



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

**Processo nº** 16682.722511/2015-89  
**Recurso nº** Voluntário  
**Acórdão nº** 1302-003.340 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 22 de janeiro de 2019  
**Matéria** LUCROS NO EXTERIOR - TRATADO INTERNACIONAL  
**Recorrente** PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2012

IRPJ. CSLL. LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, correspondentes ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

BRASILHOLANDA. TRATADO PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO. TRIBUTAÇÃO DO LUCRO DA CONTROLADORA NACIONAL. AUSÊNCIA DE ANTINOMIA. Não há incompatibilidade entre os tratados internacionais para evitar dupla tributação e a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.15835, de 2001. No caso concreto, o Tratado firmado entre Brasil e o Reino dos Países Baixos não impede a tributação do resultado de empresa domiciliada no Brasil em função de sua renda obtida por intermédio de sua participação em sociedades domiciliadas no exterior.

CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. REGRA APLICÁVEL À CSLL. Os acordos e convenções internacionais celebrados pelo Governo da República Federativa do Brasil para evitar dupla tributação da renda abrangem a CSLL. Efeitos retroativos da Lei n. 13.202, de 2015, expressamente interpretativa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os conselheiros Gustavo Guimarães Fonseca (relator), Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa e Flávio Machado Vilhena Dias. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo.

*(assinado digitalmente)*

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator.

*(assinado digitalmente)*

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Redator designado.

Participaram do presente julgamento os conselheiros Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente), Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcos Antônio Nepomuceno Feitosa, Carmen Ferreira Saraiva (Suplente Convocada), Rogério Aparecido Gil, Maria Lúcia Miceli, Flávio Machado Vilhena Dias e Gustavo Guimarães da Fonseca.

## Relatório

Cuidam os autos de exigência fiscal imposta ao recorrente, tendo com escopo a constituição de créditos tributários concernentes ao IRPJ e a CSLL incidentes sobre lucros observados pela companhia em investimento por ela havido no exterior.

Vale destacar, desde logo, que o foco do trabalho fiscal é a empresa Petrobrás Netherlands B. V., com sede em Rotterdam, na Holanda, cujos lucros apurados no ano-calendário em testilha não teriam sido adicionados "*ao lucro líquido para efeito de apuração do IRPJ e da CSLL, conforme Linhas 07 das Fichas 09 A e 17 da DIPJ do ano-calendário de 2012*" (trecho extraído do relatório do acórdão recorrido). Neste passo, a par da complexidade teórica do tema, o caso em si não é, nem de longe, complicado. Não se está tratando aqui de grupos de empresas estabelecidas no exterior, mediante intrincada composição societária, não havendo, tampouco, a necessidade de verificação de múltiplos tratados internacionais...

O problema cinge, insista-se, aos lucros apurados no ano-calendário de 2012 pela empresa Petrobrás Netherlands (no importante, em reais, de R\$ 5.050 milhões aproximadamente), não adicionados ao lucro líquido da recorrente, e ao alegado conflito entre as normas internas nacionais, particularmente a Lei 9.249/95 com a redação dada pela MP 2.158-35/2001 e a IN 213/02, e o tratado para evitar bi-tributação, firmado entre o Brasil e a Holanda, promulgado pelo Decreto 355/91.

Para justificar o lançamento, a D. Autoridade Fiscal traz um longo, e muito técnico, arrazoado sobre o histórico da legislação que trata da chamada "TBU" ou "Tributação em Bases Universais", para, a seguir, defender o entendimento de que as disposições da Lei 9.249, com a redação dada pela já mencionada MP .2.158-35, representariam uma exceção parcial às regras de neutralidade concernentes à avaliação de investimentos por meio do MEP - Método de Equivalência Patrimonial -, autorizando-se, pois, a exigência do IRPJ e da CSLL apenas sobre os lucros percebidos pelas controladas estabelecidas no exterior, antes mesmo de sua disponibilização às controladoras.

O montante apurado, vale dizer, cumulado com os encargos legais de estilo (juros e multa de ofício), resultaram, em verdade, em redução de saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativo acumulados pela recorrente até o advento deste lançamento.

O contribuinte, regularmente cientificado do conteúdo dos autos de infração, opôs a sua impugnação para, num primeiro momento, discorrer sobre a natureza da norma contida no art. 74 da MP 2.158-35, sustentando se tratar de uma regra anti-elisiva (geral e específica) para, nesta esteira, concluir pelo afastamento das disposições dos tratados bilaterais apenas e tão somente caso tipificada a existência de um "*intento elisivo*"

Passo seguinte, propõe as razões pelas quais, entende, devem o tratado promulgado pelo Decreto 355, já citado, afastariam ora polemizada, embasando suas alegações, principalmente, nas cláusulas 7ª e 10ª da convenção em análise, defendendo, ainda, a aplicação deste tratado também à CSLL.

Por fim, sustenta ser descabida a multa de ofício aplicada, dado não se ter apurado valor de tributo a pagar (tendo ocorrido, como já dito, apenas a redução dos saldos de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa).

Instada a se pronunciar sobre o caso, a DRJ do Rio de Janeiro houve por bem julgar improcedente a impugnação administrativa, cujas razões são resumidas a partir da ementa abaixo reproduzida:

IRPJ. CSLL. LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS.

Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, correspondentes ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

DISPONIBILIZAÇÃO DOS LUCROS. ARTIGO 74 DA MP 2.158/35. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. STF. REGULARIDADE DA TRIBUTAÇÃO PELO PAÍS DE RESIDÊNCIA DA CONTROLADA.

O artigo 74, da MP 2158/35, que fixou o momento da disponibilização dos lucros para a data do balanço em que foram apurados, foi submetido à apreciação do STF (ADI/2.588), tendo a Suprema Corte decidido que referida norma é constitucional, com efeito vinculante e eficácia erga omnes, para as controladas localizadas em países com tributação favorecida.

Com relação às controladas residentes em países com tributação regular, por não ter sido atingida a maioria de votos, entende-se pela constitucionalidade do artigo 74, da MP 2158/35, não obstante a inexistência dos citados efeitos.

TRATADOS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO

O entendimento da RFB, manifestado, na SCI nº 18-Cosit, é de que a aplicação do artigo 74, da MP 2.158/35, não viola os tratados internacionais para evitar a dupla tributação, uma vez que (a) a norma interna incide sobre o contribuinte brasileiro, inexistindo qualquer conflito com os dispositivos do tratado que versam sobre a tributação de lucros, (b) o Brasil não está tributando os lucros da sociedade domiciliada no exterior, mas sim os lucros auferidos pelos próprios sócios brasileiros, (c) a legislação brasileira permite à empresa investidora no Brasil o direito de compensar o imposto pago no exterior, ficando, assim, eliminada a dupla tributação, independentemente da existência de tratado.

### LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR ATRAVÉS DE COLIGADAS E CONTROLADAS. MOMENTO DA DISPONIBILIZAÇÃO.

Para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior consideram-se disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço em que foram apurados (art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001).

### ALEGAÇÃO DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 74 DA MP 2.158-35/2001 E O ART. 7º, PARÁGRAFO 1º, DO TRATADO BRASIL-HOLANDA. INOCORRÊNCIA.

O Tratado Brasil-Holanda, a exemplo de outros acordos que adotam o texto-base da Convenção-Modelo da OCDE, estabelece, em seu Artigo 7º, Parágrafo 1º, uma cláusula de competência exclusiva em favor do Estado de residência da pessoa jurídica. De acordo com esta regra, os lucros de uma empresa só podem ser tributados no Estado onde ela está domiciliada.

A referida cláusula não limita, todavia, o direito de um Estado Contratante adotar regras de transparência fiscal em sua legislação interna, com o objetivo de tributar, na pessoa de seus residentes, o lucro apurado por empresa domiciliada no outro Estado Contratante, na proporção da participação societária destes residentes naquela empresa. Comentários da OCDE ao Artigo 7º, Parágrafo 1º, da Convenção-Modelo.

Por revestir a natureza de uma regra de transparência fiscal, o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não conflita com o Artigo 7º, Parágrafo 1º, do Tratado Brasil-Holanda.

### COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS DE CONTROLADA NO EXTERIOR. CRITÉRIOS.

Os prejuízos apurados por uma controlada no exterior somente poderão ser compensados com os seus próprios lucros e antes de se efetivar a conversão para reais.

### CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO. REGRA INAPLICÁVEL À CSLL.

Tendo a CSLL sido instituída após a celebração de determinada convenção internacional para evitar a dupla tributação da renda, a extensão das disposições de tal convenção à CSLL condiciona-se à imprescindível notificação da instituição desta contribuição às autoridades competentes dos Governos Estrangeiros envolvidos em tais tratados, porquanto as regras dos acordos internacionais devem conter previsão expressa em seu texto para serem aplicadas à CSLL.

### LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR ATRAVÉS DE COLIGADAS E CONTROLADAS. DECORRÊNCIA.

As regras do imposto de renda relativas à tributação dos lucros auferidos no exterior aplicam-se, também, à contribuição social sobre o lucro líquido (arts. 21 e 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001).

A Companhia foi intimada do resultado do julgamento supra em 04 de abril de 2018 (e-fl. 793), tendo interposto o seu recurso voluntário em 02 de maio daquele mesmo ano (e-fl. 795), por meio do qual, praticamente, reprisa os argumentos e pedidos deduzidos em sua impugnação.

Este é o relatório.

## Voto Vencido

Conselheiro Gustavo Guimarães da Fonseca - Relator

O recurso é tempestivo e, por isso, dele tomo conhecimento.

### I - Do direito.

#### II.1 - Prefacialmente.

De antemão, e apenas para firmar as balizas deste julgamento, nunca se aventou controvérsia sobre a prevalência ou não dos tratados em face da legislação ordinária federal que o precede ou aquela que lhe for ulterior.

Particularmente, e não obstante o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal acerca da paridade hierárquica entre os tratados e a legislação ordinária nacional (v. acórdão proferido no RE nº 80.004, publicado na RTJ 83/809, rel. para o acórdão Cunha Peixoto), a redação do art. 98 do CTN deixa extreme de dúvidas **a especificidade daqueles últimos**, se e quando observada, neles, a natureza contratual (comutativa e bilateral).

Neste passo, os possíveis conflitos havidos entre leis ordinárias novas e a as normas estabelecidas pelos tratados bilaterais, especificamente em matéria tributária, afeiçoariam-se a regra contida no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Em outras palavras, não haveria uma prevalência dos tratados em relação à legislação ordinária pátria em razão de um alegada supremacia hierárquica; semelhante prevalência seria observada, tão só, por conta da especificidade da matéria versada pelo tratado, que somente poderia ser modificado, caso se verificasse disposição legal a tratar, exclusiva e explicitamente, do mesmo objeto daquela convenção. Assim se posicionou o próprio STF nos autos da CR de nº 8.279-Argentina, como bem lembra Leandro Paulsen ao invocar trecho do voto do Min. Celso de Mello:

*A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá - presente o contexto de eventual antinomia com o ordenamento doméstico - , não virtude de inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (lex posteriori derogat priori) ou, quando cabível , do critério da especialidade.<sup>1</sup>.*

Na seara tributária, os tratados bilaterais tem com objeto uma relação jurídico-normativa específica: a relação bilateral e comutativa havida entre o Brasil e o Estado

<sup>1</sup> PAULSEN, Leandro. Direito Tributário - Constituição e Código Tributário a Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 835/836.

Internacional. Como consentâneo lógico, ainda que inexistente uma hierarquia entre o tratado e a lei ordinário, é fato que esta última somente terá o condão de revogar aquele último, caso venha a tratar, exatamente, do matéria objeto do tratado, qual seja, "*a relação bilateral e comutativa*" ali pactuada.

Sabendo-se, todavia, que a competência privativa para representar o Brasil e, particularmente, para celebrar tratados internacionais, é do Presidente da República, conforme preceitua o art. 84, VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, nenhuma lei, que não as de iniciativa do Chefe do Executivo, poderia derogar ou revogar os tratados firmados por nosso país. As hipóteses, portanto, de derrogação ou mesmo revogação de tratados bilaterais firmados pelo Brasil são restritíssimas.

Dito isto, assento uma premissa que deve nortear, principalmente, a minha análise acerca do tema principal deste julgado: a existência ou não de um conflito entre as regras brasileiras sobre "Tributação em Bases Universais" e o tratado, bilateral e comutativo firmado por Brasil e Holanda (países baixos).

## **II.2 - Do pressuposto invocado pela recorrente e refutado pela DRJ - a natureza das normas CFC e os tratados bilaterais.**

Antes, contudo, de enfrentar o núcleo temático da demanda, o contribuinte invoca, e a DRJ refuta, uma premissa que, segundo aquele último, seria suficiente para afastar partes da *aplicabilidade*, por assim dizer, dos comentários ao Modelo-OCDE representado pelo documento da lavra do Comitê de Assuntos Fiscais do aludido órgão internacional (mormente na parte que trata das condutas anti-elisivas e anti-evasivas).

E, me permitam aqui encurtar uma discussão que se tornou, por demais, longa e, por isso mesmo, desnecessária.

É óbvio que o objeto do auto de infração se centra na exigência de caráter eminentemente fiscal da previsão contida no art. 74 da MP.2158-35.

Digo, não desconheço que as chamadas normas TBU tenham, efetiva e concretamente, um objetivo anti-elisivo e, também, anti-evasivo. O que não se pode conceber, contudo, é:

a) desconsiderar que tais objetivos são secundários, notadamente a se considerar a regra de competência estabelecida no art. 153, III, e § 2º, I, da CRFB. Isto é, as normas internas que tratam da TBU buscam, isto sim, uma maior eficiência arrecadatória e, com isto, minimizar os efeitos de planejamentos lícitos ou tentativas ilícitas de evadir-se a tributação mediante constituição de empresas em paraísos fiscais ou de estruturas societárias complexas;

b) confundir-se as figuras da elisão e da evasão fiscal.

Se é certo que também os tratados, notadamente aqueles que seguem o modelo OCDE, comumente fazem referência aos efeitos secundários anteriormente mencionados, é inobjetable que a pretensão inicial, e principal, de tais normas é a assegurar a justiça fiscal para as empresas estabelecidas em cada Estado signatário. Peço vênha para transcrever o comentário ao art. 1º da Convenção Modelo da OCDE, reproduzido pelo próprio acórdão recorrido:

---

7. *The principal purpose of double taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services, and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion.*

Numa tradução livre do texto acima (já antecipando minhas escusas caso se observe alguma inconsistência técnico-linguística), ter-se-ia que "o objetivo principal das convenções de dupla tributação é promover, pela eliminação da dupla tributação internacional, troca de bens e serviços, e movimento de capital e pessoas. *É também um objetivo das convenções tributárias prevenir a elisão e a evasão fiscal*".

É inegável, pois, que os intentos anti-elisivo e anti-evasivo tratados acima são meramente consequencialistas. A norma internacional, no caso, assim como a própria norma interna, positivada na MP 2.158, objetivam, primeiramente, a desoneração tributária e apenas num segundo momento a eficiência arrecadatória, em especial, a vista do princípio da universalidade da tributação preconizado pelo já citado art. 153, § 2º, I, da CRFB; não se estaria, contudo, diante de normas de conduta ou de competência que pudessem estabelecer regras específicas para evitar a elisão ou a evasão fiscal... a prevenção, no caso, se daria como consentâneo lógico e não como regra de extensão da competência tributária dos Estados signatários (antielisão) ou pela tipificação do abuso de direito ou da simulação ou dissimulação de atos especificamente versados pelo tratado (evasão).

Isto, *per se*, retira toda a pertinência dos longos arrazoados trazidos tanto pelo recorrente como pela DRJ sobre a natureza, tanto dos tratados como daquelas alcunhadas CFC (ou "*controlled foreign companys*") que poderiam, aqui, ser representadas pela MP 2.158-35... a exigência ora polemizada não decorre de uma regra anti-elisiva específica ou mesmo geral; tampouco decorre de uma imposição fiscal decorrente da constatação de prática evasiva. Trata-se de exigência decorrente da simples inobservância (justificada ou não pelo tratado) de uma regra interna de tributação, com intentos eminentemente arrecadatórios (e, portanto, desprovida de qualquer intenção anti-elisiva ou anti-evasiva).

É verdade que, dentre os argumentos sustentados pela DRJ, como reforço teórico, estaria justamente o efeito secundário dos tratados, mencionado acima. Peço especial atenção ao seguinte trecho do voto condutor do aresto ora recorrido:

Ainda que possa haver boas razões petroeconômicas para a criação da subsidiária holandesa, ou mesmo trazer como alegação que isso tornaria a empresa mais competitiva, tomando como exemplo as vantagens fiscais do REPETRO, o fato irrecusável é que as vantagens tributárias obtidas na Holanda são mais atraentes, razão pela qual convenço-me ainda mais da procedência do lançamento, no tocante à tributação dos lucros auferidos pela Interessada na Holanda, através de sua controlada PNBV.

*Venia concessa*, mas o fato de haver vantagens tributárias concomitantes às reconhecidas vantagens econômicas de se instalar uma empresa na Holanda é, por tudo o que disse anteriormente, totalmente despropositado. Como afirmei, o intento "anti-elisivo" dos tratados é meramente secundário e consentâneo... trata-se de um efeito decorrente do acordo bilateral, mas que não conforma seu objeto ou objetivo principal. Os tratados, vejam bem, ainda que possam resultar em obstáculos ao planejamento tributário (abusivo ou não), não são, em essência, normas antielisivas, as quais, insista-se, buscam o alargamento da competência tributária.

Da mesma forma, a natureza das preditas normas CFC (argumento trazido especificamente pelo recorrente), é, a toda monta, irrelevante para o caso em análise. Ainda que se tratasse, efetiva e concretamente, de norma geral anti-elisiva (tese com a qual não concordo), a sua aplicação independeria da verificação da validade substancial dos negócios engendrados pelo recorrente. Elisão fiscal é ato, por definição, válido, tanto do ponto de vista substancial, como sob o plano formal.

Dito isto, passo a análise daquilo que realmente importa: o possível conflito entre o Tratado e o art. 74 da MP 2.158-35.

### **II.3 O art. 7º da "Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda".**

Pois bem. O contribuinte afirmou não ter oferecido a tributação, no Brasil, dos lucros verificados na empresa Petrobras Netherlands B.V no ano calendário de 2012, por força de "Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos" promulgada pelo Decreto 355/91. Deste "tratado", convêm, num primeiro momento, transcrever o art. 2º, chamando-se especial atenção ao preceito contido em seu § 3º:

*3. A Convenção aplica-se também a quaisquer impostos idênticos ou substancialmente semelhantes que forem estabelecidos após a data de sua assinatura, adicionalmente ou em substituição aos impostos mencionados no parágrafo 2. As autoridades competentes dos Estados Contratantes notificar-se-ão mutuamente sobre quaisquer modificações substanciais que ocorram em suas respectivas legislações tributárias.*

A meu ver, a regra acima já deixava evidente que as disposições contidas na convenção em testilha se estendiam, também, à CSLL, caso, de fato, se entenda aplicável o acordo ao caso concreto. Nada obstante, com o advento da Lei 13.202/15, art. 11, a discussão sobre aplicabilidade ou não dos tratados à CSLL, quando inexistentes notificações do Brasil à sua contraparte, perdeu o objeto. Com efeito, o citado preceptivo, dotado, expressamente, de caráter interpretativo e, nesta esteira, com efeitos retroativos (art. 106, I, do CTN), assim dispôs:

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

Desta sorte, caso se entenda aplicáveis as regras encartadas na Convenção acima mencionada para afastar a exigência do IRPJ, as mesmas conclusões em questão serão extensíveis ao lançamento relativo a CSLL.

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

#### *ARTIGO VII*

##### *Lucros das empresas*



---

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

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

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

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

O preceptivo supra reproduzido, e as considerações também destacadas anteriormente, não me permitem concluir, como feito pela DRJ e pela Autoridade Lançadora, de que tais disposições estariam, de fato, em concordância com as disposições do art. 74 da MP 2.158-35. Verdade seja dita, não existe conflito entre o tratado e a norma inconstitucional pátria... o que há, como já dito, é, com base nos preceitos do art. 2º, §2º, da LICC, é uma precedência do tratado em face das normas ordinárias nacionais brasileiras, tendo em conta a especificidade da matéria ali tratada.

Basicamente, a MP 2.158-35 vai discorrer sobre a tributação em bases universais; isto é, o art. 74 do predito diploma legal representaria, no âmbito infraconstitucional, a positivação do princípio da universalidade da renda ou da "tributação em bases universais". Trata-se, pois, de uma regra geral a regular a incidência do IRPJ e da CSLL sobre a totalidade/universalidade da base de cálculo das exações em testilha, compreendendo-se, pois, tanto o lucro verificado no Brasil, como aquele observado no exterior.

Os tratados para evitar bi-tributação, mormente aqueles similares ao ora examinado, conforma, também como já afirmado, regra específica, cuja aplicação precede à da norma geral, nos termos do já citado art. 2º da LICC. E isto, de per si, já me seria suficiente

para afirmar a incorreção do ato de lançamento questionado e, por conseguinte, das conclusões exaradas pela DRJ.

Nada obstante, outras questões devem ser enfrentadas.

**II.3.1 O lucro visado pela MP 2.158 é aquele efetivamente apurado pela empresa estabelecida no exterior e não o resultado decorrente da aplicação do MEP.**

Tanto a Fiscalização, como a DRJ, sustentam, *in casu*, que a Lei 9.249/95, com a redação que lhe foi dada pela MP 2.158-35, estaria exigindo a tributação do lucro verificado aqui no Brasil e não aquele apurado na Holanda, afastando-se, pois, a regra do art. 7 do Tratado.

Com o devido respeito, mas tal entendimento não pode prevalecer... a disposição contida no art. 7º dos mencionados Acordos não teria razão de ser (ou seria letra morta) caso prevalecesse a posição externada pela Autoridade Fiscal e pela DRJ (ou de outra sorte, seria desnecessária à exceção tratada no item I, despendida para o caso de se existir um estabelecimento fixo).

Explicando melhor, caso as Convenções pretendessem reservar a competência "*do outro estado contratante*" para tributar os lucros verificados por empresa sediada fora dele, restringindo tal regramento somente, como defendem, a, v.g., os tributos sujeitos a regra de substituição por retenção, não teríamos, aqui, necessidade de regramentos de tributação internacional.

Dentre as justificativas apresentadas pela Fiscalização e pela DRJ para fundamentar o entendimento retro, diga-se, está a de que o art. 74 da MP 2.158-35 teria criado uma exceção à regra de neutralidade do MEP - Método de Equivalência Patrimonial, autorizando, neste particular, a tributação da variação patrimonial observada na empresa nacional, concretizada, contudo, apenas pela adição dos lucros observados no exterior, sem se considerar os demais efeitos do MEP.

Contudo, o art. 25 da Lei 9.249 é absolutamente claro no sentido de que almeja, ali, a exigência das exações em bases universais. Isto é, a norma em referência busca a tributação de "lucros" verificados no exterior, sem prejuízo da manutenção das regras atinentes à reavaliação de investimentos preconizada pelo antigo art. 388 do RIR:

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

Verdade seja dita, se as variações patrimoniais decorrentes da reavaliação de investimentos por meio de MEP pudessem impactar o lucro real das companhias e empresas nacionais, os arts. 74 da MP 2.158 e 25 da Lei 9.249 perderiam, a toda monta, a sua utilidade, pois não estaríamos de fato, tratando da exigência do IRPJ e da CSLL em bases Universais, mas, apenas, tributando os ganhos patrimoniais observados tão só no Brasil decorrente se simples variação do valor do patrimônio líquido das companhias (ocorrida pelo aumento do

valor dos investimentos por elas havidos)<sup>2</sup>. Estaríamos de volta a tributação conforme o princípio da territorialidade (como contraponto ao princípio da tributação global ou universal<sup>3</sup>).

O § 6º, acima, contudo, deixa extrema de dúvidas que:

a) o art. 25 não trata do resultado da reavaliação, via MEP;

b) as variações do patrimônio líquido, decorrentes das reavaliações de investimentos, **continuam neutras do ponto de vista fiscal**.

Como reforço de argumentação, vale destacar que a Instrução CVM 247/96 (inclusive e contraditoriamente invocada pela própria Autoridade Lançadora), que nada mais faz que consolidar as regras atinentes ao MEP, pulverizadas ao longo da Lei 6.404 e nas normas fiscais (como o Decreto-lei 1.596), aponta, principalmente em seus arts. 9 a 12, de forma claríssima, que o MEP não será determinado, exclusivamente, pelos lucros, mas também por outras variáveis, incluindo-se, aí, os prejuízos, lucros acumulados, reavaliações de ativos, etc. O resultado do MEP, por certo, não se confunde com os lucros apurados pela companhia (não obstante poder compô-lo).

Neste passo, a conclusão da Fiscalização de que estaríamos diante de uma exceção à regra geral de neutralidade do MEP é, quando menos, obscura... em momento algum, art. 25, que trata da tributação internacional dos lucros, afirma, contextualiza ou intenciona dizer que os resultados ali perqueridos decorreriam da variação patrimonial percebida em relação aos investimentos havidos pelas empresas nacionais. E a Lei 9.249 não faz, nem mesmo, referência aos preceitos que tratam do MEP (especificamente o art. 388 do RIR ou 21 do Decreto-lei 1.598/77):

Pelo contrário, o citado § 6º diz claramente que a tributação dos lucros verificados no exterior não prejudicará a reavaliação dos investimentos realizados via MEP, que continuará obrigatória e, outrossim, neutra. Outro entendimento, como, v.g., o externado pela Autoridade Administrativa (que admite a supressão parcial da neutralidade do MEP), resultaria em fato, potencialmente, impensável:

a) a empresa teria os lucros percebidos por sua controlada tributados, como resultado da aplicação dos preceitos do art. 25 da Lei 9.249 (e, portanto, na ótica fiscal, como receita, decorrente da reavaliação de seu investimento, tributável);

b) na hipótese da venda destes ativos, tendo em conta a reavaliação integral, via MEP, que lhe é obrigatória, observaria uma nova exigência fiscal, desta feita, sobre os

<sup>2</sup> E aqui, vejam bem, estaríamos mudando o conceito jurídico de renda positivado no art. 43 do CTN, também em relação ao fato gerador ocorrido intraterritório; mudar-se-ia, pois, concepção há muito estabelecida de que, para se tributar a renda, no Brasil, ter-se-ia por imprescindível a sua efetiva realização (disponibilização econômica). Estar-se-ia mudando, pois, o conceito de renda realizada para o de renda corrente (o que, até então, só era admissível, justamente, para a tributação dos lucros verificados no exterior, mormente a partir da decisão proferida pelo STF nos autos da ADI 2.588).

<sup>3</sup> Como bem lembra Macílio Tocano Franca Filho "o princípio da territorialidade significa que todas as situações jurídicas que dêem origem à produção de renda, por nacionais ou residentes, localizadas dentro do território do Estado, geram uma obrigação tributária". Ainda de acordo com o prefalado autor, de outro turno, "segundo o princípio da base global do imposto de renda, passa a ser tributada a universalidade dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos (nos mercados doméstico e exterior) por pessoas jurídicas domiciliadas no país (...) (FILHO, Macílio Tocano Franca, Princípio da Tributação Internacional sobre a Renda, em RDDT nº 30, 1998, p. 75).

ganhos de capital, **mesmo que o resultado do MEP, a par de lucros apurados, tenha sido negativo.**

Ou seja, a consideração dos ditames do art. 25, *caput*, da Lei 9.249 (com a redação que lhe foi dada pela MP 2.159-35) como regra de tributação interna de resultado de reavaliação de investimento, poderia encerrar, em tese, *bis in idem*, culminando, pois, com a violação expressa e inegável dos princípios da capacidade contributiva e do não-confisco.

Além disso, vejam bem, o art. 25, supra tratado não alcança os lucros observados pela Companhia ou Empresa nacional; seu objeto, é o lucro efetivamente apurado por suas controladas no exterior ou, de outra sorte, a decisão do Supremo em relação às coligadas (e a inconstitucionalidade da norma em testilha quanto a esta situação) **não faria nenhum sentido**. Para tanto, transcrevo, abaixo, um trecho do voto condutor da ADI 2.588, em que a Relatora Min Hellen Grace assim ponderou:

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

A justificativa sustentada pelo Supremo para validar parcialmente a MP 2.138, foi de que, no caso das controladas, a empresa Nacional perceberia, ou deteria, de imediato *a disponibilidade jurídica da renda*, ainda que não deliberada a distribuição dos lucros apurados (já que a decisão, ao fim e ao cabo, quanto a destinação dos lucros caberia à controladora). Semelhante disponibilidade, contudo, não seria verificada em relação às coligadas!

Ora, estivéssemos tratando, de fato, de exceção parcial ao MEP, por que, então, a posição adotada pelo Supremo quanto às coligadas? Qual a relevância da disponibilidade jurídica da renda verificada no exterior para fins de reavaliação de investimento (que deverá ser feita, ainda que a empresa investida não seja controlada pela empresa nacional)?

A resposta é uma, e uma só: a exigência contida no art. 25 da Lei 9.249, não trata de dividendos (fictos ou reais), muito menos se reporta ao resultado positivo do MEP; ***mas, isto sim, da disponibilidade jurídica dos lucros apurados pela controlada no exterior, antecipada por força do poder decisório de sua controladora.***

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

*RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO NA ORIGEM. APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTE. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS POR IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO DE JUIZ FEDERAL. NÃO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IRPJ E CSLL. LUCROS OBTIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS NACIONAIS SEDIADAS EM PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO REGULADA. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS SOBRE BITRIBUTAÇÃO ASSINADOS PELO BRASIL COM A BÉLGICA (DECRETO 72.542/73), A DINAMARCA (DECRETO 75.106/74) E O PRINCIPADO DE LUXEMBURGO (DECRETO 85.051/80). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA NAS BERMUDAS. ART. 74, CAPUT DA MP 2.157-35/2001. DISPONIBILIZAÇÃO DOS LUCROS PARA A EMPRESA CONTROLADORA NA DATA DO BALANÇO NO QUAL TIVEREM SIDO APURADOS, EXCLUÍDO O RESULTADO DA CONTRAPARTIDA DO AJUSTE DO VALOR DO INVESTIMENTO PELO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONCEDER A SEGURANÇA, EM PARTE.*

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

No que toca, especificamente ao art. 10 do Tratado Brasil/Holanda também invocado pelo contribuinte é descabida no feito. Realmente, como aposto pela própria DRJ, em momento algum a decisão recorrida ou mesmo a Autoridade Lançadora justificaram a tributação, no caso, a partir do pagamento de dividendos; as justificativas apresentadas, reprise-se, limitaram-se à caracterização das receitas tributadas como resultado de reavaliação de investimento via MEP, tratando-se, pois, de discussão absolutamente estranha à lide.

### **III - Pedido sucessivo.**

No que tange ao pedido sucessivo, relativo à multa de ofício, que o contribuinte entende seria descabida, tendo em conta não ter sido apurado, na espécie, qualquer valor a pagar (mas, apenas, a recomposição de saldos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa), a questão se encontra prejudicada, considerando-se o que foi decidido acima.

### **IV - Conclusão.**

A luz do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Gustavo Guimarães da Fonseca

## Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo - Redator designado

Permito-me divergir do bem fundamentado voto do Relator, em relação à possível incompatibilidade entre a tributação na forma preconizada pelo art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, e os tratados para evitar a dupla tributação internacional firmados pela República Federativa do Brasil, no que fui acompanhado pela maioria dos meus pares.

### Breve histórico da legislação aplicada

Início a análise com breve esboço dos antecedentes históricos do dispositivo legal em pauta. E o faço com a transcrição de trecho da Solução de Consulta Interna Cosit nº 18, de 2013:

*"9. Em princípio, cabe observar que a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aboliu o princípio da territorialidade no que concerne ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas e adotou o princípio da universalidade que determina a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.*

*10. Os arts 25 e 26 da Lei nº 9.249, de 1995, determinam que os lucros apurados pelas controladas e coligadas no exterior sejam oferecidos à tributação pela controladora ou coligada sediada no Brasil e a compensação do imposto incidente no exterior com o imposto devido no Brasil sobre esses mesmos lucros:*

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

*(...)*

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

*11. Enquanto os rendimentos e ganhos de capital correspondem a atividade da empresa brasileira exercida diretamente no exterior, os lucros decorrem de uma participação em controladas e coligadas no exterior.*

*12. No que diz respeito à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), o princípio da universalidade também foi*

*adotado a partir da edição da MP nº 2.15835, de 2001, conforme a seguir transcrito:*

*'Art. 21. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior sujeitam-se à incidência da CSLL, observadas as normas de tributação universal de que tratam os arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249, de 1995, os arts. 15 a 17 da Lei nº 9.430, de 1996, e o art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997.*

*Parágrafo único. O saldo do imposto de renda pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda devido no Brasil, poderá ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros oriundos do exterior, até o limite acrescido em decorrência dessa adição.'*

*13. As disposições contidas nos arts. 25 e 26 da Lei nº 9.249, de 1995, e alterações posteriores determinam o tratamento fiscal de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos a partir de 1º de janeiro de 1996 e, conseqüentemente, revogaram a legislação anterior referente à matéria.*

*14. 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.*

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

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

### **Do dispositivo em questão como norma CFC**

Iniciando a análise de mérito, é importante que se verifique a natureza e o propósito da regra veiculada pelo art. 74 da Medida Provisória nº 2.158, de 2001.

Considero ser inegável que a referida regra tem a natureza de uma norma CFC (Controlled Foreign Company Rule), ou seja, uma daquelas regras que busca alcançar as entidades que ofereçam riscos de erosão da base tributária e transferência artificial de lucros.

O Professor Sérgio André Rocha, um dos mais dedicados estudiosos do tema, ao abordar a questão da natureza da regra veiculada pelo dispositivo legal em questão (**São as**



**Regras Brasileiras de Tributação de Lucros Auferidos no Exterior "Regras CFC"? Análise a Partir do Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS**, in: Estudos de Direito Tributário Internacional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 64-67), reconhece tratar-se de uma regra CFC, cujo objetivo não seria antielusivo, mas de eliminação do diferimento da tributação:

*"Analisando-se a passagem de Alberto Xavier antes transcrita (nota 1), é possível inferir que, em sua opinião, o núcleo do tipo 'Regras CFC' reuniria as seguintes características essenciais:*

- *Tributação automática dos lucros da investida no país de localização da investidora.*
- *Controle societário da investidora sobre a investida.*
- *Finalidade antielusiva da norma, que buscaria inibir planejamentos fiscais agressivos praticados pelos contribuintes.*

*Partindo dessas características, que segundo esta abalizada doutrina seriam essenciais para a qualificação de um conjunto de regras como 'CFC', a sistemática brasileira de Tributação em Bases Universais não poderia ser caracterizada como 'Regras CFC'.*

*Esta posição é amplamente aceita na literatura jurídica nacional. Nada obstante, ousamos divergir desta interpretação.*

*Com efeito, a posição acima parece se fundamentar nos sistemas de transparência fiscal que prevalecem nos países membros da OCDE, especialmente nos países europeus, para determinar o núcleo do tipo 'regras CFC'. Assim sendo, como nesses países as 'regras CFC' normalmente têm as características acima, passou-se a apontar que as regras brasileiras não seriam 'regras CFC', por tributarem lucros auferidos por controladas no exterior de forma indiscriminada, mesmo quando decorrentes de atividades econômicas desenvolvidas em países de alta tributação.*

*Contudo, a utilização dos modelos europeus como paradigma do núcleo do tipo 'regras CFC' tem um vício de partida. De fato, os sistemas europeus de transparência fiscal são limitados pelos direitos fundamentais comunitários. Assim, apenas e tão somente nos casos em que presente o abuso, materializado a artificialidade da estrutura implementada pelo contribuinte, será legítima uma 'regra CFC' de um país membro da União Europeia.*

*Dessa maneira, talvez o caráter antielusivo das regras CFC não seja um traço essencial-geral, mas acidental, de modo que seria perfeitamente possível a existência de 'regras CFC' onde o dito caráter antielusivo não esteja presente.*

*Parece-nos, portanto, que o núcleo do tipo jurídico 'regras CFC' encerra apenas as seguintes características:*

- *Tributação automática dos lucros da investida no país de localização da investidora.*

- *Controle societário da investidora sobre a investida.*

*Esta análise parecer ser corroborada pelos comentários de Daniel Sandler, quando este afirma que 'regras CFC' podem buscar diferentes objetivos. De um lado, podem elas perseguir a eliminação integral de todo o diferimento da tributação de lucros auferidos por controladas no exterior - como é o caso do regime brasileiro - ou ter foco no controle de operações que reflitam planejamento abusivos. Segundo o autor, a maioria dos regimes enquadram-se nesta segunda categoria. Contudo, tal fato não implica na descaracterização de regras que se enquadrem no primeiro grupo como 'regras CFC'.*

*Nessa linha de ideias, as regras brasileiras de Tributação em Bases Universais seriam 'regras CFC', não se lhes podendo negar tal caracterização."*

De fato, o propósito explícito da norma brasileira visa não à dupla tributação do lucro auferido pela Controlada sediada no exterior (como acusam os seus detratores), mas exatamente evitar que a pessoa jurídica sediada no Brasil, reduza a sua base tributável, por meio do investimento em países sem nenhuma tributação ou com tributação reduzida, ou ainda, por meio do diferimento indeterminado da submissão dos lucros auferidos por meio da Controlada.

É que, quando uma Companhia nacional decide investir no exterior, inegavelmente, ela reduz a base tributável disponível para tributação no Brasil. E tal base permanecerá reduzida até que o lucro apurado na Companhia Investida no Exterior seja distribuído e remetido ao Brasil ou, indefinidamente, caso tal distribuição e/ou remessa nunca aconteça.

Deste modo, uma vez que a decisão sobre distribuir ou não os lucros auferidos na Investida pertencem totalmente à Controladora sediada no Brasil, a regra trazida pelo referido art. 74, para fins de aplicação da tributação em bases universais, faz com que o lucro apurado no exterior seja considerado distribuído tão logo seja apurado no balanço da Investida.

### **Da harmonia da regra com o conceito de renda**

Ao contrário do aventado pelo Relato, a tributação na forma prevista no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, conforme destacado no voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588/DF (parcialmente transcrito pelo Relator), é perfeitamente compatível com o conceito de renda:

*"No julgamento do RE nº 172.058-1/SC (Min. Marco Aurélio, DJ 13.10.95), onde se apreciou questão relativa à incidência do imposto de renda sobre o lucro líquido distribuído aos sócios nos termos do art. 35 da Lei nº 7.713/88, o Plenário desta Corte, abalizado pela opinião de diversos doutrinadores, sedimentou o entendimento de que a aquisição da disponibilidade econômica de renda consiste na percepção efetiva, pelo contribuinte, do rendimento em dinheiro (receita realizada), ao passo que a disponibilidade jurídica consiste no direito de o contribuinte receber um crédito, mediante a existência de um título hábil para*

*recebê-lo. Em sua excelente monografia sobre o tema a Dra. Gisele Lemke esclarece que 'a regra-matriz de incidência do IR não é a aquisição de renda ou proventos de qualquer natureza, mas a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza' (p. 96).*

*4.2 - No caso das empresas controladoras situadas no Brasil, em relação aos lucros auferidos pelas empresas controladas localizadas no exterior, tem-se verdadeira hipótese de aquisição da disponibilidade jurídica desses lucros no momento da sua apuração no balanço realizado pela controladora. O art. 243 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997), no seu parágrafo 2º, define empresa controlada como sendo aquela em relação à qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. A disponibilidade dos lucros auferidos pela empresa controlada, assim, depende única e exclusivamente da empresa controladora, que detém o poder decisório sobre o destino desses lucros, ainda que não remetidos efetivamente, concretamente pela empresa controlada, situada no exterior, para a controladora localizada no Brasil. Em consequência, a apuração de tais lucros caracteriza aquisição de disponibilidade jurídica apta a dar nascimento ao fato gerador do imposto de renda, não havendo nenhum descompasso entre o disposto no art. 74, caput da medida provisória em questão com o contido no caput e no parágrafo 2º do art. 43 do Código Tributário Nacional (acrescentado pela Lei Complementar nº 104/2001) e tampouco com os arts. 146, inciso III, alínea a e 153, inciso III da Constituição Federal."*

Tal medida, igualmente, de forma alguma, implica em dupla tributação, posto que: caso o país da Investida tribute os referidos lucros a uma alíquota inferior, será possível a compensação dos impostos pagos, em um ou outro país (o que se dá por meio dos tratados para evitar a dupla tributação internacional); caso o país da investida não tribute os lucros, a única tributação sofrida será exatamente aquela imposta pelo Brasil.

Tal metodologia atende plenamente ao propósito de evitar a Erosão da Base Tributável por meio da movimentação do capital (Base Erosion and Profit Shifting), uma das grandes preocupações das autoridades tributárias e econômicas internacionais, o que originou o plano BEPS da OCDE e G20, cuja Ação 3 se destina exatamente ao estudo e formulação das regras CFC.

O dispositivo está em plena consonância, também, com o Relatório Final da referida Ação 3, intitulado "Designing Effective Controlled Foreign Company Rules", destinado a estabelecer recomendações aos Estados na formulação de regras CFC efetivas.

### **Da harmonia da regra com os tratados para evitar a dupla tributação**

Ademais, nenhuma antinomia há entre a citada regra e os tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação.

O objetivo a ser combatido pelos tais acordos e convenções é evitar a dupla tributação jurídica internacional, assim definida no capítulo introdutório dos “Comentários da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

*“1. A dupla tributação jurídica internacional pode ser geralmente definida como a incidência de impostos comparáveis em dois (ou mais) Estados, sobre o mesmo contribuinte, em relação ao mesmo objeto durante períodos idênticos. Seus efeitos prejudiciais sobre a troca de bens e serviços e a movimentação de capital, tecnologia e pessoas são tão bem conhecidos que raramente se faz necessário dar ênfase à importância da remoção dos obstáculos apresentados pela dupla tributação ao desenvolvimento de relações econômicas entre países.*

*2. Há muito, os países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico reconhecem a conveniência de esclarecer, padronizar e confirmar a situação fiscal de contribuintes que exerçam atividades comerciais, industriais, financeiras, ou de qualquer outro tipo, em outros países por meio da aplicação por todos os países de soluções comuns para casos idênticos de dupla tributação.*

*3. Este é o principal propósito do Modelo de Convenção Tributária sobre Rendimento e o Capital da OCDE, que proporciona meios para solucionar de maneira uniforme os problemas mais comuns que surgem na área de dupla tributação jurídica internacional. Conforme recomendação do Conselho da OCDE, os países membros ao concluir ou revisar convenções bilaterais, deverão observar esta Convenção Modelo, segundo a interpretação apresentada nos Comentários e levar em consideração as ressalvas ali contidas, devendo suas autoridades tributárias seguir os Comentários, conforme de tempos em tempos modificados, e segundo suas observações ali contidas, quando da aplicação e interpretação das disposições de suas convenções tributárias bilaterais baseadas na Convenção Modelo”*

Os mesmos Comentários (conforme o parágrafo 23 do comentário ao Artigo 1) deixam cristalina a possibilidade de legislação interna dos países disporem sobre a tributação de resultados sobre sociedades controladas no exterior, e da ausência de incompatibilidade entre tais disposições e a Convenção:

*“23. A utilização de sociedades-base também pode ser tratada por meio de disposições que tratem de sociedades controladas no exterior. Um número significativo de países membros e não-membros atualmente adota essa legislação. Embora o objetivo desse tipo de legislação varie consideravelmente entre os países, uma característica comum dessas normas, agora internacionalmente reconhecidas como instrumento legítimo de proteção da base tributária interna, é que resultam na tributação, pelo Estado Contratante, do rendimento atribuído à participação de seus residentes em certas entidades estrangeiras. Argumenta-se, por vezes, com base em certa interpretação de disposições da Convenção, como o parágrafo 1 do Artigo 7 e o*

*parágrafo 5 do Artigo 10, que essa característica comum da legislação de controladas estrangeiras entraria em conflito com essas disposições. Pelas razões expostas no parágrafo 14 do Comentário ao Artigo 7 e 37 do Comentário ao Artigo 10, essa interpretação não está de acordo com a redação das disposições. Também não se sustenta quando as disposições são interpretadas em seu contexto. Assim, embora alguns países entendam ser útil esclarecer expressamente, em suas convenções, que a legislação das controladas estrangeiras não entra em conflito com a Convenção, esse esclarecimento não se faz necessário. Admite-se que a legislação de controladas estrangeiras estruturada dessa maneira não é contrária às disposições da Convenção.”*

Semelhante disposição se encontra no comentário ao art. 7, exatamente aquele invocado pelos contribuintes para se eximirem da tributação na forma do art. 74 da MP 2.158-35, de 2001, sendo relevantíssimo para o caso sob apreço:

*“14. O propósito do parágrafo 1 é limitar o direito de um Estado Contratante de tributar os lucros das empresas do outro Estado Contratante. O parágrafo não limita o direito de um estado Contratante de tributar seus próprios residentes segundo as disposições referentes a empresas estrangeiras controladas contidas em sua legislação interna, embora o imposto incidente sobre esses residentes possa ser calculado por referência à parcela dos lucros de empresa residente no outro estado Contratante atribuída à participação desses residentes na empresa. O imposto exigido dessa forma por um Estado de seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado e não se poderá dizer que está sendo exigido sobre tais lucros (vide também o parágrafo 23 do Comentário ao Artigo 1 e os parágrafos 37 a 39 do Comentário ao Artigo 10).” (Destacou-se)*

O tratado Brasil-Países Baixos segue, quanto à redação do art. 7º, o modelo da OCDE e, portanto, a sua interpretação deve levar em consideração os comentários acima transcritos.

#### *"ARTIGO 7*

##### *Lucros das Empresas*

*1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante somente podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça ou tenha exercido sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exerce ou tiver exercido sua atividade na forma indicada, seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas somente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.”*

O referido dispositivo, portanto, não trata da forma de tributação estabelecida pelo Art. 74, da MP 2.158-35, de 2001, pois não estamos tratando da tributação, segundo o critério da fonte, dos lucros da empresa no exterior, nem da tributação do lucro de estabelecimentos permanentes da empresa estrangeira situados no Brasil.

Tal entendimento tem prevalecido no âmbito do CARF e da CSRF, sendo estabelecido que a tributação do art. 74 não incide sobre o lucro produzido pela empresa estrangeira, até porque a legislação pátria não pode alcançar esta última sem que algum critério de conexão se estabeleça. O que se faz, por meio do referido dispositivo, é tributar a empresa nacional, consoante o critério da residência, tomando como base de cálculo a proporção que lhe cabe, com base nos lucros apurados pela empresa no exterior.

Para ilustrar tal posicionamento, valho-me do voto proferido pelo Conselheiro André Mendes de Moura, no Acórdão nº 9101-003.088, de 13 de setembro de 2017:

*"O aspecto material da norma trata dos lucros auferidos no exterior, por intermédio das controladas ou coligadas, em quantum proporcional à participação da controladora do Brasil sobre o investimento.*

*Para operacionalizar a apuração dos lucros auferidos de controladas/coligadas (investidas) no Brasil, quanto no exterior, tomou-se como base os resultados na contabilidade da investidora refletidos por meio do Método de Equivalência Patrimonial.*

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

*Situação diferente ocorre quando o investimento tem sede no exterior.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Como se pode observar, não se pode falar em bitributação. A neutralidade da tributação entre investida e investidora é operacionalizada por meio de outro mecanismo, mediante compensação do que a investida já recolheu aos cofres no exterior, e supera-se a questão do diferimento de tributação por tempo indeterminado. A tributação só se consuma se as alíquotas no exterior foram inferiores às praticadas no Brasil. Inclusive, é precisamente a situação tratada no caso concreto. Registre-se que a autoridade autuante deduziu do lançamento fiscal, com correção, os valores pagos pela Contribuinte a título de imposto de renda na Luxemburgo.*

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

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

Observe-se que, quando se pretendeu afastar a tributação na forma determinada pelo art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, os tratados incluíram cláusula específica para evitar a tributação dos lucros enquanto não distribuídos (v.g., o art 23, item 5, da Convenção firmada com o Reino da Dinamarca, Decreto nº 75.106, de 20 de dezembro de

1974, e da Convenção firmada com a República Federativa Tcheca e Eslovaca, Decreto nº 43, de 25 de fevereiro de 1991):

*"Os lucros não distribuídos de uma sociedade anônima de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de outro Estado Contratante não são tributáveis no último Estado."*

Na ausência de semelhante restrição, é plenamente compatível a tributação sob análise com a existência de tratados para evitar a dupla tributação, na forma do firmado com o Reino dos Países Baixos.

### **Da validade da forma de apuração do lucro da Controladora**

O Relator ataca, ainda, a utilização das regras do Método de Equivalência Patrimonial (MEP), para se chegar à renda a ser tributada na Controladora, a partir do Lucro apurado na Controlada.

A questão foi objeto de análise na, já referida, Solução de Consulta Interna Cosit nº 18, de 2013, que afasta, inclusive, a possibilidade de *bis in idem*, aventada pelo Relator:

*"15. Conforme a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, os investimentos em coligadas e controladas devem ser avaliados pelo Método da Equivalência Patrimonial (MEP). O MEP consiste em atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da sociedade investidora no patrimônio líquido da sociedade investida e no reconhecimento dos seus efeitos na demonstração do resultado do exercício. Portanto, o valor do investimento é determinado mediante a aplicação da porcentagem de participação no capital social, sobre o patrimônio líquido de cada sociedade coligada ou controlada.*

*16. Ao registrar contabilmente o resultado da equivalência patrimonial, a investidora reconhece a parcela dos lucros de suas coligadas e controladas. Sendo assim, verifica-se o acréscimo patrimonial correspondente a sua participação no lucro total das investidas.*

*17. Ressalte-se que o art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001, se aplica a investimentos avaliados pelo MEP, pois só se pode falar de disponibilidade econômica e acréscimo patrimonial, decorrente de lucro apurado na investida, mas ainda não pago ao investidor, se esse investimento for avaliado pela equivalência patrimonial já que no caso de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, só há disponibilidade econômica após o recebimento de lucros ou dividendos pela investidora.*

*18. Nesta mesma linha, o Ministro Dias Toffoli se manifestou no Recurso Extraordinário nº 541.090 SC, nos seguintes termos:*



*“Essa avaliação dos investimentos relevantes se dá pelo chamado Método de Equivalência Patrimonial (MEP), por força do art. 248 da Lei das Sociedades Anônimas. Para fins societários, a partir do MEP, o lucro auferido pela coligada/controlada estrangeira é automaticamente registrado no balanço societário da coligada/controlada brasileira. A eventual distribuição desses lucros é irrelevante para se verificar o real crescimento do lucro líquido da brasileira, considerado o regime de competência”.*

*“Dessa forma, inegável que o acréscimo patrimonial obtido a partir do ajuste do valor do investimento permanente é renda da empresa brasileira, tanto assim que pode ser verificado a partir do método da equivalência patrimonial positiva, com consequências comerciais no balanço da empresa brasileira...”*

*“Observe-se, ademais, que, por expressa disposição do art. 197 da Lei das Sociedades Anônimas, há a possibilidade de distribuição de dividendos aos acionistas de receita advinda da equivalência patrimonial positiva, ainda que não tenha havido a disponibilidade financeira.*

*É evidente que só estão sujeitos à tributação no momento do registro contábil os lucros relevantes apurados pelo método da equivalência patrimonial, tendo em vista que a empresa no exterior possui outros investimentos sujeitos à avaliação, pelo denominado método de custo, os quais estão sujeitos ao regime de caixa...”*

*18.1. Também transcreveu o voto do Ministro Cezar Peluso no mesmo sentido:*

*“6.3. Em resumo, as variações dos investimentos sujeitos à equivalência patrimonial repercutem no resultado (lucro ou prejuízo) da controladora/coligada já no exercício em que apuradas no exterior, ao passo que, nos investimentos sujeitos à avaliação e reajuste pelo regime de custo, a repercussão somente se dá por ocasião do recebimento da distribuição do lucro ou dividendo.*

*(...)*

*No caso, tem-se a mesma sistemática. Em relação aos investimentos sujeitos à avaliação pelo método de custo, o lucro produzido pela empresa no exterior é virtual em relação à empresa nacional até o momento em que seja efetivamente pago ou creditado, pois submisso ao regime de caixa. Enquanto aos investimentos sujeitos ao método de avaliação pela equivalência patrimonial, o lucro revelado no exterior repercute no resultado da empresa brasileira no mesmo exercício em que se produziu, independentemente de pagamento ou crédito, pois vinculados ao regime de competência.*

---

*No momento em que forem distribuídos os lucros relativos aos investimentos sujeitos ao método de avaliação pela equivalência patrimonial, o resultado da empresa no Brasil não será modificado, de modo que não se pode cogitar de tributação.”*

*19. Em sendo assim, a princípio, não poderia haver lançamento de IRRF por pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado. A aplicação do art. 61 está reservada para aquelas situações em que o Fisco prova a existência de um pagamento sem causa ou a beneficiário não identificado.*

*19. Os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, antes mesmo de serem efetivamente distribuídos, representam um acréscimo patrimonial para a investidora uma vez que já podem ser pagos aos seus acionistas. Isso se deve ao fato de a Lei nº 6.404, de 1976, adotar o regime de competência, de modo que, mesmo que não tenham sido financeiramente realizados, esses lucros compõem o resultado da pessoa jurídica investidora. Há, portanto, a disponibilidade econômica da renda, fato gerador do IRPJ e da CSLL.*

*20. É importante destacar que após serem financeiramente disponíveis para investidora, através do pagamento de dividendos, os lucros das investidas não comporão novamente o lucro da investidora, pois será feito um lançamento contábil, meramente permutativo, a crédito da conta investimentos e a débito de conta classificada no disponível, sem transitar, assim, pelo resultado contábil ou fiscal da investidora.*

### **Conclusão**

Voluntário. Por todo o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso

*(assinado digitalmente)*

Paulo Henrique Silva Figueiredo