de tratado*” mediante a interposição artificial de uma pessoa jurídica a fim de aplicação do tratado para evitar dupla tributação (“*treaty shopping*”).

Com efeito, embora eu discordo dos argumentos do Sujeito Passivo acerca da eventual ausência de divergência em interpretação de norma, pois, a meu ver, os dois casos tratam da interpretação do § 6º do art. 1º da IN SRF nº 213/02 (escopo da “consolidação vertical” em resultados de controladas indiretas situadas no exterior), os contextos fáticos, e os contornos dos fundamentos das respectivas autuações, tratados nos acórdãos recorrido e paradigma são significativamente distintos, pois enquanto no recorrido não há qualquer acusação de “abuso de tratado”, ou de “propósito comercial” da controlada direta da autuada situada no exterior (tampouco qualquer espécie de análise acerca de sua estrutura operacional e/ou administrativa), no paradigma colacionado pela PGFN a controlada direta não possuía qualquer estrutura operacional e até mesmo administrativa, sendo acusada de não possuir “propósito comercial” e servir tão somente como meio auxiliar da controladora situada no Brasil, a qual efetivamente administraria as controladas indiretas situadas no exterior.

Nessas circunstâncias, ante à inexistência de acusação de “abuso de tratado” no litígio ora em análise, não é possível afirmar que o colegiado que julgou o paradigma reformaria o acórdão recorrido.

No paradigma nº 9101-003.088, como antes demonstrado não houve debate deste Colegiado acerca de eventual acusação de “abuso de tratado”.

Estas as razões para acompanhar o I. Relator em sua conclusão e CONHECER do recurso especial da PGFN apenas com base no paradigma nº 9101-003.088.

No mérito, importa inicialmente manifestar a concordância com a ressalva inicial posta pelo I. Relator, e adicionar que a PGFN pediu o provimento do recurso especial *para reformar o acórdão recorrido, consoante os pedidos expostos na fundamentação deste recurso*, que no ponto antecedente está assim redigido:

Diante do exposto, sob qualquer ótica sobre a qual se vislumbre a questão, verifica-se que a decisão recorrida merece reforma, devendo ser restabelecido o lançamento em sua integralidade.

Na medida em que, como antes demonstrado, a acusação fiscal está pautada em mais de um fundamento, e apenas um deles foi objeto de decisão pelo Colegiado *a quo* como suficiente para cancelamento da exigência, a eventual reversão deste poderá não resultar, necessariamente, em restabelecimento integral do lançamento, mas também em reforma do acórdão recorrido com retorno ao Colegiado *a quo* para apreciação dos demais elementos de acusação questionados em recurso voluntário, mormente no que diz respeito à prevalência do tratado internacional sobre a legislação interna e aos efeitos do tratado em face da *holding* constituída na Áustria.

No mérito da matéria conhecida, esta Conselheira já se manifestou sobre o tema, concordando com as conclusões do voto da ex-Conselheira Cristiane Silva Costa, condutor do precedente n.º 9101-004.645<sup>9</sup>, nos seguintes termos:

Mérito – Impossibilidade de tributação dos lucros da controlada indireta

Ressalto, antes de adentrar ao mérito, que não foi admitido o recurso especial do contribuinte quanto à alegação de aplicabilidade do artigo 7º do Tratado Brasil Espanha. Assim, a análise efetuada ao longo do voto restringe-se às matérias devolvidas, sem que possa esta Relatora se pronunciar a respeito da alegada aplicação do Tratado Internacional.

Com efeito, a respeito da possibilidade de tributação da controlada indireta, decidiu o Colegiado *a quo*, conforme voto condutor:

***Antes, porém, impendem algumas considerações acerca do conceito de “controlada”, e sua subdivisão em “direta” e “indireta”.***

*Começando pela identificação do que seria “acionista controlador”, nas palavras da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976:*

*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 assembleia-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.*

*Para completar e complementar, no artigo 243, parágrafo segundo:*

*§ 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.*

*E, na sequência, para fins de mensuração do investimento, por ocasião do levantamento das Demonstrações Financeiras, incluindo Balanço Patrimonial:*

*Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas sobre cuja administração tenha influência significativa, ou de que participe com 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante, 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: (Redação dada pela Lei nº 11.638, de 2007)*

*Pelo Código Civil (Lei nº 10.402, de 10 de janeiro de 2002):*

*Art. 1.098. É controlada:*

---

<sup>9</sup> Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Lívia de Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Andrea Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente), divergindo na matéria a Conselheira Lívia De Carli Germano e votando pelas conclusões os Conselheiros André Mendes de Moura, Edeli Pereira Bessa e Viviane Vidal Wagner.

*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.*

*A conjunção destes dispositivos leva à conclusão – inevitável de que,*

*“aquele que detém o controle acionário está, de fato e direito, no comando da companhia e, destarte, assume o bônus e o ônus decorrentes. Bônus, pois tem condições indispensáveis para determinar o destino da sociedade, incluindo determinar quem irá administrá-la. (...)*

*Resumidamente, INDIRETAMENTE, a NAMISA EUROPE LTDA., localizada na Ilha da Madeira, “dependência com tributação favorecida” À época dos fatos aqui tratados (2008) era CONTROLADA INTEGRALMENTE pela Nacional Minérios, empresa brasileira, ora recorrente, mesmo que mpor meio de sua controlada integral, a Namisa International (Espanha).*

*Até porque, além de inexistir conceituação diferencial entre os dois tipos (controle direto ou indireto) a participação de 100% entre as companhias afasta qualquer possibilidade de que o controle possa ser difuso. Antes, é concentrado (...)*

*Ou seja, a decisão tomada na Ilha da Madeira é fruto da decisão tomada na Espanha que a recebeu do Brasil, pelos mesmos controladores (ou seus prepostos). (...)*

No caso dos autos, entendo irretocável o acórdão recorrido, quando reconhece a possibilidade de tributação da controlada indireta.

Com efeito, a legislação societária não distingue entre controle direto ou indireto. Nesse sentido, preciso o acórdão recorrido ao apontar os artigos da Lei nº 6.404/1976, em especial os artigos 116 e 248, como também o Código Civil (art. 1098). A falta de expressa menção ao controle indireto não afasta o reconhecimento deste controle, notadamente em subsidiárias integrais, como é o caso destes autos.

O artigo 74, da Medida Provisória nº 2.158, com redação vigente ao tempo dos fatos em discussão no processo, tampouco distingue controlada indireta das diretas:

*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. (Vide Lei nº 9.532, de 1997) (Vide ADI nº 2588, 2001) (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013) (Vigência) (Vide Medida Provisória nº 627, de 2013)*

Em que pese não conste distinção de tratamento (societário ou fiscal) entre controlada direta e indireta, plenamente aplicável o regramento societário e tributário a controladas indiretas ao tempo dos fatos em discussão, devendo ser mantido o acórdão recorrido.

Novamente ressalvo que não analiso no voto a eventual aplicação de Tratado Internacional firmado com a Espanha que, segundo o contribuinte seria aplicável na

consolidação dos lucros. Apenas analiso a matéria devolvida a esta Turma da CSRF atinente à possibilidade de tributação dos lucros da controlada indireta, concluindo pelo acerto do acórdão recorrido e pelo indistinto tratamento na legislação de controladas diretas e indiretas.

É pertinente, ainda, destacar que aquela controlada indireta estaria estabelecida em local com tributação favorecida, como também identificado pelo acórdão recorrido, *verbis*:

***Da possibilidade da tributação dos lucros auferidos por controlada indireta de empresa brasileira localizada no exterior (Ilha da Madeira); (...)***

*Contestada por inúmeros contribuintes, referida norma foi objeto da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n.º 2.588DF, havendo o STF decidido o seguinte, em caráter erga omnes e com efeito vinculante: (...)*

*Pelo exame da decisão acima é possível concluir, relativamente àquilo que interessa, que o STF julgou o caput do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.15835/2001, dando-lhe interpretação que pode ser sintetizada no quadro abaixo:*

<i>Investida</i>	<i>Localização</i>	<i>Art. 74 da MP 2.158</i>	<i>Eficácia erga omnes e efeito vinculante</i>
<i>Coligadas</i>	<i>País SEM tributação favorecida</i>	<i>Inconstitucional</i>	<i>Sim</i>
	<i>País COM tributação favorecida</i>	<i>Constitucional (Não alcançada a maioria)</i>	<i>Não</i>
<i>Controlada</i>	<i>País SEM tributação favorecida</i>	<i>Constitucional (Não alcançada a maioria)</i>	<i>Não</i>
	<i>País COM tributação favorecida</i>	<i>Constitucional</i>	<i>Sim</i>

*Assim, de plano, há que se definir se a Ilha da Madeira, domicílio da “Namisa Europe Ltd” (NAMISA) controlada indireta da recorrente (NACIONAL MINÉRIOS), que a domina através de sua controlada direta, “Inversiones CSN Espanha S.L” (NAMISA INTERNATIONAL) com sede em Madri, em ambos os casos com participação integral de 100% no Capital Social, estaria incluída no rol de “dependência com tributação favorecida” fixada pela legislação brasileira.*

*Para tal fim, vigia à época dos fatos geradores (2008), a IN (SRF) n.º 188/2002 que INCLUÍA a Ilha da Madeira neste grupo. (...)*

*Ora, como o STF só se manifestou acerca de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lucros disponibilizados a empresas brasileiras por suas coligadas no exterior domiciliadas em países cuja tributação sobre a renda não seja qualificada por lei como favorecida (neste caso, INCONSTITUCIONAL item 2.1 da ementa) e por suas controladas, domiciliadas em países cuja tributação sobre a renda seja qualificada por lei Como favorecida (neste aspecto, CONSTITUCIONAL item 2.2 da ementa), resta claro que a incidência tributária sobre os lucros disponibilizados por controladas sediadas em países SEM tributação favorecida não foi alcançada pela decisão.*

*Sendo assim, tal incidência é CONSTITUCIONAL, até que outra decisão neste sentido venha a se prolatada, se for o caso. (...)*

*Portanto, não remanescem dúvidas de que a tributação dos resultados auferidos por controlada “indireta”, localizada em “dependência com tributação favorecida” (paraíso fiscal) é perfeitamente válida, cabendo, de ora em diante, verificar as demais premissas presentes nos autos e os argumentos sustentados pelas partes para se aferir se existiriam “outros” empecilhos para que a imposição tributária em território brasileiro se consumasse.*

Assim, por força da decisão do STF – obrigatoriamente aplicável – também não merece reforma o acórdão recorrido ao admitir a tributação constitucional dos lucros de controlada indireta sediada em país com tributação favorecida.

Sobreleva destacar a ementa da ADI 2588, com efeitos vinculantes para a Administração Pública Federal, nos termos constitucionais (CF, art. 102, §2º) e da Lei nº 9.868/1999 (art. 28, parágrafo único):

*TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (“31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO”). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). APLICAÇÃO DA NOVA METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO TRIBUTO PARA A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS APURADA EM 2001. VIOLAÇÃO DAS REGRAS DA IRRETROATIVIDADE E DA ANTERIORIDADE. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000).*

*1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados: 1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros; 1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir “planejamento tributário”) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248); 1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada; 1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização.*

*2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece: 2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”; 2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei); 2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida e julgada parcialmente procedente, para dar*

*interpretação conforme ao art. 74 da MP 2.158-35/2001, bem como para declarar a inconstitucionalidade da cláusula de retroatividade prevista no art. 74, par. ún., da MP 2.158/2001.*

A única ressalva quanto ao entendimento manifestado pelo Conselheiro Relator do Colegiado *a quo* é sobre a abrangência da decisão do Supremo Tribunal Federal quando analisou a constitucionalidade do artigo 74. Entendeu o Ilustre Relator do Colegiado *a quo* que: “*igualmente, constitucionalidade do dispositivo no que concerne aos lucros fictamente disponibilizados em 31 de dezembro de cada ano a pessoas jurídicas domiciliadas no país por suas controladas domiciliadas em países cuja tributação sobre a renda NÃO SEJA qualificada por lei como favorecida – caso da NAMISA INTERNATIONAL – Madri – Espanha.*”. A despeito de tal ressalva, este trecho do voto do acórdão recorrido é irrelevante ao julgamento do caso dos autos, em que se aponta uma controlada indireta em país com tributação favorecida. De toda forma, para evitar futuros questionamentos e eventuais embargos de declaração, apenas ressalvo que não comungo, na integralidade, do entendimento do D. Relator da Turma *a quo*, embora mantenha o acórdão recorrido pelas razões acima.

Por estas razões, voto por **negar provimento ao recurso especial do contribuinte quanto à primeira matéria admitida pelo recurso especial**, mantendo o acórdão recorrido para admitir a tributação da controlada indireta.

#### Mérito - A consolidação dos lucros da controlada indireta

O tema foi julgado pelo Colegiado *a quo* em acórdão de embargos (acórdão **1402-002.750**), do qual se extrai:

*(...) O reclamo da embargante é que deveria ser observado o § 6º, do artigo 1º, da IN 213/2002 que exprime: “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”.*

Para a embargante, em razão deste dispositivo, resultados de controladas e coligadas indiretas “*não podem ser apurados diretamente pela pessoa jurídica no Brasil*”, impondo sua “*consolidação na controlada direta (NAMISA INTERNATIONAL) dos resultados por ela obtidos por intermédio de outras empresas em que participa (NAMISA EUROPE), nos termos do § 6º do art. 1º da IN nº 213/02*”.

Já o acórdão embargado sustentou-se na legislação pertinente ao tema, como se vê no Ac. embargado (fls. 898): “*Como antes estudado, o art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, uniformizou o conceito de disponibilização dos lucros apurados no exterior para coligadas e controladas, considerando os como disponibilizados para a empresa brasileira na data do balanço no qual forem apurados, seguindo o modelo previsto na Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, para as filiais e sucursais. Em suma, não há dúvidas de que a conjugação do artigo 25, da Lei nº 9.249, de 1995, com o artigo 74, da MP nº 2.158-35/2001 estampa, de forma clara, hipótese de incidência de IRPJ e CSLL, quando presentes os pressupostos fáticos para tal*”.

Nessa linha, no entendimento do voto condutor, os lançamentos tiveram sustentáculo na legislação já citada e no artigo art. 16, da Lei nº 9.430/1996 (ver AI – fls. 456) que determina que “*os lucros auferidos por filiais, sucursais,*

*controladas e coligadas, no exterior, serão: I considerados de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada*". Isto é, seguiram-se os comandos legislativos do inciso I do art. 16 da Lei nº 9.430, de 1996 em comunhão com os incisos I e II do § 2º do art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, e artigo 74, da MP nº 2.158-35/ 2001.

Assim, inexistem motivos para se questionar a validade dos lançamentos, ou pretender sua nulidade, já que não houve erro algum na indicação do critério material e quantitativo do fato gerador, tendo em vista que a autoridade fiscal pontificou corretamente toda a legislação aplicável à tributação de lucros auferidos por intermédio de controladas no exterior. Implica dizer que a discussão quanto a esse ponto reside apenas na forma de apurar a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, isto é, envolve tão somente critérios matemáticos.

E, neste aspecto, a leitura dos autos e de todos os documentos que o suportam mostram claramente que os valores tomados pelo Fisco para consecução dos lançamentos são **IDÊNTICOS ao que estampa o balanço consolidado da controlada na Espanha (Namisa International), já incluindo os resultados da Namise Europe (Ilha da Madeira), EXATAMENTE COMO RECLAMA A EMBARGANTE.** (...)

Atente-se: são os "resultados consolidados" da Namisa International (Espanha) já com os resultados vindos a Namisa Europe (Ilha da Madeira), EXTAMENTE como pretendido pela embargante, sem que haja qualquer distorção, e por um motivo bem singelo: os lucros da controlada indireta da Ilha da Madeira formaram a única fonte de receita da sua controla Namisa Espanha (por sua vez controlada pela Nacional Minérios no Brasil que acabou, no final, por usufruir deste resultado).

Tudo demonstrando, como já visto por ocasião do julgamento, que a controlada na Espanha não tinha finalidade alguma que não ser a receptora dos lucros da controlada na Ilha da Madeira e, ao albergue do Tratado Brasil-Espanha, tentar deixar ao largo da tributação os resultados obtidos em "dependência com tributação favorecida – Ilha da Madeira". (...)

Em suma, ainda que o Acórdão embargado não tenha se referido – expressamente ao que suscita a embargante (IN e dispositivos já citados), restou claro que não só os aspectos formais e materiais dos lançamentos foram atendidos como os valores tomados estão em plena correspondência com o que consta nos autos (fornecidos, recorde-se, pela própria recorrente) e, mais ainda, atendem explicitamente ao questionamento feito pela embargante, posto que assumidos a partir da consolidação feita na Espanha dos resultados da Ilha da Madeira e, a partir daí, trazidos para tributação na empresa brasileira, procedimento em plena consonância com as normas vigentes e entendido como correto pelo Colegiado, de forma unânime, quando da prolação do Acórdão nº 1402-002.338, objeto destes Embargos de Declaração

Em precedentes deste Colegiado, pronunciei-me sobre a necessária consolidação de lucros da controlada indireta na controlada direta, por força do artigo do artigo 1º §6º, da IN SRF 213/2002 (vg. **9101-003.829**, dentre outros).

No entanto, por duas razões não aplico o citado entendimento ao caso dos autos: admito a tributação direta dos lucros da controlada indireta, quando vislumbrar **interposição de sociedade com finalidade elisiva**, devidamente identificada pelo Auditor Fiscal atuante. No caso destes autos, a contribuinte informou que "*a Inversiones CSN Espanha SL, no ano-calendário de 2007, não teve qualquer operação e no ano-calendário de 2008 não apurou imposto de renda a pagar no seu país de origem*", como consta do TVF.

A finalidade elisiva – com a interposição de sociedade em país distinto - foi mencionada no lançamento tributário, *verbis*:

## 2 – PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS NO EXTERIOR

1.5. Em atendimento à solicitação, a empresa apresentou documentação informando que a NACIONAL MINÉRIOS S.A. possui as seguintes participações:

### I – Direta:

100% na empresa Inversiones CSN Espanha SL, adquirida em 16/04/2008 e sediada em Madri, no valor de R\$ 459.296.063,58 (2008)

II – Indireta: 100% da empresa Namisa Europe Ltd., anteriormente denominada NMSA Madeira Ltd, adquirida em 06/05/2008 e sediada na Zona Franca de Madeira, subsidiária da empresa Inversiones CSN Espanha SL. (...)

2.6 Para todos os efeitos, a legislação societária brasileira não estabelece distinções entre o controle direto e o indireto. Tampouco estabelece a prevalência de uma dessas espécies de controle sobre a outra. De toda forma, aquele que detém, diretamente ou através de outras controladas, a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores é o controlador da sociedade. A legislação societária torna manifesta a primazia do poder de controle sobre a própria propriedade, porquanto o detentor do controle acionário fixa em assembleia as diretrizes a serem seguidas na vida empresarial.

2.7 O contribuinte, em resposta ao item 13, da Intimação 001, realizada em 31/01/2011, esclarece que a empresa “Inversiones CSN Espanha SL, no ano-calendário de 2007, não teve qualquer operação e no ano-calendário de 2008 não apurou imposto de renda a pagar no seu país de origem, não havendo qualquer compensação de valor na apuração do Imposto de Renda a pagar pela NACIONAL MINÉRIOS S.A. no Brasil;

2.8. Portanto, ressaltamos que não foi recolhido imposto no exterior para ser compensado com o imposto devido no Brasil”

## 3 – DA CONVENÇÃO BRASIL- ESPANHA PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E DA INTERPOSIÇÃO DE SOCIEDADE COM FINALIDADE ELISIVA

3.1 Em razão da controlada Inversiones CSN Espanha SL ter sua sede social localizada na Espanha, país com o qual possui tratado para evitar a dupla tributação, vamos aqui tecer algumas considerações a respeito do tema; (...)

3.4 É preciso deixar bem claro que as convenções entre países para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre o rendimento, como o próprio nome indica, não são tratados internacionais destinados a garantir a manutenção de impostos em nível ínfimo ou mesmo a isenção dos mesmos, mas, sim a evitar a dupla tributação jurídica dos lucros auferidos no exterior;

3.5 A Convenção para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital celebrado entre o Brasil e a Espanha, como todo tratado internacional, deve ser interpretada de boa fé e à luz do respectivo objeto e fim, descartando-se interpretações que conduzam a resultados manifestamente absurdos ou despropositados (seja fuga tributária, seja dupla tributação).

Acrescento que foi também razão de decidir do Colegiado a identidade de resultado se houvesse a consolidação na controlada direta, *verbis*:

E, neste aspecto, a leitura dos autos e de todos os documentos que o suportam mostram claramente que os valores tomados pelo Fisco para consecução dos lançamentos são **IDÊNTICOS ao que estampa o balanço consolidado da controlada na Espanha (Namisa International), já incluindo os resultados da Namise Europe** (Ilha da Madeira), **EXATAMENTE COMO RECLAMA A EMBARGANTE.** (...)

Atente-se: são os “resultados consolidados” da Namisa International (Espanha) já com os resultados vindos a Namisa Europe (Ilha da Madeira), EXTAMENTE como pretendido pela embargante, sem que haja qualquer distorção, e por um motivo bem singelo: os lucros da controlada indireta da Ilha da Madeira formaram a única fonte de receita da sua controla Namisa Espanha (por sua vez controlada pela Nacional Minérios no Brasil que acabou, no final, por usufruir deste resultado).

Lembro que não foi devolvida a este Colegiado a análise de possível alteração de critério jurídico do lançamento (art. 146, do CTN), conforme decisão do Presidente de Câmara, confirmada pela decisão da Presidente da CSRF após agravo. Assim, parto do pressuposto que não houve qualquer alteração do critério jurídico quando a Turma *a quo* afirma que “os valores tomados pelo Fisco para consecução dos lançamentos são IDÊNTICOS ao que estampa o balanço consolidado da controlada na Espanha (Namisa International), já incluindo os resultados da Namise Europa”. Nesse contexto, sem que apreciemos a eventual alteração de critério jurídico – por nos falecer competência para tanto -, parece-me razoável a conclusão do Colegiado *a quo*.

De toda forma, o primeiro argumento de meu voto nesta matéria (interposição de sociedade com finalidade elisiva) parece-me suficiente à manutenção do acórdão recorrido e do lançamento tributário destes autos.

Assim, **nego provimento ao recurso especial do contribuinte quanto à segunda matéria**, mantendo o acórdão recorrido.

#### Conclusão

Pelas razões expostas, voto por **conhecer e negar provimento** ao recurso especial do contribuinte. (*destaques do original*)

Este precedente evidencia que o acórdão recorrido merece reforma ainda que se conclua pela impossibilidade de tributação individualizada dos lucros das controladas indiretas sem a prévia consolidação na controlada direta. Isto porque, no presente caso, decisão neste sentido é dependente da anterior apreciação da acusação fiscal de que, como mencionado no precedente, houve *interposição de sociedade com finalidade elisiva*, hábil a converter as ditas controladas indiretas em controladas diretas e validar a adição individualizada de seus resultados ao lucro da Contribuinte, sem consolidação na entidade constituída na Áustria.

De fato, ainda que esta Conselheira discordasse da interpretação da legislação tributária expressa no paradigma e no voto vencido do acórdão recorrido, não poderia afirmar indevida a incidência em debate porque o Colegiado *a quo* não desconstituiu a acusação fiscal que, para além de tributar os resultados das controladas indiretas, também afirmou esta incidência por ser a Contribuinte *efetivamente a beneficiária* dos lucros auferidos por *Votorantim International Holding NV (Curaçao)*, *Votorantim International North America (USA – Delaware)*, *Votorantim International Europe*, *Votorantim International Australia Pty (Australia)*,

*Citrovita NV (Belgica), The Bulk Services Corp (Cayman), Votorantim Terminal NV (Bélgica), US Zinc Asian Pacific (Barbados), Votorantim Europe KFT (Hungria) e a Votorantrade NV (Curaçao), por entender Votorantim GmbH – Áustria como mero conector, travestido de empresa operacional, para aproveitamento do benefício tributário.*

Como bem conduzido na decisão de 1ª instância:

No caso dos autos, entendo que os lucros das controladas indiretas puderam ser alcançados diretamente pela tributação, porquanto restou caracterizado o abuso do planejamento tributário e, desta forma, seus efeitos restaram inoponíveis ao Fisco, justificando a não aplicação do disposto no § 6º do artigo 1º da IN SRF nº 213/2002.

Em suma, esta Conselheira concorda com a objeção da PGFN ao cancelamento da exigência por entender possível a adição individualizada dos resultados de controladas indiretas, em linha com o entendimento firmado no pelo ex-Conselheiro Ricardo Marozzi Gregório no voto vencido do recorrido, bem como pelo ex-Conselheiro André Mendes de Moura no voto condutor do paradigma nº 9101-003.088 – motivo do voto pelas conclusões no precedente nº 9101-006.465 –, sem prévia consolidação na controlada direta, mormente se há acusação fiscal no sentido da inoponibilidade da controlada direta constituída apenas com a finalidade de interpor pessoa jurídica na cadeia de controle situada em país com o qual o Brasil mantém acordo para evitar a dupla tributação.

Por tais razões, o presente voto é no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso especial da PGFN, com retorno ao Colegiado *a quo* para apreciação dos demais argumentos de defesa apresentados contra a acusação fiscal de falta de adição ao lucro tributável do período fiscalizado dos resultados positivos das investidas controladas por Votorantim GmbH – Áustria.

*(documento assinado digitalmente)*

EDELI PEREIRA BESSA