



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



<b>PROCESSO</b>	<b>17459.720019/2022-12</b>
<b>ACÓRDÃO</b>	1401-007.296 – 1ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
<b>SESSÃO DE</b>	9 de outubro de 2024
<b>RECURSO</b>	VOLUNTÁRIO
<b>RECORRENTE</b>	SEARA ALIMENTOS LTDA.
<b>INTERESSADO</b>	FAZENDA NACIONAL

**Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ**

Ano-calendário: 2018

ART. 74 DA MP Nº 2.158-35, DE 2001. TRATADO BRASIL-JAPÃO, BRASIL-CHINA, BRASIL-ÁFRICA DO SUL E BRASIL-PAÍSES BAIXOS (HOLANDA) PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO DE RENDA. MATERIALIDADES DISTINTAS.

Não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas nas Convenções firmadas entre o Brasil e a China, Japão, África do Sul e Países Baixos (Holanda), para evitar bitributação de renda. Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário.

RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO.

**Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL**

Ano-calendário: 2018

TRIBUTAÇÃO REFLEXA.

Aplica-se ao auto de infração reflexo a decisão adotada no julgamento do auto de infração matriz, em razão da coincidência de elementos de convicção presentes em ambos os lançamentos (matriz e reflexo).

RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, afastar as arguições de nulidade do acórdão recorrido para, no mérito, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Daniel Ribeiro Silva, Gustavo de Oliveira Machado e Andressa Paula Senna Lísias. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves.

Sala de Sessões, em 9 de outubro de 2024.

*Assinado Digitalmente*

**Andressa Paula Senna Lísias** – Relatora

*Assinado Digitalmente*

**Luiz Augusto de Souza Goncalves** – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Conselheiros Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, Gustavo de Oliveira Machado (substituto integral), Andressa Paula Senna Lisias, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente).

## RELATÓRIO

Trata-se de Autos de Infração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, relativos ao ano-calendário de 2018, resultando no valor total de R\$ 325.017.533,36, tendo em vista a identificação de supostas infrações relativas a adições não computadas na apuração do lucro real e da base de cálculo da CSLL. Neste caso, houve a imposição de multa de 75%.

A Fiscalização entendeu que o contribuinte deveria ter adicionado os resultados de investidas situadas no Japão, Países Baixos (Holanda), África do Sul e República Popular da China na base de cálculo do IRPJ e CSLL, vez que não seriam aplicáveis os Tratados para Evitar a Dupla Tributação firmados entre o Brasil e esses países:

**ATIVIDADES EXERCIDAS NO EXTERIOR POR PESSOA JURÍDICA DOMICILIADA NO PAÍS**  
**INFRAÇÃO: LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR**

Lucros auferidos no exterior, não computados no Lucro Real, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo, parte integrante e indissociável deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2018	325.017.533,38	75,00

**ENQUADRAMENTO LEGAL**

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2018 e 31/12/2018:

Arts. 25, 26 e 27 da Lei 9.249/1995

art. 3º da Lei nº 9.249/95.

Arts. 76 a 80, 87, 89 da Lei 12.973/2014

Arts. 258, 259, 260, inciso II, 265, 446, §§ 2º ao 4º, 6º ao 10º e 12º, 448, §§ 1º e 2º

Em relação à CSLL, o fundamento é o mesmo:

**FALTA/INSUFICIÊNCIA DE ADIÇÕES À BASE DE CÁLCULO AJUSTADA DA CSLL**  
**INFRAÇÃO: LUCROS, RENDIMENTOS E GANHOS DE CAPITAL AUFERIDOS NO EXTERIOR**

O contribuinte não adicionou à base de cálculo ajustada da CSLL lucros e/ou rendimentos e/ou ganhos de capital auferidos no exterior, conforme Termo de Verificação Fiscal em anexo, parte integrante e indissociável deste Auto de Infração.

Fato Gerador	Valor Apurado (R\$)	Multa (%)
31/12/2018	325.017.533,38	75,00

**ENQUADRAMENTO LEGAL**

Fatos geradores ocorridos entre 01/01/2018 e 31/12/2018:

Arts. 25, 26 e 27 da Lei 9.249/1995

Art. 2º da Lei nº 7.689/88 com as alterações introduzidas pelo art. 2º da Lei nº 8.034/90

Art. 3º da Lei nº 7.689/88, com redação dada pelo art. 17 da Lei nº 11.727/08

Art. 28 da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49 da Lei nº 12.715/12.

Arts. 76 a 80, 87 e 89 da Lei 12.973/2014

É importante observar que os lançamentos não resultam em cobrança de tributos, havendo apenas a redução do prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da CSLL do contribuinte (fls. 284 e 297):

### 3- CONCLUSÃO

Pelo exposto, em face da infração apontada neste Termo referente à falta de adição dos lucros no exterior na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, referente ao ano-calendário de 2018, efetuam-se os lançamentos de ofício por meio dos Autos de Infração (Processo nº 17459.720019/2022-12), relativos à redução do Prejuízo Fiscal e da Base de Cálculo Negativa da CSLL declarados pela Fiscalizada, conforme demonstrados a seguir:

<b>IRPJ</b>	<b>2018</b>
Prejuízo Fiscal Declarado	R\$ 2.154.028.134,11
Adições não computadas	R\$ 325.017.533,38
<b>Prejuízo Fiscal Apurado</b>	<b>R\$ 1.829.010.600,73</b>

<b>CSLL</b>	<b>2018</b>
Base Declarada	R\$ 2.162.252.944,65
Adições não computadas	R\$ 325.017.533,38
<b>Base CSLL Apurada</b>	<b>R\$ 1.837.235.411,27</b>

O presente procedimento verificou, por amostragem, o cumprimento das obrigações tributárias, resultando na lavratura dos documentos de lançamento dos processos abaixo especificados, nos quais constam o detalhamento do crédito tributário lançado de ofício, a intimação ao sujeito passivo para cumprir a exigência, a descrição dos fatos e enquadramento legal das irregularidades observadas:

<b>Processo</b>	<b>Documento de Lançamento</b>	<b>Valor</b>
17459-720.019/2022-12	IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA JURÍDICA	R\$ 0,00
17459-720.019/2022-12	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO	R\$ 0,00
Total		R\$ 0,00

Além disso, conforme TVF, determinou-se que o sujeito passivo fosse intimado a efetuar as retificações nos Livros de Apuração do Lucro Real (e-Lalur) e nos Livros de Apuração da Base de Cálculo da CSLL (e-Lacs) dos anos posteriores (fls. 285 do processo):

Intima-se a Fiscalizada a efetuar o ajuste da base de cálculo do Imposto de Renda e da base de cálculo da CSLL, bem como no Livro de Apuração do Lucro Real - E-Lalur e no Livro de Apuração da CSLL - E-Lacs nos anos-calendário posteriores.

As adições que deveriam ter sido efetuadas decorrem dos lucros das seguintes controladas localizadas no exterior e que foram listadas pelo TVF (fls. 271 dos autos):

SUBSIDIÁRIA NO EXTERIOR	PAÍS	REGISTROS ECF - REAIS (R\$)				REFERÊNCIA COMENTÁRIOS CONCILIAÇÃO
		M300 - M350	X351			
		ADIÇÃO LUCROS NO EXTERIOR	RESULTADO DO PERÍODO	PREJUÍZO UTILIZADO NO PERÍODO	RESULTADO A TRIBUTAR	
Seara Holding (Europe) B.V.	Países Baixos (Holanda)	0,00	5.557.109,29	0,00	0,00	(A)
Seara Food Europe Holding B.V.	Países Baixos (Holanda)	0,00	1.818.508,62	0,00	0,00	(A)
Seara Meats B.V.	Países Baixos (Holanda)	0,00	316.726.258,42	0,00	0,00	(A)
Seara Japan Limited	Japão	0,00	380.377,20	0,00	0,00	(A)
Seara Africa PTY Limited	África do Sul	0,00	13.872,32	0,00	0,00	(A)
JBS Food Trading (Shanghai) Limited	China	0,00	521.407,53	0,00	0,00	(A)

Os 4 países em que se situam as controladas são, portanto, **Holanda, Japão, África do Sul e China.**

A seguir, destacamos os fatos e acusação tratados no presente caso concreto, conforme o TVF (fls. 271 a 284):

“Constata-se que a Fiscalizada deixou de adicionar ao Lucro Real e à Base Cálculo da CSLL, em 2018, o valor de R\$ 325.017.533,38, a título de Lucros obtidos no exterior, sob o argumento da existência de decretos para evitar a dupla tributação firmados entre o Brasil e os países mencionados no demonstrativo. Os Decretos sob os quais a Fiscalizada se ampara para não tributar os lucros obtidos no exterior pelas suas controladas, que foram inspirados no “Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Capital” da OCDE, especialmente o parágrafo 1º do artigo 7 do Modelo, são os seguintes: (...)

Numa leitura equivocada dos decretos apontados, a Fiscalizada entende que os lucros de empresas residentes em outros países, controladas por uma empresa brasileira, somente poderiam ser tributados por aqueles países, o que tornaria inaplicável a legislação pátria sobre lucros no exterior quando da existência de tratados celebrados entre o Brasil e os respectivos países. Por essa razão deixou de adicioná-los no E-Lalur e no E-Lacs para cálculo do Lucro Real e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

No entanto, equivoca-se a Fiscalizada ao proceder dessa maneira, pois não são os lucros da sociedade investida no exterior que são tributados pela controladora no

Brasil, e sim os lucros auferidos por ela própria (controladora no Brasil), disponibilizados por suas controladas, ainda que seja utilizada a mesma base de cálculo da investida no exterior.

Importa mencionar o entendimento expresso na Solução de Consulta Interna da Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil nº 18 - Cosit, de 08.08.2013, por meio da qual pacificou-se o entendimento de que a legislação brasileira de tributação de lucros no exterior trata da possibilidade do País tributar o resultado da empresa domiciliada no Brasil, obtido pela sua participação nas sociedades domiciliadas no exterior, isto é, a materialidade tributada consiste nos lucros que as empresas brasileiras auferem no exterior, por meio de suas investidas (controladas diretas ou indiretas e/ou coligadas), na proporção de suas participações societárias.

Em que pese a citada Solução de Consulta Interna ter sido emitida sob a égide da Medida Provisória nº 2.158-35/01, em que há plena compatibilidade da aplicação do seu então vigente artigo 74 com o disposto nos acordos celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, é de se concluir que os argumentos então empregados na referida Solução de Consulta são válidos, mutatis mutandis, para igualmente justificar a compatibilidade da nova legislação de TBU, instituída pela Lei nº 12.973/2.014, com os mencionados acordos.

(...)

Conclui-se, destarte, que não há dúvida quanto a compatibilidade da legislação vigente de TBU, instituída pela Lei 12.973/2.014, com os Tratados Internacionais celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação. O artigo nº 77 da Lei nº 12.973/2014 estabelece que a parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior referente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do Lucro Real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil. (...)

Por sua vez, o artigo nº 79 da citada lei determina que os lucros das empresas controladas, direta ou indiretas, domiciliadas no exterior serão computados no cálculo do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado em 31 de dezembro do ano- calendário em que tiverem sido apurados, isto é, pelo regime de competência. (...)

Em síntese, não é o lucro da sociedade investida (no exterior) que é tributado no Estado de residência da investidora (Brasil), mas o lucro auferido pela própria investidora, em que pese na apuração da base de cálculo tributável seja utilizado como referência o valor do lucro auferido pela sociedade sediada no outro Estado (no exterior). Ademais, 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.”

Tendo tomado ciência dos lançamentos lavrados, a contribuinte apresentou Impugnação (fls. 306/329). Para fins de economia processual, adoto parte do Relatório do acórdão da DRJ que bem resumiu os fundamentos de defesa no sentido da aplicação dos tratados internacionais para evitar a bitributação:

"Conforme esclarecido acima, discute-se a adição de lucros auferidos por controladas indiretas e apenas uma única direta - Seara Holding (Europe) B.V. -, situadas em países com os quais a República Federativa do Brasil mantém Acordo para evitar a Bitributação, na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

De fato, as investidas Seara Holding (Europe) B.V., Seara Food Europe Holding B.V. e Seara Meats B.V. estão situadas nos Países Baixos (Holanda), conforme incontroverso nos autos.

Já, a investida Seara Japan Ltd. está situada no Japão, ao passo que a Seara Africa Pty Ltd. se encontra na África do Sul e a JBS Food Trading Shangai Ltd. se encontra na República Popular da China, conforme também incontroverso.

Com relação aos Países Baixos, o artigo 7 da 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, veiculada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 355/91, prescreve o seguinte:

(...)

Por sua vez, com relação à Convenção para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre rendimentos firmada entre a República Federativa do Brasil e o Japão, veiculada pelo Decreto n. 61.899/67, o conteúdo dos artigos é semelhante, dispondo, respectivamente, o seguinte:

(...)

Ademais, a Convenção entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da África do Sul para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Relação aos Impostos sobre a Renda, veiculada pelo Decreto n. 5.922/06, determina, em seu artigo 7, o seguinte:

(...)

Ademais, o artigo 7 do Acordo Destinado a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China, celebrado em Pequim, em 5.8.1991, veiculado pelo Decreto no 762/1993, prevê o seguinte:

(...)

Por sua vez, no artigo 10 do mesmo Tratado, restou definido o seguinte:

(...)

Da conjugação dos artigos acima citados, pode-se concluir o seguinte:

- a) Os lucros auferidos por pessoa jurídica situada nos Países Baixos, no Japão, na África do Sul ou na República Popular da China que não possui estabelecimento permanente no Brasil é tributada, apenas, nos referidos países;
- b) Os dividendos são tributados no Brasil quando pagos para a empresa brasileira.

Desse modo, a partir da interpretação coordenada dos dois dispositivos, infere-se que os lucros das pessoas situadas nos Países Baixos, na África do Sul, na República Popular da China, ou no Japão, e sem estabelecimento permanente na República Federativa do Brasil, apenas podem ser tributados, no Brasil, no momento em que houver pagamento de dividendos à controladora brasileira.

Nesse sentido, em que pese o artigo 77, da Lei n. 12.973/14, determine a tributação do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, e muito embora o artigo 79 da mesma lei regule a tributação de lucros do exterior em caso de não consolidação, tais dispositivos não podem ser aplicados para alcançar lucros auferidos no exterior de pessoas jurídicas situadas em países com os quais o Brasil mantenha Convenção para evitar a bitributação, haja vista a vedação em norma especial de tratado que impede a incidência de tributos. Isso porque há um caráter de especialidade que outorga aos Tratados uma preferência de aplicação ante à norma de direito interno.

De fato, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o chamado “Tratado contrato”, isto é, firmado de modo bilateral, prevalece frente à legislação interna por ter caráter de norma especial:

(...)

É essa a previsão, aliás, do artigo 98 do Código Tributário Nacional que prescreve o seguinte:

(...)

Daí por que, havendo Tratado bilateral que proíba a tributação de lucros de pessoas jurídicas estabelecidas no país, como demonstrado acima, a norma especial do Tratado prevalece sobre a legislação interna, proibindo-se a tributação.

O TVF busca superar as linhas interpretativas acima apontadas, alegando “não é o lucro da sociedade investida (no exterior) que é tributado no Estado de residência da investidora(Brasil), mas o lucro auferido pela própria investidora”, como faz o

TVF à fl. 284. Para embasar tal conclusão, invoca a Solução COSIT n. 18/13 e 400/17 que compartilham de tal entendimento. O raciocínio, contudo, não se sustenta.

Ora, o eventual impacto no resultado que a investidora brasileira experimenta em razão dos lucros auferidos no exterior por suas controladas é medido, no país, pelo Método de Equivalência Patrimonial - MEP.

De fato, como se sabe, o artigo 248 da Lei n. 6.404/76 determina que os investimentos em coligadas e controladas devem ser avaliados pelo MEP que consiste em atualizar o valor contábil do investimento ao valor equivalente à participação societária da investidora no patrimônio líquido da sociedade investida e dos seus efeitos na demonstração do resultado do exercício. A redação de tal dispositivo é a seguinte:

(...)

Justamente em razão de tal aspecto, o Fisco buscou argumentar, ainda sob a vigência do artigo 74 da MP 2.158-35/01, na Solução de Consulta Interna n. 18-2013, que “ao registrar contabilmente o resultado da equivalência patrimonial, a investidora conhece a parcela dos lucros de suas coligadas ou controladas”.

Agora, a tributação da contrapartida do método de equivalência patrimonial, se estivesse em vigor, atualmente, seria totalmente controversa – tanto que na ADI 2.588 apenas se pacificou a constitucionalidade do IRPJ e CSLL de lucros oriundos do exterior para controladas situadas em paraísos fiscais – haja vista que, a rigor, a tributação incidiria sobre uma valorização de investimentos que, conquanto apresente impactos contábeis, não revela aquilo que se designa de “realização da renda”. Na ADI 2588, o Ministro Joaquim Barbosa esclarece tal aspecto com muita propriedade:

(...)

Ocorre que, independente da discussão, acima indicada, a legislação brasileira não adotou a sistemática de tributação automática do resultado de equivalência patrimonial – que seria a única possibilidade de se cogitar a tese do Fisco de tributação do lucro auferido no Brasil - mas sim a de adição dos resultados oriundos no exterior na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Isso pode ser comprovado por uma análise da Lei n. 12.973/14 e da legislação infralegal.

Observe-se, nesse contexto, que a redação dada pelo artigo 23 do Decreto-lei n. 1.598/77 pela Lei n. 12.973/14, expressamente afasta a tributação, no país, do resultado contábil decorrente do método de equivalência patrimonial de resultados do exterior. Veja-se:

(...)

Assim, a contrapartida do método de equivalência patrimonial, que seria o eventual efeito contábil direto da percepção de lucros de controladas do exterior,

é expressamente excluída para fins de apuração do lucro real, o que infirma totalmente o argumento de que o legislador pretendeu tributar o lucro brasileiro.

Ato contínuo, o caput e §1º do artigo 77 da Lei n. 12.973/14 determinam o cômputo no lucro real da parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta. Veja-se a redação do dispositivo:

(...) Note-se que se a legislação pretendesse tributar o impacto contábil dos resultados do exterior, no resultado da própria investidora, que ocorre com a contrapartida do método de equivalência patrimonial bastaria ter dito, no parágrafo único do artigo 23 do Decreto-lei n. 1.598/77, que o caput do artigo 23 não seria aplicável para o caso de resultados oriundos do exterior.

Não é, porém, o que fez o legislador: o que se determinou foi o cômputo do lucro real – ou seja, “adição” – do valor equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto de renda, mediante, portanto, a adição ao lucro líquido de tais valores. Tanto assim que o item 142 do Anexo I da IN 1700/17, que trata dos itens a serem adicionados na base de cálculo do IRPJ e da CSLL é posto o seguinte:

(...)

Isso significa que não se está tributando o resultado auferido no Brasil, mas, sim, determinando-se a adição, ao lucro líquido, do lucro auferido no exterior como se depreende, expressamente, do item 142 do Anexo I da IN 1700.17.

Não há dúvida que o objeto da tributação introduzida pela Lei n. 12.973/14 não é o lucro auferido no Brasil, mas o próprio lucro decorrente do exterior que é adicionado ao lucro líquido da Recorrente, para fins de configuração do lucro real.

Não bastasse isso, se a legislação brasileira tivesse escolhido tributar o resultado da equivalência patrimonial jamais poderia autorizar a tributação de controladas indiretas. Ora, o resultado da equivalência patrimonial exige o investimento em controladas, coligadas ou empresas do mesmo grupo como se depreende do texto do artigo 248 da Lei n. 6.404/76, acima citado. O investimento indireto apenas eventualmente - e indiretamente! - impactaria no resultado do MEP, à medida que refletisse no patrimônio líquidas das investidas diretas.

Ao escolher tributar as pessoas jurídicas de investimento direto e indireto, a legislação brasileira, indiscutivelmente, se afastou da opção de se tributar o resultado do método de equivalência patrimonial, preferindo a técnica de adicionar o lucro do exterior na base de cálculo do IRPJ e da CSLL da controladora do Brasil. Nesse sentido, ensina Sérgio André Rocha:

(...)

Nesse sentido, está claro que a tributação não alcança, propriamente, o lucro da controladora do Brasil, mas o lucro da controlada no exterior que é computado para fins de apuração do lucro real. A consequência de tal conclusão é que a eventual tributação dos lucros da investida no exterior, no Brasil, representaria patente antinomia com os Tratados acima mencionados.

Mas, ainda que assim não fosse, há outra razão muito relevante para se demonstrar a impossibilidade de se aplicar o artigo 77 e seguintes da Lei n. 12.973/14 para o caso de resultados oriundos de controladas situadas em países com os quais o Brasil mantenha tratado para evitar a bitributação.

Ocorre que, quando se observa o texto das Convenções, nota-se que o dispositivo atua para afastar a tributação do lucro como um elemento objetivo e não subjetivo. Em outras palavras, o importante não é o quem mas o quê.

De fato, nota-se que o texto, do artigo 7, do Tratado firmado com os Países Baixos, da África do Sul e da República Popular da China e artigo 5 do Tratado firmado com o Japão dizem, essencialmente, que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado e não diz que “a empresa que auferir lucro em um Estado Contratante só é tributável nesse Estado”.

Por isso, essa tentativa do Fisco de “subjetivar” a norma, transformando-a em uma desoneração que alcança a pessoa, e não a matéria, se afasta do teor do texto.

(...)

Além disso, vale repetir: o fato de que os Tratados firmados com Japão, Países Baixos, África do Sul e República Popular da China determinam que a tributação se dá com o pagamento de dividendos é totalmente incompatível com a ideia de se tributar os próprios lucros da controlada, antes de se converterem em dividendos pagos à controladora brasileira. Alberto Xavier é incisivo nesse ponto: (...)

Assim, não há dúvida que os resultados das controladas no exterior situadas em país com o qual o Brasil tenha firmado Tratado não pode ser tributado no país, por patente violação aos artigos que tratam dos lucros das empresas e pagamentos de dividendos.

Qualquer interpretação distinta iria esvaziar, de modo inaceitável, a dicção do tratado haja vista que as controladas, a rigor, sequer teriam um critério de conexão para serem sujeitos passivos do Brasil.

A Solução de Consulta 08/13 ainda busca assinalar que apenas Convenções com a da Dinamarca, República Tcheca e Eslovaca, que expressamente indicam que “5. 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” impediriam a tributação de lucros do exterior no País. Essa exegese, contudo, esvazia totalmente o sentido do artigo 7º dos outros Tratados, que proíbe a tributação dos lucros de uma pessoa jurídica situada em um Estado Contratante pelo outro Estado Contratante, conforme já demonstrado.

Aliás, a jurisprudência, no país, é bem firme que o artigo dos Tratados que tratam sobre lucros de controladas no exterior não permite a tributação de tais quantias no Brasil.

Nesse sentido, vale apontar que o Superior Tribunal de Justiça vem proibindo a tributação de resultados do exterior no Brasil quando a controlada está situada em país com o qual o Brasil possua Tratado para evitar a bitributação.

(...)”

A 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento 01 proferiu o acórdão nº 101-025.329 (fls. 403/416) abaixo ementado, julgando improcedente a impugnação da contribuinte:

“Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Ano-calendário: 2018

LUCROS NO EXTERIOR. ADT. SOLUÇÃO DE CONSULTA N. 400/17 Na Solução de Consulta n. 400/17, a qual tem efeito vinculante no âmbito da RFB por força do art. 33 da IN RFB 2058/21, foi firmado o entendimento que, seja pelo determinado na MP 2.158- 35/2001 ou na Lei 12.973/2014, levantado o balanço da controlada no exterior, os lucros por ela auferidos serão considerados disponibilizados e devem ser incluídos na base de cálculo do imposto de renda e da CSLL da controladora no Brasil, não sendo necessário o efetivo ingresso desse lucro no País, ainda que o ADT entre o Brasil e o país de domicílio da controlada disponha que os seus dividendos só podem ser aqui tributados quando efetivamente pagos à controladora no Brasil.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL.

Tratando-se da mesma situação fática e do mesmo conjunto probatório, a decisão prolatada com relação ao lançamento do IRPJ é aplicável, mutatis mutandis, ao lançamento da CSLL.

**Impugnação Improcedente**

**Crédito Tributário Mantido’**

Ciente do aludido acórdão, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (435/457), cujos argumentos serão analisados no voto a seguir. Em síntese, foram reiterados os argumentos de defesa, com exceção à alegação adicional quanto à suposta nulidade do acórdão proferido pela DRJ.

Registro ainda que não foram apresentadas Contrarrazões ao Recurso.

Afinal, vieram os autos para a apreciação desta Conselheira.

É o relatório do essencial.

## VOTO VENCIDO

Conselheira Andressa Paula Senna Lísias, Relatora.

Verifico que o presente Recurso Voluntário é tempestivo, e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Assim, conheço-o e passo a analisar suas razões.

### (i) Nulidade do acórdão da DRJ

Primeiramente, alega a Recorrente queria nula a decisão proferida pela DRJ, já que não teria analisado seu específico argumento quanto à posição manifestada pela Coordenação-Geral de Tributação na Solução de Consulta n. 4000/17. A decisão da DRJ, à vista de tal argumento, asseverou que estaria vinculada apenas às Soluções de Consulta proferidas pela Cosit:

“O TVF, para sustentar seu entendimento de que a tributação seria possível, buscou sustentar invocar a Solução de Consulta n. 400/17 que atesta que as referidas convenções. Ocorre que a ora Recorrente passou a enfrentar os pressupostos e fundamentos de tal Solução de Consulta, demonstrando que, ao contrário do que sustentado em tal ato decisório, o lucro alcançado pela tributação não é um lucro brasileiro, mas um lucro auferido no exterior.

O v. acórdão de 1ª instância, de modo expresso e consciente, esquivou-se, à fl. 416, de apreciar os fundamentos da Impugnação em tal quesito, como se infere do trecho a seguir citado:

“Assim, esquivo-me de apreciar os argumentos aduzidos pela impugnante que contestam o entendimento firmado pela Coordenação-Geral de Tributação na Solução de Consulta n. 4000/17, uma vez que este Colegiado está vinculado às soluções de consulta proferidas pela Cosit, por força do disposto no art. 33 da Instrução Normativa RFB n. 2058, de 2021.”

Porém, ao contrário do alegado pela Recorrente, não se trata de uma omissão propriamente. Na verdade, a decisão da DRJ manifestou o entendimento sobre a Solução de Consulta n. 4000/17, ao apresentar o fundamento de que não estaria vinculada a esse ato. E em

virtude da falta de eficácia vinculante (o que seria diferente se houvesse uma SC emanada pela COSIT), a primeira instância compreendeu estar livre para formar sua convicção da matéria adotando outros fundamentos de legalidade que entendeu serem determinantes e suficientes para manter o lançamento.

Nessa linha, é importante ressaltar ainda que o julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os argumentos levantados pelas partes, mas sim decidir a contento, nos limites da lide que lhe foi proposta, fundamentando o seu entendimento de acordo com o seu livre convencimento, baseado na legislação que entender aplicável ao caso concreto. Aliás essa é a posição predominante no STJ:

“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida.

Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada.” STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016.

Assim, entendo que o argumento deduzido pela Recorrente não afasta, de modo algum, a legitimidade e validade da decisão da DRJ.

Rejeito, portanto, a preliminar quanto à suposta nulidade do acórdão exarado pela DRJ.

**(ii) Tributação dos lucros das controladas diretas e indiretas situadas em países sem tributação favorecida – Japão, Países Baixos (Holanda), África do Sul e República Popular da China**

Passo, então, a analisar os lucros auferidos pelas controladas diretas e indiretas estabelecidas nos 4 países sem tributação favorecida, fora de paraísos fiscais. Os países são: **Japão, Países Baixos (Holanda), África do Sul e República Popular da China**. Os valores não adicionados ao lucro líquido são provenientes das controladas especificadas abaixo, conforme elencado no TVF (fls. 271 dos autos, p. 6 do TVF):

SUBSIDIÁRIA NO EXTERIOR	PAÍS	REGISTROS ECF - REAIS (R\$)				REFERÊNCIA COMENTÁRIOS CONCILIAÇÃO
		M300 - M350	X351			
		ADIÇÃO LUCROS NO EXTERIOR	RESULTADO DO PERÍODO	PREJUÍZO UTILIZADO NO PERÍODO	RESULTADO A TRIBUTAR	
Seara Holding (Europe) B.V.	Países Baixos (Holanda)	0,00	5.557.109,29	0,00	0,00	(A)
Seara Food Europe Holding B.V.	Países Baixos (Holanda)	0,00	1.818.508,62	0,00	0,00	(A)
Seara Meats B.V.	Países Baixos (Holanda)	0,00	316.726.258,42	0,00	0,00	(A)
Seara Japan Limited	Japão	0,00	380.377,20	0,00	0,00	(A)
Seara Africa PTY Limited	África do Sul	0,00	13.872,32	0,00	0,00	(A)
JBS Food Trading (Shanghai) Limited	China	0,00	521.407,53	0,00	0,00	(A)

São países que celebraram com o Brasil Tratados para evitar a bitributação (TDT) e que não possuem tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados segundo a lista da IN RFB 1037/2010.

Desse modo, a discussão no presente caso aborda a incompatibilidade entre a tributação na forma preconizada no art. 77 da Lei nº 12.973/2014, e os TDT firmados pelo Japão (Decreto nº 61.899/1967), pela Holanda/Países Baixos (Decreto nº 355/1991), China (Decreto nº 762/1993) e África do Sul (Decreto nº 5.922/2006) com a República Federativa do Brasil.

O v. acórdão de 1ª instância administrativa entendeu (fls. 412) que a aplicação do artigo 7º dos Tratados não impediria a tributação de lucros de investidas do exterior no Brasil:

“Outro ponto que vale, desde já ressaltar é que o art. 7º ou correlatos que tratam dos lucros das empresas nos referidos tratados não são óbices para que, no Brasil, se tribute a receita de participação da controladora brasileira nos lucros auferidos pela controlada no exterior.”

Inicialmente, é importante ressaltar que, no tocante à tributação das sociedades controladas, a Lei n. 12.973/2014 não se afastou do modelo da legislação anterior (art. 74 da MP n. 2158-35/2001 por ela revogado expressamente e art. 25 da Lei n. 9.249/1995), estando agora expresso que são tributados automaticamente junto à controladora no Brasil os lucros das controladas, diretas ou indiretas, no exterior.

Nessa atual sistemática, que sucedeu ao julgamento da ADI 2588 no STF em 2013 e ao Tema 537 de Repercussão Geral, a tributação em bases universais das pessoas jurídicas passou a ser tratada pelo art. 77 da Lei nº 12.973, de 2014, que substituiu o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, nos seguintes termos:

“Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76.”

Nessa redação, não se trata de lucros da controlada brasileira, mas dos lucros auferidos por controlada ou coligada que devem ser tributados. Ou seja, na Lei nº 12.973/2014, o objeto da tributação não é o lucro auferido no Brasil, mas o próprio lucro decorrente do exterior que é adicionado ao lucro líquido da Recorrente, para fins de configuração do lucro real.

Mesmo com as diferenças da sistemática introduzida pela Lei nº 12.973/2014, a mesma premissa sobre a legitimidade da tributação dos lucros auferidos pelas controladas estabelecidas no exterior será colocada em xeque face ao disposto nos TDT, assim como já ocorria com o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

Em face disso, tal como se dava na antiga sistemática, também agora à luz da Lei nº 12.973/2014, em havendo conflito entre a legislação interna e o tratado, o tratado internacional deverá prevalecer em relação ao disposto na lei interna em respeito ao princípio da hierarquia das normas bem como ao princípio da segurança jurídica.

Dessa forma, nos termos do art. 7 das convenções, os lucros das investidas devem ser tributados apenas nos países em que estão situados, nesse caso no Japão, na Holanda, na China e na África do Sul, não no Brasil.

Apesar desse debate suscitar dissonâncias de longa data neste E. CARF, e inclusive nesta C. Turma, é a conclusão a que chego analisando tanto a Constituição Federal quanto o Código Tributário Nacional:

**CF/88:**

“Art. 5º (...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

**CTN:**

“Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.” Como se vê, em matéria tributária, fica clara a prevalência dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação interna.

Do mesmo modo, o RIR/99 e o RIR/2018 (vigente à época dos fatos) também contém a mesma previsão constante do CTN:

RIR/99: “Art. 997. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha (Lei nº 5.172, de 1966, art. 98).”

RIR/2018: “Art. 1.042. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela legislação que lhes sobrevenha (Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário Nacional, art. 98 )”.

Nessa esteira de compreensão, destaco excerto da declaração de voto da Conselheira Lívia Germano (Acórdão n.º 9101-004.763 - CSRF/1ª Turma), que embora ainda reportasse ao art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, em tudo se aplica ao caso concreto:

“Sabe-se que as disposições dos tratados internacionais em matéria tributária prevalecem sobre as normas de direito interno, em razão da sua especificidade, por aplicação do artigo 98 do CTN. Na verdade, o fenômeno é mais bem explicado com a metáfora da máscara, de Klaus Vogel -- em tradução livre: se imaginarmos a legislação interna como a luz de uma lanterna e os tratados de bitributação como uma máscara colocada à sua frente, veremos que os tratados limitam a aplicação da legislação interna, somente deixando passar a luz por determinadas "janelas". A legislação interna "barrada" pela máscara continua válida, mas tem sua aplicação contida pelo tratado internacional. (...)

De se ressaltar a menção do julgado do STJ acima referido ao fato de que, ao adotar interpretação diferente e frustrar a aplicação do tratado, o Brasil acaba por ferir pactos internacionais e, inclusive, infringir o princípio da boa-fé na relações exteriores.

De fato, a Convenção de Viena -- promulgada pelo Brasil nos termos do Decreto 7.030/2009 -- dispõe que, em reverência ao princípio da boa-fé, uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27). E isso é justamente o que o Brasil acaba por fazer ao pretender tributar lucros do exterior independentemente de sua efetiva distribuição, qualquer que seja a denominação que a legislação adote.”

Filio-me a essa corrente interpretativa de que o afastamento do TDT fere até mesmo a elementar boa-fé contratual que deve ser observada nas relações exteriores e nos pactos internacionais, ao frustrar o que foi firmado e ajustado entre os Estados Contratantes.

Como mencionado no voto acima, apoiado no Tratado de Viena, o STJ entendeu que um país não pode invocar as leis do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado internacional, com o que concordo.

Cito ainda, nesse mesmo diapasão, o voto do Conselheiro Daniel Ribeiro Silva (Acórdão nº 1401002.040 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária; sessão de 16/08/2017) que apesar de não ter prevalecido, também encampa essa linha interpretativa no sentido de manter a aplicabilidade do tratado internacional:

“No mérito, a questão em lide basicamente se resume à análise acerca da aplicação ou não do art. 7º do Tratado Brasil-Áustria que tem por intuito evitar a bitributação.

Da análise das razões expostas no presente processo, entendo assistir razão ao Recorrente.

Ressalte-se que não se trata aqui de afastar a aplicabilidade de legislação já que os referidos tratados ou convenções depois de promulgados valem como lei interna no Brasil e hierarquicamente em muitos casos tem prevalência sobre a lei ordinária. Vale dizer na minha opinião, existindo conflito entre a lei ordinária e o tratado, este deverá prevalecer em respeito à hierarquia das normas e à segurança jurídica.

No âmbito constitucional, pode-se inferir a prevalência dos Tratados de Dupla Tributação TDT sobre a legislação interna da análise combinada do artigo 5º, parágrafo 2º, com artigo 150, caput, ambos da Constituição Federal. O parágrafo 2º do artigo 5º dispõe que os direitos e garantias fundamentais assegurados pelos tratados internacionais assinados pelo Brasil não podem ser excluídos pela legislação interna infraconstitucional. Já o caput do artigo 150, que trata das limitações do poder de tributar, inclui as questões tributárias no conceito de direitos fundamentais.

Na esfera tributária, destaca-se o artigo 98 do CTN, o qual determina expressamente que os tratados e convenções internacionais, em matéria tributária, devem prevalecer sobre a legislação interna.”

Por fim, cito o voto do Conselheiro Helder Jorge dos Santos Pereira (Acórdão n.º 1302-006.963 - 1ª Seção/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária; sessão de 17 de outubro de 2023), já enfrentando a questão à luz da Lei nº 12.973/2014 e chegando a semelhante solução jurídica, por entender que nem mesmo a nova redação é suficiente para afastar o TDT:

“Ultrapassado esse aspecto polêmico, que foi aclarado no âmbito do judiciário (MP 2.158-35/01 e IN 213/2002), foi publicada a Lei 12.973/14, essa sim a base

para a presente contenda, porquanto entrou em vigor em 01 de janeiro de 2015, período abrangido pelo lançamento.

Conforme já comentado anteriormente, esse diploma legal revogou expressamente o art. 74 da MP 2.158-35, e introduziu uma sistemática diferente na tributação dos resultados do exterior. Qual seja, a tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda” (art.77, combinado com o art. 76, da Lei 12.973/14). É aqui reside a questão. Essa nova redação é suficiente para afastar a aplicação dos tratados para evitar a dupla tributação em relação ao que determina o artigo 7º - lucros?

Na visão deste Relator, a resposta é não. A razão é a mesma aplicada quando da análise da regra vigente da MP 2.158-35/21. Ou seja, não há duas riquezas. O que se reconhece na controladora no Brasil é o direito de participar no lucro da sua controlada. Só é possível o reconhecimento contábil de tais valores nas DREs das sociedades brasileiras em razão unicamente dos direitos econômicos que a propriedade de ações, quotas ou títulos de propriedade similar atribuem àqueles que os detém. Não há nos autos nenhuma evidência que parte desses lucros sejam atribuíveis ao estabelecimento localizado no Brasil, pois neste nenhuma atividade operacional neste foi realizada.” (destacamos)

O contrário se poderia pensar, afastando-se os TDT, nos excepcionais casos em que sejam verificados abusos de forma, de modo a se buscar-se como resultado a erosão da base tributária ou desvio artificial de lucros. No entanto, essa não é a situação dos autos, não havendo no TVF e no lançamento nenhuma acusação ou prova no sentido de que teria havido qualquer abuso ou desvio. Note-se aliás que não há qualificação na multa imputada (nesse caso, foi imposta multa de 75%), e nenhuma menção a dolo, fraude, simulação, pessoa interposta, etc. Assim, não há nenhuma indicação de existência de parte dos lucros que possam ser atribuídos ao estabelecimento localizado no Brasil, e, portanto, inevitável concluir tratar-se de lucros atribuíveis apenas aos estabelecimentos permanentes localizados no Japão, China, África do Sul e na Holanda.

Portanto, a conclusão aqui alcançada quanto à controvérsia posta é a mesma que se adotava na vigência do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001: os TDT celebrados pelo Brasil com o Japão, China, África do Sul e a Holanda/Países Baixos prevalecem e bloqueiam a tributação dos lucros das controladas do exterior. Em outras palavras, a tributação não será possível quando existir acordo para evitar a dupla tributação firmado entre o Brasil e o país de residência da controlada, tendo em vista o disposto no artigo 7º de tais convenções.

Ressalvo, ainda, o julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os argumentos levantados pelas partes, mas sim decidir a contento, nos limites da lide que lhe foi proposta, fundamentando o seu entendimento de acordo com o seu livre convencimento, baseado na legislação que entender aplicável ao caso concreto. Aliás essa é a posição predominante no STJ:

“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida.

Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada.” STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016.

Com base em tais fundamentos, entendo assistir razão à Recorrente e voto para DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, afastando o lançamento no que diz respeito à adição dos lucros auferidos pelas sociedades controladas da Recorrente estabelecidas no Japão, China, África do Sul e na Holanda/Países Baixos.

#### **Auto De Infração CSLL**

Como regra, o decidido para o lançamento de IRPJ estende-se aos lançamentos que com ele compartilham o mesmo fundamento, salvo quando houver razão de ordem jurídica que lhes recomende tratamento diverso.

Neste caso, tanto o IRPJ como a CSLL foram exigidas em virtude da suposta falta de adição dos lucros das controladas diretas e indiretas às respectivas bases de cálculo, ou seja, o fundamento é o mesmo.

Assim, a decisão relativa ao auto de infração do IRPJ deve ser igualmente aplicada no julgamento do auto de infração reflexo de CSLL, uma vez que os lançamentos estão apoiados nos mesmos elementos de convicção.

#### **Conclusão e dispositivo**

Considerando o exposto, voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário para, rejeitando a preliminar de nulidade, DAR-LHE PROVIMENTO no mérito, cancelando as exigências de IRPJ e o reflexo de CSLL.

*Assinado Digitalmente*

**Andressa Paula Senna Lísias**

## VOTO VENCEDOR

Conselheiro Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Redator Designado.

Em que pese as sempre judiciosas palavras da Conselheira Andressa Paula Senna Lísias, ousou discordar de seu entendimento acerca do bloqueio à tributação dos lucros auferidos no exterior por controladas/coligadas da Recorrente quando existir acordo para evitar a dupla tributação firmado entre o Brasil e o país de residência de tais empresas, haja vista o disposto no artigo 7º de tais convenções.

No entendimento deste Redator e de muitos outros que militam neste Tribunal o art. 7º dos Tratados firmados entre o Brasil e Japão, China, África do Sul e Países Baixos (Holanda) não impede a tributação dos lucros da controladora brasileira nos quais foram refletidos, por equivalência patrimonial, os lucros da investida situada nos respectivos países, confirmando que o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 tributa lucros, sim, mas da investidora brasileira.

Neste sentido, inclusive, foi a decisão proferida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, plasmada no Acórdão nº 9101-003.088 – 1ª Turma, e recatado pelo Ilustre Conselheiro Marcos de Aguiar Villas Bôas, e aqui adotado como razões de decidir:

Há que se delimitar a matéria devolvida pela Contribuinte.

Transcrevo excerto do paradigma (Acórdão nº 101-95.802) que se mostra preciso para delimitar o ponto:

*Nessa linha de raciocínio, concluo que a tributação com fulcro no art. 74 da MP Nº 2.15835/01 incide sobre o lucro das empresas, e não sobre os dividendos. Nessa circunstância, tendo em vista o art. 7 da Convenção, não pode haver tributação no Brasil dos lucros auferidos por intermédio da Jalsa, enquanto não disponibilizados.*

Parte-se da premissa, portanto, de que o art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001 trata de **lucros** (e não dividendos). E, sob tal perspectiva, haveria um conflito com o art. 7º dos tratados para evitar dupla tributação de renda.

Voltando para o caso concreto, a matéria a ser analisada é se o Tratado Brasil-Luxemburgo teria repercussão na materialidade prevista pelo art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001.

A assunto já foi discutido em recentes julgamentos no presente Colegiado: Acórdão nº 9101-002.589 ("caso EAGLE"), nº 9101-002.751 (PETROBRÁS), nº 9101-002.832 (INTERCEMENT), cujas razões para decidir adoto nos presentes autos.

Transcrevo o art. 74 da MP nº 2.15835, de 2001:

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

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 consoma se as alíquotas no exterior foram inferiores à praticadas no Brasil.** Inclusive, é precisamente a situação tratada no caso concreto. Registre-se que a autoridade autuante deduziu do lançamento fiscal, com correção, os valores pagos pela Contribuinte a título de imposto de renda na 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.

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

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

*“Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça a sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer a sua atividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável.”*

*26. Assim, para entender a compatibilidade entre os acordos celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação que*

*seguem o modelo da OCDE e a legislação sobre a tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior, é importante destacar o Comentário da própria OCDE sobre o Parágrafo 1º do Artigo 7 da Convenção Modelo (tradução livre):*

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

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

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

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

30. Além disso, é importante ressaltar que, segundo o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE, os acordos para evitar dupla tributação também têm por escopo a prevenção da elisão e evasão fiscal, já que os contribuintes poderiam ser tentados a abusar da legislação fiscal de um Estado, através da exploração das diferenças entre as várias legislações dos países ou jurisdições, de maneira a evitar a dupla não tributação. Transcreve-se, por elucidativo, o parágrafo 7 dos Comentários da Convenção-Modelo:

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

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

Assim, **não se comunicam as materialidades** previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Luxemburgo para evitar bitributação de renda. **Os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro** na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário, havendo, nesse contexto, **incidência do IRPJ e da CSLL**.

Tampouco 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).

O art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, ao discorrer de controladas e coligadas, refere-se tanto ao controle direto quanto indireto.

Fato é que a legislação societária e tributária trata o controle exercido de **maneira direta e indireta sem distinções**.

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

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

*a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da 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.*

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

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

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

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

*Art. 1.098. É controlada:*

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

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

MARTINS<sup>2</sup>, no Manual de Contabilidade Societária, ao tratar da consolidação das demonstrações contábeis, discorre sobre os aspectos relevantes para se caracterizar o controle.

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

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

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

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

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

TÔRRES<sup>3</sup> menciona o elemento volitivo, em que no controle prevalece a vontade de um sujeito sobre a atividade econômica de outro, inclusive estruturas societárias de forma "piramidal":

*O controle é sempre considerado com uma relação de dominação, um poder que transcende, inclusive, as prerrogativas da própria assembleia, órgão máximo de deliberações. Como diz Ferri, o controle exprime uma particular posição através da qual **um sujeito é capaz de fazer prevalecer a própria vontade sobre a atividade econômica de uma outra sociedade.***

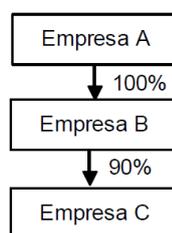
.....

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

Na mesma direção, ao dispor sobre exemplos de estruturas societárias, MARTINS<sup>4</sup> de maneira didática sepulta qualquer dúvida sobre a questão.

*Suponha que a Empresa A tenha 100% das ações ordinárias da Empresa B, que é uma subsidiária integral da empresa A. Portanto, a Empresa B é uma controlada direta da Empresa A. Admita adicionalmente que a Empresa B seja detentora de*

90% do capital votante de outra sociedade, a Empresa C, como abaixo representado:



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

Em entendimento consonante, MAMEDE<sup>5</sup> não hesita ao colocar o poder como vetor principal na relação entre as empresas.

**Sociedade controlada** é aquela na qual a maioria dos votos nas deliberações de quotistas ou acionistas, bem como o poder de eleger a maioria dos administradores, pertença a outra sociedade que, assim, será chamada de sociedade controladora. Também haverá controle societário quando a titularidade das ações ou quotas necessárias para decidir as deliberações sociais e de eleger a maioria dos administradores for de uma sociedade que, por seu turno, seja controlada por outra. Assim, se a sociedade A for controladora da sociedade B e esta, por seu turno, for controladora da sociedade C, a sociedade A será considerada controladora da sociedade C. (grifei)

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

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

O contexto delineado pelo Conselheiro Alberto Pinto Souza Júnior<sup>6</sup> consolida o entendimento:

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

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

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.

Tampouco há que se contestar a base de cálculo apurada no lançamento fiscal. Não há uma dupla tributação sobre os lucros auferidos pela USIMINAS INTERNACIONAL (Luxemburgo) e USIMINAS PORTUGAL (com sede na Ilha da Madeira). Pelo contrário, deixou claro a autoridade autuante no Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 1968):

*93. Tomou-se o cuidado de evitar a duplicidade e tributar somente o lucro obtido pelo Usiminas, não considerando a variação cambial e expurgando os efeitos dos lucros de uma empresa em outra do grupo.*

Ao contrário do que aduz a Contribuinte, não houve uma dupla tributação sobre os lucros da USIMINAS PORTUGAL refletidos via MEP na USIMINAS INTERNACIONAL.

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 nº 9.249, de 1995 e 16 da Lei nº 9.430, de 1996), e da legislação disposta sobre o conceito de controladas (arts. 116 e 243 da Lei nº 6.404, de 1976 e art. 1098 do Código Civil).

Nesse contexto insere-se o art. 1º da IN SRF nº 213, de 2002.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

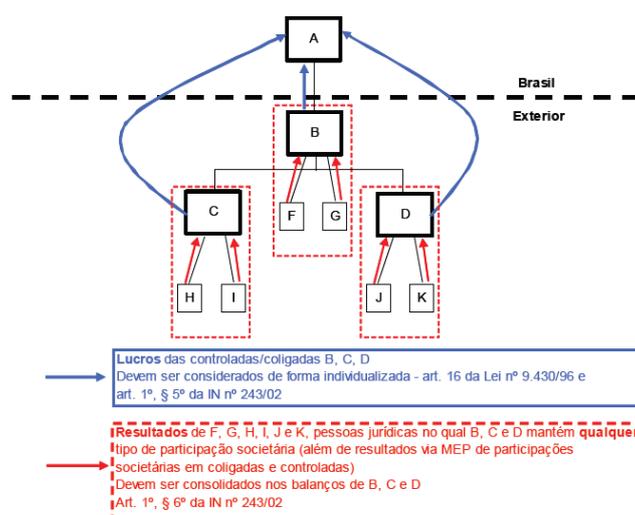
Como já dito, a sequência dos §§ 1º a 6º determina o caminho para se apurar os resultados no exterior.

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

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

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

Apresento o quadro a seguir para ilustrar o entendimento:



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

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

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

Diante do exposto, voto no sentido de **conhecer** e **negar provimento** ao recurso especial da Contribuinte.

A Par do disposto acima, tem-se que a norma contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 também se enquadra no conceito de legislação de controladas no exterior (*Controlled Foreign Corporations – CFC*), consoante tem decidido a CSRF, a exemplo do constante do Acórdão nº 9101-002.332, de 04/05/2016, de relatoria do Conselheiro Marcos Aurélio Pereira Valadão. Abaixo reproduzo excertos do respectivo voto para corroborar o meu entendimento em relação à compatibilidade da norma legal em referência (art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001) com os Artigos 7 e 10 do acordo internacional, com base, inclusive, nas Convenções Modelo da OCDE e da ONU:

O recorrente sustenta de início que se aplica ao caso o art. 7º da Convenção Brasil-Holanda de modo a afastar a incidência da norma contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/ 2001.

Em sua linha argumentativa no recurso especial o recorrente sustenta pela aplicação do art. 7º da Convenção Brasil-Holanda, e da prevalência dos acordos internacionais sobre o direito interno, com base no art. 98 do CTN em jurisprudência do STF e do STJ. Neste aspecto específico (prevalência dos acordos internacionais tributários sobre o direito interno) concordo com o recorrente, porém o que ocorre *in casu* é que não há conflito entre a norma convencional e a norma interna, que são compatíveis, conforme se demonstrará adiante.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

*15. Além disso, os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, antes mesmo de serem efetivamente recebidos, podem ser distribuídos pela investidora aos seus acionistas (ou sócios), já que a maneira de evitar tal distribuição que seria pela constituição de uma reserva de lucros a realizar é uma mera*

*faculdade da empresa, se não vejamos como dispõe o art. 197 da Lei nº 6.404, de 1976, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001:*

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

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

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

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

§ 2º [...]

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

Deve-se deixar claro que esta forma de tributação é possível, corriqueira e constitucional em face da CF/88. Trata-se da prática corrente de tributação internacional, embora a lei brasileira (art. 74 da MP n. 2.158-34/ 2001) tenha fugido um pouco dos padrões internacionais ao tributar antecipadamente à distribuição tanto os lucros decorrentes de rendas ativas quanto de rendas passivas, de maneira genérica. Contudo, não há como fugir do fato de que renda é renda (independentemente de sua natureza jurídica, cláusula *non olet*). Assim tributar ou não determinada modalidade de renda é meramente uma questão de política tributária. Por outro lado o STF ao julgar o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 (ADIn 2.588/DF) deixou bem claro que esta forma de tributação é constitucional, ou seja, é possível se tributar os lucros da controlada no exterior ainda que não distribuídos ao beneficiário efetivo residente no Brasil, i.e., ainda que não efetivamente distribuído ao controlador ou possuidor das cotas e capital residente no Brasil. O STF, por outro lado, restringiu a tributação das coligadas, entendendo constitucional somente se a investida estiver operando em paraísos fiscais (um arroubo de legislador positivo interferindo em atribuições constitucionais típicas de outros poderes do Estado, mas a decisão é definitiva

neste aspecto). De lembrar, por oportuno, que o STF não decidiu sobre o efeito da incidência das convenções para evitar a dupla tributação, mesmo porque há dúvidas se este tema é matéria de índole constitucional.

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

Veja-se que as diversas normas CFC existentes no diversos países tem diversos contornos, sendo que algumas só tributam rendas passivas, outras tributam rendas passivas e ativas (embora algumas dessas possam ser excluídas) (e.g., China, França e Nova Zelândia), outras tributam também as rendas ativas a depender do percentual em relação às rendas passivas (e.g., Turquia) não podendo, portanto este ser um critério de distinção. O conceito do que é uma empresa sujeita ao regime de norma CFC varia muito, dependendo do percentual de participação (e.g., na Nova Zelândia é 10%) e de outros fatores. Alguns países tem “listas negras” às quais se aplicam as normas CFC, outros tem “listas brancas” aos quais não se aplica, outros não tem lista nenhuma para efeito de aplicação da norma CFC. Alguns países tributam, via norma CFC, expressamente como distribuição presumida de dividendos, outros tem normas com estrutura semelhante à brasileira. Também o critério de definição do que é uma empresa controlada no exterior (CFC) para efeito de aplicação das normas típicas varia muito de país para país; alguns focam em evasão tributária, outros países tem normas de escopo mais amplo. Em suma, não há um padrão, e não há definição consensual do que seja uma norma CFC. Há apenas um ponto comum nas normas CFC: evitar o adiamento da tributação por tempo indefinido (*antideferral*) – e este requisito a norma brasileira cumpre. Mesmo a imputação de que a norma brasileira é genérica não se lhe aplica, visto que nos casos de investimento não relevante (critério que pode ser diferente em outro país), a tributação só se dá na distribuição dos dividendos. O fato da norma CFC brasileira ser uma norma “forte”, visando coibir práticas elisivas agressivas de uma forma mais estrita, não retira dela a natureza de norma CFC (aspectos que foram mitigados pelo novo tratamento do tema pela Lei 12.973/2014).

No que diz respeito aos comentários da OCDE e conceito de norma CFC, incluindo o seu conceito, cumpre trazer à citação o que dispõe o par. 23 dos Comentários ao art. 1º da Convenção Modelo da OCDE (parágrafo introduzido em 1992, com

alterações, permanece na atualização de 2014, redação abaixo de 2003), também reproduzido e endossado nos Comentários ao art. 1º da Convenção Modelo da ONU, conforme abaixo:

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

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

*O problema apontado por alguns, quando examinam o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, é que ele teria sido amplo demais. A crítica à abrangência do dispositivo enfoca, mais precisamente, o fato de o*

---

<sup>1</sup> The use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions. A significant number of member and nonmember countries have now adopted such legislation. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities. It has sometimes been argued, based on a certain interpretation of provisions of the Convention such as paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10, that this common feature of controlled foreign companies legislation conflicted with these provisions. For the reasons explained in paragraphs 14 of the Commentary on Article 7 and 37 of the Commentary on Article 10, that interpretation does not accord with the text of the provisions. It also does not hold when these provisions are read in their context. Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention. UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York: UN, p. 69-70 (disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)).

*legislador não ter limitado sua aplicação aos países com regime de tributação favorecida – método jurisdicional – e por não ter havido preocupação com a espécie de rendimento submetido ao regime CFC – método transacional.*

*Apesar de pertinentes as críticas, é preciso enfatizar que essa foi a escolha feita pelo país ao adotar o seu regime CFC. Implica dizer **que o legislador pátrio optou por não seguir integralmente as orientações da OCDE, o que é perfeitamente normal e válido.** Vale lembrar que **os trabalhos, orientações, relatórios e modelos elaborados pela OCDE não tem força cogente sobre nenhum país – nem mesmo para os seus membros.** Portanto, **o fato de o Brasil ter escolhido não incluir o método jurisdicional e o método transacional na legislação apenas indica uma opção de política fiscal.** Contudo, **isso não pode servir de fundamento para afirmar que não se pretendia instituir uma norma CFC por meio do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001.** Nesse ponto, basta lembrar os elementos examinados acima – gramatical, histórico e finalístico – para se concluir pela natureza CFC da norma inserida no referido art. 74.*

*Ademais, cumpre rebater uma crítica que constantemente é lançada contra a norma CFC brasileira, qual seja: não seguir o “padrão internacional”, uma vez que a maioria dos países, ao adotarem normas CFC, utilizam o método transacional e o jurisdicional como parâmetro. Em relação a esse aspecto, importante ressaltar que o fato de a norma brasileira ser diferente não retira a sua natureza de norma CFC. Primeiramente, cumpre frisar que o Brasil não está obrigado a seguir nenhum modelo – ainda mais da OCDE, que consiste em organização internacional da qual o Brasil não faz parte. Implica dizer que não existe nenhuma norma cogente, interna ou externa, que imponha ao Brasil a adoção de um modelo específico de legislação CFC.*

*Por seu turno, relevante ressaltar que **a essência da norma CFC foi preservada** no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, visto que se **estabeleceu um regime específico para a tributação dos rendimentos auferidos por intermédio de controladas e coligadas situadas no exterior – de modo a concretizar a tributação universal da renda e impedir o diferimento por tempo indeterminado da tributação.** Esse aspecto é que deve ser levado em consideração ao definir a natureza da norma CFC, e não a observância de modelos elaborados por organismos internacionais – ainda mais quando o Brasil não for integrante desta organização internacional. Nessa perspectiva, apenas para reforçar o argumento, cabe citar **o exemplo das regras sobre preço de transferência adotadas pelos Brasil.** A Lei nº 9.430, de 1996, ao instituir o regime de preço de transferência brasileiro, previu que o cálculo do preço parâmetro observaria a sistemática das margens fixas. Ocorre que essa metodologia é totalmente diferente da que é observada pela maioria dos países – notadamente, os países-membros da OCDE, que seguem o modelo elaborado pela referida*

*organização internacional. Percebam, Srs. Conselheiros, que ninguém questiona a natureza das normas previstas nos art. 18 e 18-A da Lei no 9.430, de 1996, isto é, todos concordam que se tratam de regras sobre preço de transferência. Implica dizer que, mesmo o regime brasileiro de preço de transferência sendo distinto da maioria dos países, isso não serviu como justificativa para desqualificar as normas da Lei no 9.430, de 1996. A mesma lógica deve ser aplicada, agora, à norma CFC brasileira: não obstante o legislador pátrio ter seguido caminho diferente dos demais países, isso não configura motivo legítimo para rechaçar a natureza de norma CFC do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001. (Negritos e sublinhados no original).*

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

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

Convém ressaltar que neste ponto há uma divergência entre o voto condutor do C. Alberto Pinto e o voto do C. Eduardo de Andrade (fls. e-2.124-2.128), que acompanhou o voto vencedor pelas conclusões, sustentando que há presunção (a que chama de ficta) na distribuição dos lucros neste caso. Veja-se que tanto um raciocínio como o outro têm duas consequências comuns: mantém a tributação e afastam a aplicação do art. 7º dos acordos de dupla tributação, sendo que o segundo aparentemente, apenas aparentemente, poderia levar à aplicação do art. 10 (isto porque este art. só se aplica se houver distribuição efetiva) e o primeiro afasta tanto o art. 7º como o art. 10, de pronto. Voltarei a este ponto adiante no meu voto, mas estes esclarecimentos em relação a esses aspectos fazem-se necessários também aqui.

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

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

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

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

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

*§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.*

*§ 2º Para fins de compensação, o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.*

*§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.*

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

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

...

*§ 7º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital de que trata este artigo a serem computados na determinação do lucro real e da base de cálculo de*

*CSLL, serão considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem.*

...

#### *COMPENSAÇÃO DO IMPOSTO PAGO NO EXTERIOR COM O IMPOSTO DE RENDA DEVIDO NO BRASIL*

*Art. 14. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada e o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, poderão ser compensados com o que for devido no Brasil.*

...

*§ 7º O tributo pago no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real.*

...

*§ 9º O valor do tributo pago no exterior, a ser compensado, não poderá exceder o montante do imposto de renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor dos lucros, rendimentos e ganhos de capital incluídos na apuração do lucro real.*

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

#### *CAPÍTULO IV*

##### *Eliminação da Dupla Tributação*

##### *ARTIGO 23*

##### *Eliminação da Dupla Tributação*

*1. Ao tributar os seus residentes, a Holanda pode incluir na base de cálculo os rendimentos que, nos termos desta Convenção, podem ser tributados no Brasil.*

...

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

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

incompatibilidade ou conflito na aplicação dos dispositivos da legislação interna e da norma convencional.

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

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

*10.1 O número 1 tem como propósito definir os limites ao direito de um Estado Contratante tributar os lucros realizados na sua atividade por empresas residentes do outro Estado Contratante. **Em contrapartida, este número não restringe o direito de um Estado Contratante tributar os seus próprios residentes nos termos das disposições relativas às sociedades estrangeiras controladas, constantes da sua legislação interna, ainda que o imposto desse aplicado a esses residentes possa ser calculado em função da parte de lucro de uma empresa residente em outro Estado Contratante, imputável à participação desses residentes na referida empresa. O imposto deste modo aplicado por um Estado aos seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado, pelo que não se pode considerar que o mesmo incide sobre tais lucros (ver também o parágrafo 23 dos Comentários ao Artigo 1.º e os parágrafos 37 a 39 dos Comentários ao Artigo 10º).**<sup>2</sup> (Negritou-se).*

<sup>2</sup> No original em inglês: 13. The purpose of paragraph 1 is to provide limits to the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises [that are residents] of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the

O fato de que apenas a partir de 2003 o texto do parágrafo 10.1 dos Comentários ao art. 7 passou a constar dos comentários da Convenção Modelo da OCDE, e da ONU a partir de 2011, apenas reflete a consolidação deste entendimento.<sup>3</sup> É verdade que apenas uns poucos países não concordam expressamente com isto: Bélgica (cuja reserva foi transcrita no texto do recurso especial), Irlanda, Luxemburgo e Holanda (**4 dentre os 30 membros da OCDE à época, i.e., menos que 14% dos seus membros, sendo que desses, dois têm notórios regimes privilegiados de tributação**). Contudo, apenas os três primeiros fizeram reservas aos comentários constantes do parágrafo 10.1. do art. 7º - a Holanda não tem reserva no art. 7º ou seus comentários. A bem da verdade, a Holanda faz uma restrição aos comentários do art. 1º da Convenção Modelo da OCDE.

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

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

---

profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents' participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (see also paragraph 23 of the Commentary on Article 1 and paragraphs 37 to 39 of the Commentary on Article 10). UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York: UN, p. 144 (Disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)) Tradução do texto adaptada de OCDE. Modelo de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o Patrimônio (OCDE). Versão Condensada. CEF/DGI/MFPortugal. Coimbra: Almedina, 2005, fl. 179-180.

<sup>3</sup> O relatório da OCDE sobre o tema, publicado após os estudos da Organização, data de 1987 (OECD. Double Taxation Convention and the Use of Base Companies. Paris: OECD, 1987.)

também pelo art. 9º (que trata das empresas associadas).<sup>4</sup> Por esse raciocínio também não se aplica o art. 7º à situação de incidência de norma CFC.

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

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

De toda sorte, ambas formas de interpretação, estática ou dinâmica levam ao mesmo resultado e afastam a aplicação dos acordos de maneira geral, primeiro, conforme demonstrado ao art. 7º, não se aplica de forma alguma ao presente caso, tratando-se de equívoco entender que o art. 7º das Convenções Modelo da ONU e da OCDE foi construído com a finalidade de eliminar a tributação em bases universais dos estados contratantes (que é o que infere se aplicado este dispositivo como quer o recorrente), e, segundo, porque, no caso da interpretação dinâmica, o art. 10, que se aplicaria, não se aplica diretamente porque o art. 10 das Convenções Modelo da ONU e da OCDE só se aplica aos dividendos efetivamente distribuídos, assim como o art. 10 da Convenção Brasil-Holanda. Ou seja, só vai ser aplicado no futuro, quando da efetiva distribuição – mas esta

---

<sup>4</sup> Conforme Klaus Vogel: “(C) Relation between Art. 9 (1) and the distributive rules: Both Art. 7 and Art. 9 indicate that business profits should be taxed in the State in which the originate economically. According to Art. 7, this may be the enterprise's State of residence or the State of the permanent establishment. According to Art. 9, it should be the State of residence of the enterprise the profits of which were reduced. Art. 7, read in conjunction with Art. 23 serves the purpose of avoiding double taxation of one and the same taxpayer by the State of residence and by the State of source. Art. 9 differs from Art. 7 and the other MC distributive rules in that it deals with the relationship of Two States of residence and the taxation of legally independent taxpayers, each of them by his State of residence. In essence, however, there is a close connection with the typical distributive rules inasmuch as Art. 9 concerns the question of whether an element of profits which has been (or possibly will be) subjected to tax in the foreign contracting State may nevertheless be attributed to, and taxed in the hands of, a domestic enterprise. Consequently, Art.9 is designed to avoid economic double taxation[...].”(Negritos no original). VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on Double Taxation. 3 ed. Londres: Kluwer, 1991, p. 518.

situação independe de qualquer interpretação que não a literal – mas, curiosamente, seria também afastada pela interpretação que o recorrente dá ao art. 7º. Nesta análise cumpre também evidenciar este ponto basta contrastar aqueles argumentos com o que diz o art. 5º, § 8º, da Convenção Brasil-Holanda:

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

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

Em outras palavras, como a recorrente não atua na Holanda por via de um estabelecimento permanente, de forma alguma há que se cogitar da aplicação do art. 7º (quando da efetiva distribuição de dividendos se aplicará o art. 10).<sup>5</sup>

Veja-se também que o que art. 7º diz e busca preservar refere-se a quando uma empresa tem atuação empresarial no outro país por ela mesma. Se esta atuação se faz por meio de participação em outra empresa residente no outro país (seja via controle ou mera participação societária), o art. 7º não se aplica, mas sim, conforme a circunstância, o art. 9º (nas transações entre as empresas associadas) ou o art. 10 (na distribuição dos lucros ou dividendos– que são tributáveis na fonte e na residência do controlador). E veja-se que art. 9º é no sentido de se atribuir o auferimento de rendimentos resultantes das relações entre empresas nessas condições de forma que os lucros devem ser ajustados ao mesmo

<sup>5</sup> É o que claramente se denota do Manual da ONU sobre a Administração de Tratados de Dupla Tributação para Países em Desenvolvimento, conforme abaixo: Business profits derived by nonresidents in the source country are potentially taxable under several provisions of a tax treaty, depending on the type of business activity. For example, profits from immovable property are taxable under Article 6; profits from international shipping and transportation are taxable under Article 8; profits from holding investments or licensing or leasing property are taxable under Articles 10, 11 and 12; and profits from services may be taxable under Article 14 (United Nations Model Convention, independent personal services) and Article 17 (artistes and sportspersons). These other provisions prevail over Article 7, subject to the throwback rules in Article 10 (4), Article 11 (4) and Article 12 (4) of the United Nations Model Convention and Article 12 (3) of the OECD Model Convention. Each provision contains its own threshold for source country taxation. For example, in the case of Ms. X carrying on business as an independent contractor, her profits would be taxable under Article 14 of the United Nations Model Convention, whereas the income earned by Xco would be taxable under Article 7. The MNE [Empresa Multinacional] that carries on business in the source country through a PE [estabelecimento permanente] would be taxable under Article 7, but under Article 10 if it carries on business in the source country through a local subsidiary when the subsidiary distributes the profits in the form of dividends. (Negritos, itálicos e acréscimos nossos) Ver em LI, Jinyan. Taxation of nonresidents on business profits. In: TREPELKOV, Alexander; TONINO, Harry; HAIKA, Dominika (Edits). United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries. New York: UN, 2013, p. 205. Disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Handbook\\_DTT\\_Admin.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Handbook_DTT_Admin.pdf).

montante que seriam os lucros no caso de empresas independentes – princípio *arm's length* e que remete à legislação interna de cada país como fazê-lo (normas de preços de transferência).<sup>6</sup> Ou seja, como já foi dito, a interpretação dada pelo recorrente ao art. 7º impõe ao Brasil, em relação aos países que tenha tratado, uma tributação em bases territoriais e não em bases universais – o que obviamente não é o objetivo das convenções, mas sim a eliminação ou diminuição da dupla tributação. Para esclarecer esse ponto, cumpre reproduzir os comentários à Convenção Modelo da OCDE, de 2005, na introdução aos comentários ao art. 7º, que também são considerados no Modelo da ONU (organização da qual o Brasil faz parte):

#### *RELATIVO À TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DAS EMPRESAS*

##### *Observações prévias*

*O presente Artigo é, em muitos aspectos, a continuação e o corolário do Artigo 5º, que define o conceito de estabelecimento estável. O critério de estabelecimento estável é normalmente utilizado nas convenções internacionais de dupla tributação a fim de determinar se um dado elemento do rendimento deve ser tributado ou não no país em que é realizado; todavia, este critério não oferece só por si uma solução cabal ao problema da dupla tributação dos lucros industriais e comerciais. Para evitar a concorrência de uma dupla tributação deste tipo, é necessário completar a definição de estabelecimento estável, acrescentando uma série de normas acordadas que permitam calcular o lucro realizado pelo estabelecimento estável ou por uma empresa que leve a efeitos operações comerciais com um membro estrangeiro do mesmo grupo de empresas. Pondo a questão de uma forma ligeiramente diferente, quando uma empresa de um Estado Contratante exerce uma actividade comercial ou industrial no outro Estado Contratante, as autoridades deste segundo Estado devem interrogar-se sobre dois pontos antes de tributarem os lucros das empresas: em primeiro lugar, a empresa possui um estabelecimento estável no seu país? Na afirmativa, quais são, eventualmente, os lucros relativamente aos quais este estabelecimento estável deve ser tributado? São as regras a aplicar em resposta a esta segunda questão que constituem o objecto do Artigo 7º. As regras que permitem calcular os lucros realizados por uma empresa de um Estado Contratante que efectua operações comerciais com uma Empresa de outro Estado Contratante, quando ambas as empresas pertencem ao mesmo grupo empresarial de facto sobre o mesmo controlo, estão contidas no Artigo 9º.<sup>7</sup>*

<sup>6</sup> Conforme se pode ler em SOLUND, Stig ; VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira . The Commentary on Article 9 The Changes and Their Significance (Transfer Pricing) and the Ongoing Work on the UN Transfer Pricing Manual. Bulletin for International Taxation, v. 66, p. 608-612, 2012.

<sup>7</sup> OCDE. Modelo de Convenção Fiscal sobre o Rendimento e o Patrimônio (OCDE). CEF/DGI/MFPortugal. Versão Condensada. Coimbra: Almedina, 2005, p. 173.

O entendimento pela não aplicação do art. 7º às normas CFC, embora objeto de alguma controvérsia, é corrente e aceito na doutrina internacional<sup>8</sup> e nacional e pela jurisprudência de diversos países. A doutrina nacional, referindo-se à norma CFC brasileira, também tem posições no sentido da não afetação dos tratados, e.g., Marco Aurélio Greco, conforme se transcreve abaixo:

*Para Marco Aurélio Greco, uma vez que o referido artigo 74 estabelece a tributação de uma variação positiva de patrimônio da empresa brasileira, não haveria base para se falar em bloqueio da tributação prevista neste dispositivo em função da aplicação do art. 7º das convenções internacionais assinadas pelo Brasil, já que, em nenhum momento, se estaria tributando lucros da empresa residente no outro país.*

*Em sua visão, mesmo nos casos em que determinada convenção prevê a isenção dos dividendos pagos para residentes e domiciliados no Brasil, não estaria afastada a tributação do art. 74, uma vez que, como dito acima, seu entendimento é no sentido de que esta regra prevê a tributação de um acréscimo patrimonial ocorrido no Brasil e não do resultado ainda não distribuído pela empresa brasileira.*<sup>9</sup>

Em relação à jurisprudência internacional, i.e., casos de outros países sobre o tema constata-se que majoritariamente as decisões tendem a afastar a aplicação dos tratados às normas CFC. Veja-se, por exemplo casos recentes como o Cemex Net,<sup>10</sup> decidido pela Suprema Corte do México, em questão que envolvia a norma CFC mexicana e o tratado México-Irlanda (de lembrar que o México é membro da OCDE), mantendo a tributação e sustentando que norma CFC e o referido acordo não são contraditórios, mas complementares. Tal julgado resultou na Tese 166820, de julho de 2009, da SCJN (Suprema Corte de Justiça da Nação) do México, onde se lê:

*El artículo 212 de la Ley del Impuesto sobre la Renta establece que los residentes en México o en el extranjero con establecimiento permanente en el país pagarán el impuesto por los ingresos de fuente de riqueza ubicada en el extranjero sujetos a regímenes fiscales preferentes que generen directamente o los que generen a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que aquéllos participen, en la proporción que les corresponda. Por otro lado, diversos tratados internacionales para evitar la doble tributación celebrados por México establecen que los ingresos de una empresa residente en un Estado contratante sólo pueden gravarse en ese Estado. **En relación con lo anterior, se aprecia que lo que la legislación nacional grava no son directamente las utilidades de las empresas***

<sup>8</sup> Ver e.g., LANG, Michael. "CFC Regulations and Double Taxation Treaties". Bulletin for International Fiscal Documentation. Vol 57:2, pp. 51-58 (2003).

<sup>9</sup> GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André. Tributação Direta: Imposto sobre a Renda. In: UCKMAR, Victor et al. Manual de Direito Tributário Internacional. São Paulo: Dialética:2012, p. 407-408.

<sup>10</sup> Amparo en revisión 107/2008. Cemex Net, S.A. de C.V. y otras. 9 de septiembre de 2008. Ver también <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/166/166820.pdf>

*residentes en el extranjero, sino los beneficios que los residentes en México (y los no residentes con establecimientos permanentes en el país) obtienen de su participación en la generación de ingresos en aquellas jurisdicciones, lo que no se contrapone con los tratados mencionados. Esto es, la legislación nacional grava el ingreso que corresponde al residente en territorio nacional o al establecimiento permanente del no residente, determinado conforme al ingreso o rendimiento de la figura jurídica "residente en el extranjero", aun si el dividendo, utilidad o rendimiento no ha sido distribuido y, de esta forma, la legislación mexicana atribuye al contribuyente residente en México o no residente con establecimiento permanente un monto equivalente a los ingresos obtenidos de la entidad o figura residente en aquel Estado conforme a lo que corresponda a la participación directa o indirecta que se tenga en esta última, de donde se advierte que no se grava el ingreso de la entidad residente en el extranjero, sino la parte del rendimiento que corresponde al inversionista y que es susceptible de gravarse, atendiendo a la distinta personalidad del contribuyente en México, y cumpliendo con la intención de hacer pesar en el patrimonio de éste el impacto positivo que corresponde al ingreso, según su participación en el capital, y evitando el diferimiento en su reconocimiento. En ese sentido, se concluye que las disposiciones contenidas en el Capítulo I del Título VI de la Ley del Impuesto sobre la Renta no transgreden el artículo 133 constitucional.*<sup>11</sup> (Negritos e itálicos nossos).

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

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

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

<sup>11</sup> Disponível em <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/166/166820.pdf>

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

*39. Quando a sociedade controlada distribui efetivamente dividendos, as disposições convencionais relativas aos dividendos são normalmente aplicáveis, dado tratar-se de rendimentos com a natureza de dividendos, nos termos da Convenção. O país da sociedade controlada pode, portanto, sujeitar o dividendo a uma retenção na fonte. O país da residência do acionista aplicará os métodos normais para evitar a dupla tributação (concedendo um crédito de imposto ou uma isenção). Assim, a retenção na fonte sobre os dividendos daria direito a um crédito de imposto no país do acionista, mesmo que os lucros distribuídos (dividendos) tivessem sido tributados anos atrás por força das disposições relativas às sociedades estrangeiras controladas ou de outras disposições com idênticos efeitos.<sup>12</sup> É, porém, duvidoso, que a Convenção obrigue a proceder desse modo, neste caso. A maior parte das vezes, o dividendo nessa qualidade fica isento de imposto (por já ter sido tributado por força da legislação ou das regras em causa), podendo dizer-se que a concessão de um crédito de imposto não tem fundamentação. Por outro lado, se fosse possível evitar a concessão de créditos de imposto mediante a simples tributação antecipada do dividendo, em virtude de uma disposição visando impedir a evasão fiscal, tal facto iria contrariar o objetivo da Convenção. O princípio geral atrás enunciado aconselharia a concessão do crédito de imposto, cujas modalidades dependeriam no entanto dos aspectos técnicos deste tipo de disposições ou de regras e dos regimes de imputação dos impostos estrangeiros no imposto nacional, bem como das circunstâncias específicas do caso particular (prazo decorrido desde a tributação do dividendo presumido, por exemplo). Todavia, os contribuintes que recorrem a sistemas artificiais assumem riscos contra os quais não podem ser inteiramente protegidos pelas autoridades fiscais.<sup>13</sup> (Negritou-se).*

<sup>12</sup> Nota nossa ao comentário: está a referir-se às normas CFC.

<sup>13</sup> 39. Where dividends are actually distributed by the base company, the provisions of a bilateral convention regarding dividends have to be applied in the normal way because there is dividend income within the meaning of the convention. Thus, the country of the base company may subject the dividend to a withholding tax. The country of residence of the shareholder will apply the normal methods for the elimination of double taxation (i.e. tax credit or tax exemption is granted). This implies that the withholding tax on the dividend should be credited in the shareholder's country of residence, even if the distributed profit (the dividend) has been taxed years before under controlled foreign companies legislation or other rules with similar effect. However, the obligation to give credit in that case remains doubtful. Generally the dividend as such is exempted from tax (as it was already taxed under the relevant legislation or rules) and one might argue that there is no basis for a tax credit. On the other hand, the purpose of the treaty would be frustrated if the crediting of taxes could be avoided by simply anticipating the dividend taxation under counteracting legislation. The general principle set out above would suggest that the credit should be granted, though the details may depend on the technicalities of the relevant legislation or rules) and the system for crediting foreign taxes against domestic tax, as well as on the particularities of the case (e.g. time lapsed since the taxation of the "deemed dividend"). However, taxpayers who have recourse to artificial arrangements are taking risks against which they cannot fully be safeguarded by tax authorities. UN. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York: UN, p. 189 (Disponível em [http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)) Tradução do texto adaptada de OCDE. Modelo

Ademais, com a introdução da norma CFC, a expressão “lucros considerados disponibilizados” contida no art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/ 2001, há que ser interpretada e definida. Como não está definida na Convenção Brasil-Holanda, busca-se o que dispõe seu art. 3º, par. 2 que diz: “2. Para a aplicação desta Convenção por um Estado Contratante, qualquer expressão que nela não esteja definida terá o significado que lhe é atribuído pela legislação desse Estado, relativamente aos impostos aos quais se aplica a Convenção, a não ser que o contexto imponha interpretação diversa.” Ou seja, em circunstância que tais a própria Convenção remete ao entendimento contido na própria legislação interna. O tratado tem que ser interpretado com um todo, considerando todas as normas pertinentes.<sup>14</sup> O que reforça o entendimento do Acórdão recorrido no sentido de que corretamente decidiu. (*destaques do original*)

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

A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 é norma que visa evitar o diferimento eterno do pagamento do IRPJ decorrente dos ganhos de atividades no estrangeiro das empresas brasileiras, enquadrando-se no conceito de legislação de controladas no exterior (*Controlled Foreign Corporations – CFC*).

O Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a cobrança do IRPJ nessa modalidade, inferindo-se, portanto, sua adequação ao que é preconizado pelo art. 43 do CTN, embora tenha concluído por haver restrições no caso das coligadas no exterior – matéria estranha ao presente processo.

A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 não incide sobre o lucro da entidade estrangeira sobre o controle da entidade brasileira, mas sobre o seu reflexo no patrimônio da entidade brasileira, auferível pelo MEP, por conseguinte, não há que se cogitar de aplicação do art. 7º das convenções modelo da OCDE ou da ONU.

A norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, ainda que considerada como incidente sobre a distribuição presumida de dividendos, o que afastaria de pronto o art. 7º das convenções modelo da OCDE ou da ONU, afasta também a incidência imediata do art. 10 daquelas convenções visto que o art. 10 só se aplica aos dividendos efetivamente distribuídos – o que não é o caso.

Como a Convenção de Dupla Tributação Brasil-Holanda não traz norma específica relativa à situação prevista na norma contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, e não há como fazer incidir no caso o art. 7º ou o art. 10 do referido Acordo, pelas razões já expostas, conclui-se que não há conflito entre a norma interna e a Convenção Brasil-Holanda, sendo inapropriada qualquer alegação no sentido de violação do que dispõe o art. 98 do CTN (norma de resolução de conflitos)

---

de Convenção Fiscal sobre o rendimento e o Patrimônio. Versão Condensada. CEF/DGI/MFPortugal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 242-243. (Negritou-se).

<sup>14</sup> AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. London: CUP, 2004, p. 202.

À vista dessas conclusões, com o devido respeito às posições contrárias, ficam afastados inelutavelmente os argumentos do recorrente e do voto do i. Relator, confirmando-se as conclusões do Ac. recorrido, pelo que nego provimento ao recuso especial do contribuinte em relação ao IRPJ.

Como já exposto, desnecessário discutir aqui se o tratado abrange também a CSLL, tendo em vista o que dispõe o art. 11 da Lei n. 13.202, de 8 de dezembro de 2015.

Assim, embora se entenda que os tratados abrangem também a CSLL, no caso presente o que não se aplica é o Convenção Brasil-Holanda, por conseguinte mantém-se a decorrência do lançamento em relação à CSLL.

Também é importante consignar as razões expostas no mesmo voto condutor do Acórdão nº 9101-002.332, para afirmar a validade desta interpretação quando confrontada com os fundamentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.325.709:

Na sequência de sua argumentação o recorrente traz à baila o Ac. do REsp 1.325.709, na tentativa de fazer o entendimento daquele acórdão se aplicar ao presente caso, em que a jurisprudência judicial deu pela aplicação do art. 7º das convenções para afastar a incidência do art. 74 da MP n. 2.158-35/ 2001 (norma CFC brasileira), em um caso que envolvia tratados celebrados pelo Brasil com a Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo e controladas nesses mesmos países. Com o devido respeito ao entendimento do STJ, entendemos que os fundamentos da decisão referida estão equivocados.

Primeiramente, diga-se que regimentalmente o CARF não está adstrito às decisões do STJ que não sejam aquelas em sede de recurso repetitivo.

A decisão do STJ, consubstanciada no Ac. do REsp 1.325.709, com a devida vênia, parece-me equivocada nos seus fundamentos, conforme exponho sucintamente adiante.

1) Não se trata de hipótese de discutir a aplicação do art. 98 do CTN, simplesmente porque não há aqui conflito de leis no tempo nem sobre a matéria tributável ou sujeição passiva, embora o voto vencedor do Ac. do STJ tenha expendido grande esforço neste sentido. O Min. Relator do REsp concluiu também no sentido de que os tratados internacionais têm a mesma hierarquia das leis complementares (parágrafo 33, pg. 29, do voto vencedor do REsp.), conclusão com a qual não se pode concordar, pois o melhor entendimento é que os tratados tributários se situam, em uma perspectiva hierárquica kelseniana, entre a lei ordinária e a lei complementar, posição a qual defendo há bastante tempo.<sup>15</sup>

2) A decisão se assenta em argumentos que remetem à Convenção Modelo da OCDE. Porém o Brasil não é membro da OCDE. Neste sentido penso que os

<sup>15</sup> Conforme se pode verificar em VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar e Tratados Internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 286-295.

comentários daquele modelo não podem ser utilizados para este fim, e mesmo porque o Brasil e os outros países envolvidos na disputa são todos membros da ONU e, portanto, os comentários da Convenção Modelo da ONU deveriam ser considerados, conforme fizemos acima,, mas não foi sequer mencionada a Convenção Modelo da ONU. Ademais, mesmo considerando os comentários à Convenção Modelo da OCDE, a decisão do STJ ignorou sobejamente o cotejo do que dispõe o parágrafo 23 dos comentários ao art. 1º, o parágrafo 14 dos comentários ao art. 7º da Convenção Modelo da OCDE (os números de par. referem-se aqui à atualização de 2010)

(esses comentários ao art. 1º e ao art. 7º, já foram objeto de consideração aprofundada anteriormente neste meu voto). Essa maneira de tratar o tema pode conduzir a enviesamento da lógica hermenêutica que permeia a matéria.

4) A decisão ignorou as decisões de outros países sobre a matéria, que é de trato internacional, em relação a países membros da OCDE em ambos os lados dos acordos, nos quais majoritariamente tem dado pela não incidência dos tratados a ponto de afastar a aplicação de normas CFC.

5) A decisão analisou a questão da CFC sob a ótica da dupla tributação jurídica, tema coberto pelo art. 7º das convenções. Contudo, a tributação da variação patrimonial positiva ocorrida no Brasil em face de investimentos no exterior, que é o tema das normas CFC diz respeito à dupla tributação econômica, e que não se presta a ser resolvida pela aplicação do art. 7º das convenções, mas pelos arts. 9º (que não se aplica ao caso, pois remete aos preços de transferência) e 23 das convenções; devendo ser considerando que a norma brasileira permite o aproveitamento dos tributos pagos no exterior, em linha com o disposto no art. 23, como método de eliminar a dupla tributação.

Alinhe-se às razões acima as outras razões expendidas no decorrer do meu voto. É bem verdade que os alguns tratados podem trazer especificidades normativas que podem interferir na aplicação da norma CFC brasileira, mas este não foi o fundamento da decisão do STJ.

Os votos que acompanharam o voto do Relator aprofundaram alguns pontos, especialmente em relação à decisão do STF sobre a constitucionalidade parcial do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001. Parece-me correta a decisão recorrida, exarada pelo TRF da 2ª Região e também que o voto vencido do Min. Sérgio Kukina tem correta compreensão do fenômeno jurídico em debate, decidindo por reconhecer a compatibilidade do art. 7º das convenções à norma CFC brasileira.

Adicionalmente, cumpre mencionar trecho do voto do Min. Teori Zavaski, no RE 611.586/PR, julgado com repercussão geral reconhecida, que analisou a incidência do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 e dando pelo afastamento de “qualquer alegação de ofensa a Tratado destinado a evitar dupla tributação”, como segue (fls. 54-55 do ref. Acórdão):

*Esclareça-se que a tributação não está prevista para incidir sobre lucro obtido por empresa situada no exterior, mas, sim, sobre os lucros obtidos por empresa sediada no Brasil, provenientes de fonte situada no exterior. **Com isso, afasta-se qualquer alegação de ofensa a Tratado destinado a evitar dupla tributação.** Concorre para isso, ademais, a circunstância de que, paralelamente à tributação em bases universais, a Lei instituiu, no art. 26, um sistema de compensação, a saber: “[Transcrição do art. 26]”*

**Registre-se, por fim, ainda sobre a alegada dupla tributação, que o dispositivo aqui impugnado (art. 74 da MP 2.158-35/2001) não criou, nem ampliou tributo algum.**

*O imposto de renda sobre rendimentos obtidos por empresa situada no Brasil, advindos de fonte situada no exterior (tributação em bases universais TBU) já existe, como referido, desde a Lei 9.249/95. (Negritou-se)*

Em vista desses argumentos, com a devida vênia, entendo que os fundamentos da REsp 1.325.709, dando pela aplicação do art. 7º das convenções de dupla tributação para afastar a incidência da norma CFC brasileira, não são convincentes, e, como já exposto, também por outros fundamentos, chego à conclusão diversa. *(destaques do original)*

De tudo o que foi posto acima, chega-se à conclusão da ineficácia do recurso voluntário ao argumentar serem incompatíveis as disposições contidas no art. 74 da MP nº 2.158-35/01 com o artigo 7º das convenções para evitar Dupla Tributação; efetivamente não são, como vimos, partindo-se da premissa de que o objeto de tributação por parte da Autoridade Fiscal foi a empresa domiciliada no Brasil (no caso, a própria Recorrente), e não suas controladas diretas e indiretas no exterior. O Brasil adotou mecanismo internacionalmente reconhecido, ao promover a tributação em bases universais, para reduzir ou eliminar a dupla tributação econômica. Em apertadíssima síntese, a norma de TBU configura importante mecanismo de política tributária e adequa-se, constitucionalmente, à promoção da igualdade e à tributação conforme a capacidade contributiva, combatendo planejamentos tributários abusivos e agressivos e, ao mesmo tempo, reduzindo ou eliminando a dupla tributação econômica.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves