

# JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: O ARTIGO 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/2001 E O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COM BASE NA UTILIZAÇÃO DE TRATADOS. O "CASO EAGLE II" (ACÓRDÃO Nº 101-97.070)

Moisés de Sousa Carvalho Pereira e  
Paulo Roberto Riscado Junior

*Coordenadores do Contencioso Administrativo Tributário da PGFN.*

Sumário: 1 Introdução; 2 Breve Histórico dos Fatos; 3 O Acórdão Nº 101-97.070; 3.1 O voto vencido; 3.1.1 Comentários acerca do voto vencido; 3.2 O voto vencedor; 3.2.1 Comentários acerca do voto vencedor; 4 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

Anteriormente à edição da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, a tributação dos lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior ocorria no momento do seu pagamento ou crédito ao investidor brasileiro, na forma do art. 1º da Lei nº 9.532/97. Em outras palavras, a legislação nacional adotava a técnica do diferimento (*deferral*), vale dizer, os lucros não eram tributados no instante da sua apuração pelas subsidiárias no exterior, mas no momento da posterior distribuição à empresa brasileira.

No entanto, essa sistemática se mostrou ineficaz para a tributação universal, na medida em que o pagamento do imposto era postergado ao arbítrio da investidora brasileira, notadamente naqueles casos em que estava presente a relação de controle. Assim, diversas empresas evitavam a incidência de IRPJ e CSLL mediante a simples manutenção dos lucros no patrimônio das controladas, por prazo indefinido.

No intuito de contornar essa situação, veio a lume o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001. Fundamentado na avaliação do investimento em controladas e coligadas pelo método de equivalência patrimonial, o dispositivo legal eliminou o diferimento, antecipando a tributação para o momento da apuração dos lucros nos balanços das subsidiárias no exterior.

O advento do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 levou à sofisticação do planejamento tributário acima mencionado, tendo em vista que a apuração dos resultados pelas subsidiárias passou a ser suficiente para a

incidência de IRPJ e CSLL. Desse modo, muitas empresas constituíram sociedades *holdings* em países com os quais o Brasil celebrou tratados “favoráveis”<sup>1</sup>, interpostas entre a investidora brasileira e as subsidiárias operacionais.

Com essa reestruturação societária, pretendeu-se evitar a tributação dos resultados produzidos pelas subsidiárias operacionais, com base na alegação de que esses lucros estariam protegidos pelo tratado firmado com o país sede da sociedade *holding*, considerando que a sua eventual distribuição para a investidora brasileira ocorreria necessariamente por intermédio da *holding*.

Em função desse tipo de planejamento tributário, surgiu a necessidade de investigar os limites para a utilização dos tratados contra a dupla tributação, ou melhor, impõe-se a delimitação do alcance dos benefícios estabelecidos nos acordos internacionais.

É nesse contexto que se insere o Acórdão nº 101-97.070, o qual será analisado a seguir.

## 2 BREVE HISTÓRICO DOS FATOS.

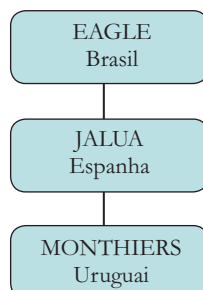
No ano-calendário de 2002, a contribuinte Eagle Distribuidora de Bebidas S.A. auferiu lucros no exterior, por intermédio de suas controladas Brahmaco, sediada em Gibraltar, e Jalua, domiciliada nas Ilhas Canárias, Espanha. Os lucros foram considerados disponibilizados em 31/12/2002 pela fiscalização, por força do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, dado que não foram oferecidos à tributação pela contribuinte.

O ponto central do processo gira em torno dos resultados apurados pela controlada Jalua. A contribuinte defende a submissão dos lucros à Convenção firmada entre Brasil e Espanha (Decreto nº 76.975/76), a qual impediria a sua tributação pelo Brasil. Todavia, constatou-se que a maior parte dos resultados da Jalua não foram gerados na Espanha, mas por sua controlada Monthiers, situada no Uruguai.

Em outras palavras, a contribuinte realizou um planejamento tributário mediante o uso do Tratado Brasil-Espanha, com o escopo de evitar a incidência de IRPJ e CSLL sobre os lucros apurados pela Monthiers. A estrutura societária pode ser visualizada no gráfico a seguir:<sup>2</sup>

1 O tratado dito “favorável” é aquele no qual os lucros auferidos pela controlada ou coligada no exterior não são tributados pelo Brasil, seja em virtude da competência exclusiva conferida pelo Artigo 7 ao país da fonte produtora, seja pela isenção conferida aos dividendos distribuídos à empresa residente no Brasil. Por exemplo, as Convenções firmadas com a Áustria (Decreto nº 78.107/76) e Espanha (Decreto nº 76.975/76).

2 A Jalua era domiciliada no Uruguai até 20/12/2001, quando foi transferida para a Espanha.



Percebe-se que a Jalua foi interposta entre a controladora brasileira e a controlada uruguaia, de forma que a Monthiers passou à condição de controlada indireta da Eagle.

Não obstante, o investimento na Monthiers continuou a ser avaliado pelo patrimônio líquido, em observância à legislação societária nacional, que determina a aplicação do método de equivalência patrimonial (MEP) aos investimentos em controladas diretas e indiretas.<sup>3</sup> Assim, apesar da Espanha não impor a avaliação das participações societárias em controladas pelo MEP, a Eagle aplicou o método aludido em toda a cadeia de controle, de sorte que os lucros produzidos pela Monthiers foram reconhecidos por equivalência patrimonial, em conformidade à legislação brasileira. Logo, os resultados da Monthiers foram reconhecidos nas demonstrações financeiras da Eagle, o que denota a ocorrência de acréscimo patrimonial para a empresa brasileira.

Enfim, a controvérsia reside na aplicação do Tratado Brasil-Espanha aos lucros apurados pela Jalua, ou seja, ao resultado operacional próprio da controlada espanhola e, sobretudo, aos lucros produzidos pela Monthiers.

### 3 O ACÓRDÃO Nº 101-97.070.

A antiga Primeira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, decidiu (i) que os lucros auferidos pela Jalua na Espanha não são tributáveis pelo Brasil, em razão das disposições do Tratado; e (ii) que os lucros apurados pela Monthiers não se submetem ao Acordo Internacional, o que autoriza a sua tributação no País.

Confira-se a ementa do julgado, nos aspectos pertinentes ao tema em estudo:

[...] LUCROS AUFERIDOS POR INTERMÉDIO DE COLIGADAS E CONTROLADAS NO EXTERIOR - Na vigência das Leis 9.249/95 e Lei 9.532/97 o fato gerador era representado pelo pagamento ou crédito (conforme definido na IN 38/96 e na Lei nº 9.532/97), e o que

<sup>3</sup> Inteligência dos arts. 116, 243, § 2º, e 248 da Lei nº 6.404/76. Nesse sentido, o art. 5º da Instrução CVM nº 247/1996.

se tributavam eram os dividendos. A partir da MP 2.158-35/2001, a tributação independe de pagamento ou crédito (ainda que presumidos), passando a incidir sobre os lucros apurados, e não mais sobre dividendos.

**LUCROS ORIUNDOS DE INVESTIMENTO NA ESPANHA** - Nos termos da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda entre Brasil e a Espanha, promulgada pelo Decreto n° 76.975, de 1976, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil.

**LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE CONTROLADAS INDIRETAS** - Para fins de aplicação do art. 74 da MP n° 2.158-35, os resultados de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira, e sua tributação no Brasil não se submete às regras do tratado internacional firmado com o país de residência da controlada direta, mormente quando esses resultados não foram produzidos em operações realizadas no país de residência da controlada, evidenciando o planejamento fiscal para não tributá-los no Brasil. [...]

Os fundamentos do Acórdão n° 101-97.070 estão consignados no voto vencido da Relatora, a conselheira Sandra Maria Faroni, bem como no voto vencedor proferido pelo conselheiro Valmir Sandri, que serão analisados a seguir.

### 3.1 O VOTO VENCIDO

A conselheira Sandra Faroni deu provimento ao recurso voluntário, para excluir da matéria tributável os lucros auferidos por intermédio da Jalua – inclusive os resultados apurados pela Monthiers –, em decorrência da aplicação do Tratado Brasil-Espanha.

Em seu voto, a conselheira examinou os diferentes pontos de vista acerca da questão, consubstanciados nas seguintes linhas de raciocínio:

1. No tocante aos resultados operacionais da Jalua, o debate se refere à qualificação dos lucros disponibilizados na forma do art. 74 da MP n° 2.158-35 em face do Acordo Internacional. Assim, a controvérsia reside na definição do artigo do Tratado que deve reger a tributação (Artigo 7 *versus* Artigo 10).

2. No que tange aos lucros produzidos pela Monthiers, a discussão diz respeito, em primeiro plano, à aplicação propriamente dita do Tratado, e, em segundo plano, ao problema da qualificação, na hipótese de se considerar aplicável a Convenção Brasil-Espanha.

A Relatora iniciou o voto traçando a evolução legislativa da tributação em bases universais, desde o art. 25 da Lei nº 9.249/95 até o advento do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, com a finalidade de elucidar a natureza do objeto da tributação. No seu entendimento, durante a vigência das Leis nº 9.249/95 e nº 9.532/97, os lucros auferidos por intermédio das subsidiárias no exterior eram tributáveis quando do pagamento ou crédito, o que caracterizava a incidência sobre “dividendos” (lucros pagos ou creditados = dividendos). A partir da MP nº 2.158-35, a tributação passou a incidir não sobre dividendos, mas sobre os lucros brutos apurados pelas controladas ou coligadas. Por suas palavras:

A partir da MP 2.158/01, a tributação passou a incidir não mais sobre os lucros disponibilizados (dividendos), mas sobre os lucros apurados no balanço. Muito embora tanto a legislação precedente como a MP nº 2.158-35 usem a expressão “serão considerados disponibilizados”, na legislação anterior essa expressão tem a conotação de presunção legal, enquanto na nova legislação a conotação é de ficção legal. Essa é uma diferença relevante porque, enquanto as presunções se baseiam no que ordinariamente acontece, a ficção se baseia naquilo que se sabe, com certeza, não ter acontecido. [...]

Pela legislação anterior, os valores tributados eram os pagos ou creditados. Embora não se tratasse, necessariamente, de pagamento ou crédito efetivo, somente os valores já líquidos do imposto pago no país de origem ou de qualquer outra destinação estatutária ou legal poderiam ser utilizados nas situações definidas na lei como caracterizadoras do pagamento ou crédito. Daí se poder concluir que o que se tributavam eram realmente os dividendos (distribuídos ou atribuídos).

Na nova situação, ao determinar que os lucros são computados pelos seus valores integrais, sem o desconto do tributo pago no país de origem, fica claro que a tributação não recai sobre dividendos, pois não se distribuem dividendos em valor superior ao lucro disponível para distribuição.

Na sequência, a conselheira buscou qualificar os lucros tributados segundo o art. 74 da MP nº 2.158-35 à luz do Tratado Brasil-Espanha.

Em razão da premissa adotada quanto à natureza do objeto da tributação (“lucros brutos das subsidiárias”), concluiu que a situação deveria ser regida pelo Artigo 7 do Acordo Internacional, que atribui competência exclusiva ao país da fonte produtora dos lucros.

No seu entendimento, enquanto a tributação recaía sobre lucros efetivamente distribuídos ao investidor brasileiro (Leis nº 9.249/95 e nº 9.532/97), aplicava-se o Artigo 10 dos tratados, que autoriza a tributação dos “dividendos pagos” no Estado-Contratante de residência do beneficiário (no caso, a empresa brasileira). Contudo, o art. 74 da MP nº 2.158-35 não permitiria a aplicação do Artigo 10, porque não se pode atribuir o significado de “dividendos pagos” aos lucros apurados nos balanços das subsidiárias, antes de qualquer dedução.

Apesar de julgar aplicável o Artigo 7 do Tratado, a conselheira abordou o posicionamento de que os lucros disponibilizados conforme o art. 74 da MP nº 2.158-35 poderiam ter, à luz do acordo internacional, natureza de “dividendos presumidos”, o que levaria à aplicação do Artigo 10. Concluiu que, mesmo por essa linha de raciocínio, o Brasil não poderia tributar os lucros disponibilizados pela Jalua. Isso porque, nos termos do item 4 do Artigo 23 do Tratado, a isenção foi o método escolhido para eliminar a dupla tributação dos dividendos, de sorte que o Brasil deve isentar os dividendos pagos pela empresa espanhola à investidora brasileira.

No que concerne aos lucros gerados pela Monthiers, a conselheira Sandra Faroni admitiu que estariam submetidos ao Acordo Internacional. Na sua visão, a eventual distribuição dos lucros da controlada indireta para a Eagle pressupõe necessariamente a sua passagem pela Jalua, o que implicaria a submissão ao Tratado.

A conselheira Relatora julgou que, à luz do Tratado, a única maneira de qualificar os referidos lucros seria a título de “dividendos antecipados ou presumidos” da Jalua, *in verbis*:

[...] como já mencionei, no presente processo a Procuradoria da Fazenda Nacional questionou a aplicação da Convenção em relação à parcela do lucro da controlada espanhola representada pelo resultado da equivalência patrimonial, os quais, pela legislação daquele país, não são registrados e, portanto, não sofreram tributação na Espanha.

No voto condutor da Resolução nº 101-02.577, de 06 de dezembro de 2006, analisando o questionamento da PFN concluí, com segurança, que mesmo para essa parcela o Acordo Internacional seria aplicável, mas admiti que, nesse caso, a aplicação só seria possível sob a ótica de dividendos antecipados, tal como defendido pelo Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior. [...]

A despeito de não estar em causa a exclusão da tributação extraterritorial de dividendos, que é tratada no n° 5 do art. 10 (que não está contido na Convenção com a Espanha), servi-me das considerações contidas nos itens 37, 38 e 39 dos comentários para compreender o sentido dos dividendos presumidos (antecipados). E a partir deles entendi: (a) que a disposição da legislação brasileira, de tributar a parcela de participação da investidora brasileira nos lucros auferidos na controlada e ainda não distribuídos, por si só, não fere o Tratado; (b) que se o Estado de residência do investidor tratar a importância relativa aos lucros não distribuídos como dividendo presumido, deve aplicar-lhe a isenção prevista na convenção como privilégio de afiliação (no caso da Espanha, o parágrafo 4 do Art. 23).

Logo, os lucros auferidos pela Monthiers seriam regidos pelo Artigo 10 do Tratado, qualificados como dividendos presumidos. A tributação no Brasil, por sua vez, seria afastada pelo Artigo 23, item 4, que confere isenção aos dividendos pagos pela subsidiária espanhola à controladora brasileira.

Em seguida, a conselheira passou a analisar a questão sob a ótica da legislação de transparência fiscal internacional (a chamada “legislação CFC”, abreviatura de *controlled foreign companies*), que “*implica considerar que o lucro foi auferido diretamente pela empresa brasileira, e não pela empresa espanhola, o que o retiraria da submissão ao Tratado. O deslinde do litígio passa a se situar na verificação da compatibilidade da lei brasileira de transparência fiscal com o Tratado.*”

Concluiu, nesse aspecto, que a regra brasileira de transparência fiscal (art. 74 da MP n° 2.158-35) é compatível com os acordos internacionais que seguem o modelo da OCDE, *somente* nas situações em que está caracterizado o intuito abusivo do investimento no exterior, ou na hipótese de utilização dos tratados como instrumento de planejamento fiscal estruturado com o objetivo exclusivo de evitar a tributação no Brasil.

A Relatora salientou, ademais, que essas circunstâncias devem ser apontadas no ato do lançamento, ou seja, cabe à autoridade fiscal acusar a ocorrência de planejamento tributário abusivo, com a finalidade de afastar a proteção do tratado aos lucros auferidos por empresas que não estejam situadas nos Estados Contratantes.

No caso concreto, todavia, como a utilização abusiva do Tratado Brasil-Espanha não foi indicada no lançamento, a conselheira entendeu que deve ser aplicado o Acordo Internacional, que impede a tributação no Brasil dos lucros apurados pela controlada indireta da Eagle.

Em linhas gerais, são esses os principais fundamentos do denso voto proferido pela conselheira Sandra Faroni. O voto envolve ainda outras matérias atinentes à tributação universal, a exemplo da variação

cambial do investimento no exterior e da aplicação dos métodos para evitar a dupla tributação, que escapam do objeto do presente estudo.

### 3.1.1 COMENTÁRIOS ACERCA DO VOTO VENCIDO

Há dois aspectos do voto vencido que merecem uma análise mais aprofundada. O primeiro ponto diz respeito ao tormentoso problema da qualificação dos lucros disponibilizados conforme o art. 74 da MP n° 2.158-35 em vista do Tratado. O segundo ponto se refere à compatibilidade entre a regra CFC brasileira e os tratados que seguem o Modelo OCDE.

A princípio, é importante elucidar o raciocínio que vem sendo empregado pela jurisprudência dominante no CARF, ao enfrentar a matéria em questão. A ampla maioria dos julgados parte da premissa de que os tratados devem prevalecer sobre o direito interno, dada a sua natureza de norma especial (art. 98 do CTN). Dessa forma, busca-se qualificar o objeto tributável em face dos acordos internacionais, no intuito de verificar se o Brasil possui competência para tributar os rendimentos.

No caso da tributação de lucros auferidos no exterior por sociedades residentes no Brasil, a discussão gira em torno dos Artigos 7 e 10 dos tratados que seguem o Modelo OCDE.

O Artigo 7 atribui ao país de residência da sociedade a competência exclusiva para a tributação dos seus lucros, ressalvando o exercício da atividade empresarial no outro país mediante estabelecimento permanente. Já o Artigo 10 permite a tributação dos dividendos pagos (lucros distribuídos) no país de residência do beneficiário efetivo, bem como no país da fonte, com as limitações previstas em cada tratado. Assim, o Artigo 10 distribui a competência tributária entre os países da fonte e de residência do beneficiário (competência concorrente), o que pode ensejar a dupla tributação, afastada por intermédio dos métodos dispostos no Artigo 23 do Tratado Modelo. Pelo método da imputação, o país de residência do beneficiário concede um crédito pelo imposto pago no país da fonte, permitindo a sua compensação integral ou parcial.<sup>4</sup> À seu turno, caso adotado o método da isenção, os dividendos percebidos pelo beneficiário são isentos em seu país de residência.<sup>5</sup>

É essencial perceber que, na jurisprudência majoritária do CARF, a qualificação é desdobrada em dois momentos distintos. Em um primeiro momento, qualifica-se o fato de acordo com a lei interna, definindo-se a natureza do objeto tributável. No segundo momento, há a qualificação dos lucros tributados conforme o direito interno em face do tratado. Investiga-

4 O método da imputação é adotado, dentre outros, nos Tratados celebrados com Portugal (Decreto n° 4.012/2001), Países Baixos (Decreto n° 355/1991) e Hungria (Decreto n° 53/1991).

5 Como visto, o método da isenção está presente nas Convenções firmadas com a Espanha e com a Áustria.



se, então, qual o Artigo do tratado deve reger a tributação na sistemática prevista pela lei brasileira (Artigo 7 *versus* Artigo 10).

O raciocínio pode ser sintetizado nos seguintes termos:

- a. O direito interno tributa os lucros disponibilizados para a empresa brasileira; logo, a tributação é regida pelo Artigo 10, dado que, à luz do tratado, o objeto tributável possui natureza de dividendos pagos. Por consequência, o Brasil é competente para tributar os lucros disponibilizados pelas subsidiárias, desde que não tenha adotado o método da isenção para evitar a bitributação.
- b. O direito interno tributa os lucros das subsidiárias no exterior; logo, à luz do tratado, a tributação é regida pelo Artigo 7, dado que o objeto tributável é o lucro da empresa estrangeira. Por consequência, o país das subsidiárias detém competência exclusiva para tributar os lucros, visto que foram produzidos por residentes em seu território.

Note-se que, antes de ser qualificado em face do tratado, o fato é juridicizado pela lei brasileira. Ou seja, o fato não é qualificado diretamente no acordo internacional, mas somente após a incidência do direito interno, i.e., após caracterizado como *fato jurídico*. Em suma: no primeiro momento, ocorre a subsunção do fato ao direito interno. Na etapa subsequente, o fato jurídico é enquadrado no Artigo 7 ou no Artigo 10 do tratado, com a definição do país competente para impor a tributação.

O processo de qualificação é muito bem ilustrado pelo voto da conselheira Sandra Faroni. Inicialmente, a conselheira promoveu a subsunção do fato ao direito interno, examinando a natureza do objeto tributável. Entendeu que, na vigência das Leis nº 9.249/95 e nº 9.532/97, “os lucros obtidos por intermédio das controladas ou coligadas no exterior eram tributáveis quando do pagamento ou crédito (ainda que presumidos, conforme definido na legislação), caracterizando-se a tributação como incidindo sobre dividendos.” Após a MP nº 2.158-35, todavia, foi alterado o objeto da tributação, isto é, “a tributação passou a incidir não sobre dividendos, mas sobre os lucros brutos apurados.” Na sequência do voto, os lucros tributados na sistemática da MP nº 2.158-35 (“lucros brutos das subsidiárias”) são qualificados em face do Tratado Brasil-Espanha, concluindo a conselheira que “a tributação dos lucros disponibilizados fictamente na forma do art. 74 da MP 2.158-35, de 2001, se rege pelo artigo 7º da Convenção.” Por conseguinte, a Espanha teria competência exclusiva para tributar os lucros produzidos pela Jalua, razão pela qual foi declarada a improcedência do lançamento fiscal.

Um dos pontos cruciais do voto da conselheira Sandra Faroni reside no entendimento de que a técnica de tributação veiculada no art. 74 da

MP nº 2.158-35 haveria modificado o objeto tributável, deslocando-o dos “lucros distribuídos à empresa brasileira” para os “lucros brutos apurados pelas subsidiárias”. Em função dessa mudança, a tributação passou a ser regida pelo Artigo 7 dos tratados, que afasta a competência do Brasil – como já assinalado, a qualificação no Artigo 10 permite a tributação pelo País, ressalvadas as convenções em que é adotado o método da isenção.

Em nossa ótica, contudo, o art. 74 da MP nº 2.158-35 não acarretou qualquer modificação no objeto tributável. De fato, a legislação nacional sempre incidiu sobre os lucros *disponibilizados* para a empresa brasileira – aliás, vale ressaltar que a tese de que o art. 74 da MP nº 2.158-35 consubstanciaria uma disponibilização ficta ou presumida de renda foi afastada no recente julgamento do STF na ADIn nº 2.588, pelo menos em relação às empresas controladas (o julgamento ainda não foi finalizado). Por inerência, o objeto da tributação sempre foi *o lucro da empresa brasileira*, vale dizer, o lucro disponibilizado para a investidora no Brasil.

Dito por outro modo, a legislação nacional não alcança os lucros próprios das controladas e coligadas no exterior, mas os lucros disponibilizados para a sociedade brasileira.

Desse modo, conquanto a distinção seja sutil, não se pode confundir a tributação da própria subsidiária residente no exterior (o que é vedado pelo Artigo 7), com a tributação da investidora sediada no país, cujos resultados englobam os lucros auferidos por intermédio da subsidiária estrangeira, disponibilizados nos termos da legislação tributária interna. Afinal, o reconhecimento dos lucros das investidas pelo método da equivalência patrimonial implica o aumento do patrimônio da investidora, independentemente da distribuição efetiva.

Logo, considerando que os tributos incidem sobre os lucros da empresa brasileira, o art. 74 da MP nº 2.158-35 não viola o Artigo 7 dos tratados, pois não promove uma dupla tributação *jurídica* dos lucros das subsidiárias estrangeiras. Como visto, a incidência sobre *lucros disponibilizados* para a investidora não se confunde com a tributação dos lucros brutos de suas controladas e coligadas. Em suma, não há uma dupla tributação em sentido jurídico, mas uma (possível) bitributação econômica dos lucros produzidos no exterior, o que escapa do objeto dos tratados.

Nesse sentido, é interessante mencionar o Acórdão nº 1402-00.391, proferido em 27/1/2011 pela 2ª Turma da 4ª Câmara da 1ª Seção do CARF, no qual foi acolhido o entendimento sustentado pela PFN:

IRPJ E CSLL. TRIBUTAÇÃO DE RESULTADOS AUFERIDOS POR MEIO DE CONTROLADA NO EXTERIOR. TRATADO BRASIL-HUNGRIA. A Legislação Tributária Brasileira não estabelece incidência sobre os lucros da controlada estrangeira (o que é vedado pelo Artigo VII), *mas sim sobre lucros da investidora brasileira*, isto é, dispõe

que o lucro real da contribuinte *engloba* os lucros disponibilizados por sua controlada, incorporados ao seu patrimônio em função do Método da Equivalência Patrimonial – MEP. Logo, a tributação recai sobre os lucros da empresa brasileira, o que afasta a aplicação do aludido Artigo VII do Tratado. O art. 74 da MP nº 2.158-35 é uma autêntica regra CFC (regra de tributação de resultados de controladas no exterior), compreendida como norma voltada para eliminar o diferimento na tributação dos lucros auferidos no exterior. Não há um “padrão único” de legislação CFC. O ponto comum desse tipo de regra é a tributação dos residentes de um Estado Contratante em relação à renda proveniente de sua participação em empresas estrangeiras. *No contexto dos tratados, os dividendos pagos correspondem a lucros distribuídos aos sócios da empresa.* Por força da MP nº 2.158-35, os lucros apurados pela controlada no exterior são considerados distribuídos por ficção legal, incorporados ao patrimônio da contribuinte brasileira via MEP. A não incidência tributária dos dividendos restringe-se aos lucros produzidos e tributados no Brasil.

Essa linha de raciocínio também foi seguida pela 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção do CARF, no Acórdão nº 1101-00.365 (10/11/2010), *in verbis*:

CONVENÇÃO BRASIL-PORTUGAL PARA EVITAR DUPLA TRIBUTAÇÃO. PREMISSAS PARA ANÁLISE DO CONFLITO NORMATIVO. O art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 estabelece tributação sobre dividendos percebidos por beneficiários situados no país mediante ficção de disponibilização dos resultados auferidos por intermédio de coligadas ou controladas no exterior. COMPATIBILIDADE COM O TRATADO INTERNACIONAL. O acordo firmado entre Brasil e Portugal autoriza a tributação de dividendos no Estado onde se situa o beneficiário dos rendimentos e somente proíbe o país onde se situa a fonte pagadora de tributar lucros não distribuídos. [...]

Por outro lado, cabe ainda examinar a aplicação do Artigo 10 do Tratado Brasil-Espanha aos lucros da Monthiers, isto é, a caracterização dos lucros disponibilizados como “dividendos pagos” ou “dividendos presumidos” devidos pela Monthiers à investidora brasileira.

Perceba-se aqui mais uma interessante particularidade. De acordo com a MP nº 2.158-35, o IRPJ incide no momento em que os lucros auferidos por intermédio de subsidiárias no exterior são apurados no balanço. Considera-se, portanto, que esses valores foram disponibilizados à empresa brasileira. Só que a data dessa disponibilização é anterior ao

pagamento propriamente dito dos lucros à investidora, o que pode acontecer por intermédio da distribuição dos dividendos.

Na hipótese de uma posterior distribuição de dividendos, pode ocorrer uma dupla tributação vedada pelo tratado, mas de certo modo inusual, porque o país de residência do investidor tributaria antes do país da fonte do rendimento (i.e., os lucros “disponibilizados” são tributados antes da sua distribuição como dividendos), quando, por lógica, se esperaria que ocorresse o inverso.

Esse entendimento foi secundado no voto vencido da conselheira Sandra Faroni. Na linha de raciocínio da conselheira, ainda que se considerasse que o art. 74 da MP nº 2.158-35 estaria incidindo sobre “lucros da controladora brasileira” e não sobre “lucros da controlada estrangeira” ou “dividendos pagos pela controlada estrangeira”, a diferença entre tais fatos seria meramente temporal. Em algum momento, os “lucros da controladora brasileira” seriam “dividendos pagos pela controlada estrangeira”, o que justificaria a aplicação do tratado. Em suma, “*a ficção estabelecida pela MP implicaria esvaziamento da convenção mediante alteração posterior de ‘definição’ (de dividendos pagos)*”.

Entretanto, essa argumentação é criticável porque vê na norma brasileira um propósito de “esvaziamento” da Convenção, quando se sabe que o ordenamento pátrio consagra (art. 26 da Lei nº 9.249/95), claramente, regra que evita a dupla tributação dos lucros auferidos no exterior. Ou seja, é incoerente afirmar que o art. 74 da MP nº 2.158-35 teria como efeito restringir normas convencionais contrárias à dupla tributação, quando o próprio sistema jurídico brasileiro, em que a MP se insere, também veda a dupla tributação.

Ademais, dependendo do caso concreto, pode não fazer sentido afirmar que a tributação dos lucros da controlada indireta teria que se equiparar à distribuição de “dividendos presumidos”. Isso porque, em verdade, no momento da incidência do art. 74 da MP nº 2.158-35 não é possível saber se os lucros disponibilizados serão pagos a título de dividendos ou a outro título. Por essa razão, a própria OCDE admite que essas quantias podem ser qualificadas à luz do tratado como “outros rendimentos”. E, segundo a OCDE, caso a distribuição dos lucros se dê efetivamente na forma de dividendos, a dupla tributação será evitada normalmente. Confira-se os parágrafos 37 a 39 dos Comentários da OCDE ao Artigo 10 da Convenção Modelo, (tradução livre):

37. Poder-se-ia argumentar que quando o país de residência do contribuinte, de acordo com sua legislação sobre sociedades controladas no exterior ou outros dispositivos de efeito similar, busca tributar lucros não distribuídos, está agindo contrariamente ao disposto no § 5º. Entretanto, deve-se notar que o parágrafo se restringe à tributação

na fonte e, portanto, não influi sobre a tributação na residência sob tal legislação ou normas. Acrescente-se que o parágrafo diz respeito apenas à tributação da companhia e não do acionista.

38. A aplicação de tal legislação ou normas pode, entretanto, complicar a aplicação do art. 23 [estipula métodos para evitar a dupla tributação]. Se a renda fosse atribuída ao contribuinte, então cada item da renda teria de ser tratado de acordo com os dispositivos pertinentes da Convenção (lucros decorrentes da atividade, juros, royalties). Se o valor for tratado como um dividendo presumido, então está claro que ele deriva da “companhia de base”, constituindo, assim, renda originada no país daquela companhia. Mesmo assim, não está de modo algum claro se o montante tributável deve ser considerado como dividendo segundo o art. 10 ou como “outros rendimentos” conforme o art. 21. De acordo com algumas dessas legislações ou normas, o montante tributável é tratado como dividendo, resultando em que uma isenção concedida por uma convenção tributária, por exemplo uma isenção em razão da filiação, também se estende a ele. É duvidoso se a Convenção exige que isso seja feito. Se o país de residência considera não ser esse o caso, pode enfrentar a alegação de estar obstruindo a operação normal da isenção em razão da filiação por meio da tributação prévia do dividendo (sob a forma de “dividendo presumido”).

39. Quando os dividendos forem de fato distribuídos pela “companhia de base”, os dispositivos de uma convenção bilateral relativos a dividendos terão de ser aplicados normalmente porque há rendimentos de dividendo segundo o significado da convenção. Portanto, o país de residência da “companhia de base” pode sujeitar o dividendo a um imposto retido na fonte. O país de residência do acionista aplicará os métodos normais para eliminar a dupla tributação (crédito tributário ou isenção tributária é concedida). Isso implica que o imposto retido na fonte sobre o dividendo deveria ser creditado no país de residência do acionista, mesmo se o lucro distribuído (o dividendo) tiver sido tributado anos antes de acordo com a legislação sobre sociedades controladas no exterior ou outras normas de efeito similar. Entretanto, a obrigação de conceder crédito nesse caso permanece duvidosa. Geralmente o dividendo como tal é isento de tributação (pois já fora tributado segundo a legislação ou normas pertinentes) e alguém poderia argumentar que não há base para um crédito tributário. Por outro lado, o objetivo do tratado seria frustrado se o crédito dos tributos pudesse ser evitado pela mera antecipação da tributação dos dividendos de acordo com legislação em contrário. O princípio geral estabelecido acima sugeriria que o crédito deveria ser concedido, embora os detalhes

possam depender de tecnicismos da legislação ou normas pertinentes, e o sistema para o crédito de tributos estrangeiros contra tributos internos, assim como das particularidades do caso (por exemplo, tempo decorrido desde a tributação do “dividendo presumido”). Contudo, os contribuintes que recorram a arranjos artificiais correm riscos em relação aos quais não podem ser totalmente salvaguardados pelas autoridades tributárias”. (grifos não constantes do original)

Note-se também que a interpretação defendida pela conselheira restringe exageradamente a finalidade antielisiva do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001. Como visto acima, o propósito da norma brasileira é impedir o diferimento da tributação dos lucros auferidos no exterior, mediante a tributação das quantias antes do seu pagamento. Porém, os métodos para evitar a dupla tributação previstos nos tratados somente incidem quando há o pagamento dos lucros, pois é nesse momento que é possível qualificar as quantias como “dividendos” de acordo com as normas do país da fonte dos rendimentos.

Ora, o voto vencido, mediante um raciocínio presuntivo, “antecipou” a incidência do tratado, do fato “pagamento” para o fato “apuração do lucro”, justamente para reduzir os efeitos antielisivos do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001. Porém, se o tratado não é incompatível com as normas antielisão, não faz sentido interpretar as normas convencionais de modo a restringir tais efeitos das normas nacionais. Ou seja, não implica esvaziamento da convenção a norma que, com propósitos claramente antielisivos, considera os lucros disponibilizados antes da sua distribuição, quando a dupla tributação será evitada no pagamento das quantias à controladora nacional.

Nesse passo, vale lembrar que os lucros da controlada Monthiers não se originaram na Espanha. Assim, como justificar a incidência do Tratado Brasil-Espanha, e a qualificação das quantias como “lucros submetidos ao Artigo 7” ou “dividendos submetidos ao Artigo 10”, se os valores não foram originados naquele País?

Para a conselheira, o art. 74 da MP nº 2.158-35, ao incidir diretamente sobre os lucros da Monthiers, deveria ser classificada como uma “norma CFC”, que é uma técnica internacionalmente reconhecida para evitar planejamentos abusivos em matéria de tributação dos lucros auferidos no exterior.

Ao examinar a questão do ponto de vista da legislação de transparência fiscal internacional, a conselheira registrou que os Comentários da OCDE reconhecem a compatibilidade entre a legislação CFC e os tratados. De fato, as regras CFCs não estão em conflito com os tratados porque está claro, no âmbito internacional, que cada país pode dispor livremente sobre a base de cálculo do imposto de renda devido

pelo residente que investe no exterior, *desde que* impeça a dupla tributação – aliás, essa é a regra fundamental para fins de interpretação dos tratados. Essa conclusão está evidenciada nos Comentários da OCDE à Convenção Modelo, especificamente no parágrafo 23 dos Comentários ao Artigo 1 e no parágrafo 14 dos Comentários ao Artigo 7 (tradução livre):

23. A utilização de “companhias de base” [“base companies” em inglês] também pode ser tratada através de normas sobre sociedades controladas no exterior [“Controlled Foreign Corporations/CFCs” em inglês]. Um número significativo de países membros e não membros adotou tal legislação. Enquanto o design desse tipo de legislação varia consideravelmente de país para país, um traço comum dessas regras, agora internacionalmente reconhecidas como um instrumento legítimo para proteger a base tributária local, é que elas resultam na tributação, por um Estado Contratante, de seus residentes relativamente à renda proveniente de sua participação em certas entidades estrangeiras. Argumentou-se algumas vezes, com base numa determinada interpretação de dispositivos da Convenção tais como o Art. 7º, § 1º, e o Art. 10, § 5º, que esse traço comum da legislação sobre sociedades controladas no exterior estaria em conflito com tais dispositivos. Pelos motivos expostos nos parágrafos 14 dos “Comentários” ao Art. 7º e 37 dos “Comentários” ao Art. 10, tal interpretação não está de acordo com o texto dos dispositivos. A interpretação também não se sustenta quando os dispositivos são lidos em seu contexto. Portanto, enquanto alguns países consideraram útil esclarecer expressamente, em suas convenções, que a legislação das sociedades controladas no exterior não está em conflito com a Convenção, tal esclarecimento não é necessário. Reconhece-se que a legislação das sociedades controladas no exterior estruturada dessa forma não é contrária aos dispositivos da Convenção.

14. 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 próprios residentes com base nos dispositivos relativos a sociedades controladas no exterior encontrados em sua legislação interna, ainda que tal tributo, imposto a esses residentes, possa ser computado em relação à parte dos lucros de uma empresa residente em outro Estado Contratante atribuída à participação desses residentes nessa empresa. O tributo assim imposto por um Estado sobre seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado e não se pode dizer, portanto, que teve por objeto tais lucros (ver também § 23 dos “Comentários” ao art. 1º e §§ 37 a 39 dos “Comentários” ao art. 10).



Entretanto, a conselheira se valeu da doutrina de Marciano Seabra de Godoi<sup>6</sup> e João Francisco Bianco<sup>7</sup> para advertir que a compatibilidade entre as regras CFCs e os tratados está condicionada à existência de escopo elisivo subjacente ao investimento no exterior. Isso porque, na maioria dos países, a legislação CFC é adotada como regime excepcional, cuja aplicabilidade pressupõe o preenchimento de certos requisitos, como apontado por Marciano Seabra de Godoi:

O regime da transparência fiscal internacional foi concebido e implementado ao longo das últimas décadas para atingir situações específicas de planejamento tributário internacional, em que pelo menos três fatores estão presentes. Em primeiro lugar, supõe-se um controle inequívoco da empresa estrangeira pela empresa nacional submetida ao regime de transparência; em segundo lugar, o regime só é aplicado a determinados tipos de rendimentos, os chamados rendimentos passivos, aqueles que não decorrem de uma genuína atividade empresarial e são produzidos por ativos transferidos previamente pela matriz; finalmente, o regime somente é aplicado quando a entidade controlada ou coligada se localiza numa jurisdição fiscal favorecida (paraíso fiscal), ou desfruta de um regime fiscal privilegiado.

Por essa razão, a conselheira Sandra Faroni concluiu que a regra CFC brasileira somente é compatível com os tratados nas hipóteses em que está presente o intuito abusivo do investimento no exterior. Demais disso, enfatizou que a demonstração dessa circunstância fática é um ônus da autoridade fiscal. No caso concreto, portanto, como a utilização abusiva do Tratado Brasil-Espanha não foi apontada no lançamento, entendeu que a matéria não poderia ser analisada sob o prisma do planejamento tributário inoponível ao Fisco.

Tal posicionamento também é criticável, visto que, para a conselheira, o campo de incidência do art. 74 da MP n° 2.158-35 seria variável conforme o país de residência da fonte produtora dos lucros.

De acordo com esse raciocínio, se a controlada direta ou indireta estiver em país com o qual o Brasil não possua tratado, o art. 74 da MP n° 2.158-35 incide sobre os lucros reconhecidos no balanço das controladas.

Porém, se a controlada direta estiver em país com quem o Brasil possua tratado, o art. 74 da MP n° 2.158-35 só incidiria sobre os lucros reconhecidos no balanço da controlada indireta (nos dizeres da Relatora “considerar que o lucro foi auferido diretamente pela empresa brasileira, e

6 GODOI, Marciano Seabra de. Imputação de lucros de sociedades não residentes no Direito Fiscal Brasileiro. *Fiscalidade. Revista de Direito e Gestão Fiscal*. v. 22. p.43-60. Lisboa: 2005.

7 BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007.



não pela empresa espanhola, o que o retiraria da submissão ao Tratado”) *se restasse comprovado que a intermediação da controlada direta foi utilizada pela controladora brasileira de forma abusiva.*

Essa indefinição do campo de incidência da norma é obviamente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro!

Na verdade, o art. 74 da MP nº 2.158-35 sempre incide sobre os lucros reconhecidos no balanço da controlada indireta. Esses lucros poderão ser reconhecidos no balanço da controladora direta, sediada em país com o qual o Brasil possua tratado. Mas esse fato, por ser em regra posterior à incidência do art. 74 da MP nº 2.158-35, não interfere na aplicabilidade desse dispositivo, a menos que com base em um raciocínio presuntivo (os “dividendos antecipados”, comentados acima).

Por outro lado, a mesma presunção de que tais lucros seriam tributados no país da controlada direta (com o qual o Brasil possui tratado), somente poderia fazer algum sentido se houvesse causa jurídica a fundamentar o raciocínio de que os valores teriam que transitar, necessariamente, pelo patrimônio da controlada direta.

Ocorre, e esse é um ponto importante que explica o planejamento tributário no caso concreto, que os lucros da Monthiers, apesar de registrados no balanço da controladora brasileira (em decorrência das determinações legais já citadas), não foram registrados no patrimônio da Jalua, eis que a legislação espanhola, ao contrário da brasileira, autoriza a avaliação das participações societárias em empresas controladas pelo método do custo de aquisição, ao invés do método da equivalência patrimonial.

Em função dessa particularidade, os lucros da Monthiers seriam registrados no balanço da controladora indireta (Eagle, brasileira), mas não seriam contabilizados pela controladora direta (Jalua, espanhola).

Portanto, no momento da incidência do art. 74 da MP nº 2.158-35 não havia nenhuma justificativa para a alegação de que os lucros da Monthiers, contabilizados pela Eagle, teriam que, necessariamente, transitar pelo patrimônio da Jalua, visto que a própria Jalua não estava obrigada a reconhecer os valores em sua contabilidade. Na prática, isso significaria dizer que os lucros da Monthiers teriam sido distribuídos à controladora indireta sem trânsito pelo patrimônio da controladora direta, e conseqüentemente sem possibilidade de tributação no país de residência dessa empresa, a Espanha, com quem o Brasil possui o Tratado.

Note-se que o propósito antielisivo da norma brasileira previne, justamente, os planejamentos que possam ocorrer em matéria de tributação dos lucros no exterior. Além disso, no caso concreto, a demonstração de que os lucros da Monthiers, registrados na Eagle, não foram sequer contabilizados na Jalua, reforça o entendimento de que o Tratado Brasil-Espanha não poderia ser aplicado. Como presumir que os lucros auferidos por Monthiers deveriam transitar pela contabilidade da Jalua, se as normas

espanholas não obrigavam Jalua a contabilizar esses valores, quando apurados pela Monthiers?

Esses fatos levaram os demais conselheiros a entender que a aplicação do Tratado Brasil-Espanha ao caso, na forma como proposta pela conselheira Relatora, teria um resultado contrário à finalidade do próprio Tratado, ao possibilitar uma *dupla não tributação*, na Espanha e no Brasil.

### 3.2 O VOTO VENCEDOR

O conselheiro Valmir Sandri proferiu o voto condutor do entendimento perfilhado pela maioria dos julgadores, divergindo da conselheira Sandra Faroni no tocante à aplicação do Tratado aos lucros produzidos pela Monthiers.

O ponto de partida da divergência reside na sistemática pela qual os lucros da controlada indireta devem ser reconhecidos (e tributados) pelo investidor brasileiro, como bem delimitado no voto vencido:

Quanto à equivalência patrimonial da controlada indireta, haveria duas hipóteses a serem consideradas: (1) ou se toma em consideração o resultado da Jalua (sem influência do resultado da Monthiers), e nesse caso o resultado da controlada indireta uruguaia se considera diretamente auferido pela Eagle (com apoio no art. 1º, §§ 1º., 2º e 4º e no art. 7º da IN 213), sendo inaplicável o acordo internacional; (2) ou se toma o resultado da Jalua Spain já influenciado pelo resultado positivo da Monthiers, aplicando-se o acordo internacional. Ao analisar essa questão para enfrentar o argumento da PFN, de que os resultados apurados no Uruguai não se submetem ao Acordo internacional, entendi que não há como trazer tais lucros para o Brasil se não por intermédio da controlada direta.

A tributação do lucro obtido pela Monthiers por intermédio da Jalua pressupõe o cálculo da equivalência patrimonial, na Jalua, do investimento por ela feito na Monthiers.

Como já exposto, na linha de raciocínio da conselheira Sandra Faroni, a distribuição dos lucros da Monthiers para a Eagle pressupõe a sua passagem pela Jalua. Por conseguinte, os lucros da controlada indireta devem compor o resultado da controlada direta, o que acarreta a aplicação do Tratado.

O conselheiro Valmir Sandri, por sua vez, adotou a premissa de que os lucros da Monthiers consideram-se auferidos diretamente pela Eagle, com fundamento na legislação societária e fiscal brasileira. Dessa forma, o resultado da Monthiers deve ser considerado individualizadamente,

em separado do resultado da Jalua. Por inerência, não há que se falar na aplicação do Tratado Brasil-Espanha aos lucros da Monthiers, tendo em vista que não foram produzidos por residentes dos Estados Contratantes.

A argumentação construída no voto condutor pode ser desdobrada nos pontos a seguir:

- A legislação tributária nacional determina a adição, na apuração do lucro real da controladora brasileira, dos lucros auferidos no exterior por intermédio de suas controladas (art. 25 da Lei n° 9.249/95). Determina, ainda, que os lucros de cada controlada devem ser considerados de forma individualizada (art. 16, I, da Lei n° 9.430/96).
- O conceito de “sociedade controlada” definido pela legislação societária e comercial abrange tanto as controladas diretas quanto as controladas indiretas (arts. 116 e 243, § 2°, da Lei n° 6.404/76; art. 1.098 do Código Civil).
- Esse conceito foi absorvido sem ressalvas pela legislação fiscal, conforme disposto no art. 384, § 2°, do Regulamento do Imposto de Renda de 1999.
- Logo, para fins societários e fiscais, não há distinção jurídica entre as controladas diretas e indiretas, isto é, ambas são reconhecidas como “sociedades controladas”.
- Por consequência, os lucros auferidos pelas controladas diretas e indiretas devem ser adicionados na determinação do lucro real da investidora brasileira. Ademais, os resultados de cada controlada devem ser considerados individualizadamente, vale dizer, os lucros da controlada indireta devem ser apurados em separado do resultado da controlada direta.
- No caso concreto, os lucros da Monthiers (controlada indireta) devem ser adicionados ao lucro líquido da Eagle, independentemente do prévio reconhecimento por equivalência patrimonial na Jalua (controlada direta).
- Por outro giro, os lucros da Monthiers consideram-se auferidos diretamente pela Eagle, sem influenciar o resultado da Jalua.
- Não há desconsideração da personalidade jurídica da Jalua, mas observância dos conceitos de “acionista controlador” e “sociedade controlada” definidos pela legislação societária e incorporados pelo direito tributário. A rigor, a transparência fiscal no Brasil é corolário da transparência societária (arts. 116 e 243, § 2°, da Lei n° 6.404/76).
- O Tratado Brasil-Espanha não alcança os lucros da Monthiers, seja porque não foram produzidos por residente dos Estados-Contratantes, seja pela apuração individualizada dos lucros

gerados pelas controladas diretas e indiretas da investidora brasileira.

Considerando que o presente estudo gira em torno da utilização dos tratados como ferramenta de planejamento tributário, vale reproduzir a passagem do voto condutor referente à delimitação do alcance dos benefícios previstos no Tratado Brasil-Espanha:

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

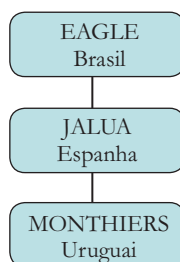
De fato, não há como considerar ao abrigo do tratado Brasil - Espanha, os lucros auferidos num terceiro país sem tratado, *que tem apenas como passagem um dos Estados contratantes*, eis que, pela regra disposta no art. 7º do Tratado, os lucros por ele abrangido são apenas aqueles auferidos pelos Estados Contratantes, aliado ao fato de que pela lei societária e fiscal, os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada ou coligada no exterior mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão considerados no balanço para efeito societário, bem como, para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.

Não se trata, portanto, como pode parecer num primeiro momento, no afastamento do tratado Brasil - Espanha, para tributar o lucro auferido por parte destes Estados contratantes, o que entendo inviável, mas sim, de *dar efetividade aos preceitos definidos no referido convênio, eliminando a dupla tributação dos lucros neles auferidos e tributando os lucros alienígenas, decorrentes de estratégias utilizadas pelas empresas com o fito de eximir-se e/ou reduzir os tributos devidos, que, embora possam ser consideradas lícitas, seus resultados não se encontram contemplados nos tratados.* [...] (grifo nosso)

Desse modo, os efeitos do planejamento elaborado pela contribuinte não foram reconhecidos pela maioria dos conselheiros, que não admitiram a extensão dos benefícios do Tratado Brasil-Espanha aos lucros produzidos pela Monthiers. Ficou decidido, enfim, que a proteção do Acordo Internacional alcança tão-somente os rendimentos gerados por residentes dos Estados-Contratantes, sob pena de se desvirtuar a finalidade dos tratados firmados para evitar a dupla tributação e a evasão fiscal.

### 3.2.1 COMENTÁRIOS ACERCA DO VOTO VENCEDOR.

Como se viu, o lucro tributado era oriundo de controlada indireta (Monthiers), subordinada à controlada direta (Jalua), sediada na Espanha:



Durante o julgamento do processo, a PFN alegou que a empresa brasileira poderia estar usando o Tratado Brasil-Espanha de modo fraudulento, ou seja, para evitar a tributação tanto na Espanha quanto no Brasil. Havia informação no processo de que a controlada Jalua estava sediada na Zona Especial Canária, e que haveria legislação espanhola instituindo regime tributário diferenciado naquele lugar.

O processo foi baixado em diligência, para consulta ao Fisco espanhol. Na resposta, ficou explicado que os lucros da Jalua estariam submetidos ao regime geral de tributação das empresas espanholas. Todavia, também ficou demonstrado que, pela legislação vigente na Zona Especial Canária, a Jalua não estava obrigada a avaliar seus investimentos pelo método da equivalência patrimonial.

Ou seja, os valores reconhecidos pela contribuinte sediada no Brasil (mas não tributados) a título de equivalência patrimonial decorrente de resultados auferidos pelas controladas no exterior, não foram reconhecidos pela Jalua, que, como dito, avaliava os seus investimentos pelo método do custo de aquisição.

Perceba-se, portanto, a contradição no argumento da contribuinte. A aplicação do Tratado Brasil-Espanha teria como premissa, evidente, que a equivalência patrimonial realizada pela empresa residente no Brasil sofresse a interferência de equivalência patrimonial prévia realizada pela empresa residente na Espanha. Todavia, o reconhecimento no patrimônio da Eagle ocorreu sem que a Jalua houvesse efetuado o registro da equivalência patrimonial em sua contabilidade.

Logo, como alegar a aplicação do Tratado Brasil-Espanha, quando a contribuinte, ao reconhecer a equivalência patrimonial, procedeu como se os valores oriundos das sociedades controladas pela Jalua (notadamente

a Monthiers) não sofressem a interferência do patrimônio da sociedade espanhola?

Ora, se a controladora brasileira registrou a equivalência patrimonial decorrente dos lucros auferidos pelas controladas estrangeiras, mesmo ciente de que a Jalua, controladora direta dessas controladas, não efetuou tal contabilização da equivalência patrimonial, por que razão o procedimento seria diferente para fins fiscais?

Quando se percebeu que a contribuinte poderia registrar os lucros da controlada indireta em sua contabilidade e alegar o Tratado Brasil-Espanha para evitar os tributos devidos no Brasil, sem que houvesse sequer perspectiva de tributação na Espanha, tendo em vista as disposições legislativas a que a controlada direta (Jalua) estava submetida, verificou-se que a aplicação do tratado, nesse contexto, estaria em contradição patente com as finalidades da norma convencional. Estar-se-ia, no caso concreto, simplesmente estendendo as regras convencionais aos lucros provenientes de países com os quais o Brasil não possui tratado, chegando-se a um resultado contrário às finalidades do ordenamento jurídico.

Por outro lado, os conselheiros notaram também que a interposição de Jalua entre a Monthiers e a controladora brasileira não estava fundamentada em um propósito comercial verdadeiro e evidente, mas visava, exclusivamente, atrair a incidência do tratado Brasil Espanha mediante a “passagem” das quantias pelo patrimônio da Jalua.

Essa espécie de planejamento tributário, a utilização da chamada “empresa veículo”, já foi apreciada em numerosos acórdãos do Conselho. E tal planejamento é afastado mediante a análise do negócio jurídico apresentado pelo contribuinte em sua substância, atribuindo menor peso à forma com que a operação é descrita nos contratos.

Nesse ponto, interessante notar que apesar da inexistência de uma norma anti-abuso expressa no Tratado Brasil-Espanha, o Conselho, mediante interpretação teleológica da regra convencional e da forma com que o contribuinte se organizou societariamente, negou validade ao planejamento tributário abusivo.

A Câmara agregou, ainda, como fundamento, regra de direito interno, o art. 16, I, da Lei nº 9.430/96, o qual determina que os lucros de cada controlada devem ser considerados pela controladora de forma individualizada.

Para o Conselho, como essa regra determina que os lucros da controlada indireta (Monthiers) sejam reconhecidos na contabilidade da investidora brasileira (Eagle), independentemente do registro na controlada direta (Jalua), não haveria porque aplicar o Tratado Brasil-Espanha quando, isso é o mais importante, restasse claro que os lucros não seriam tributados na Espanha.

Assim, o voto vencido fundamentou-se na presunção de que não haveria como concretizar a disponibilização dos lucros da Monthiers senão por intermédio da controlada direta, a Jalua, o que justificaria a aplicação do Tratado Brasil-Espanha (embora tais valores, em função da lei espanhola, não integrem o resultado da Jalua).

O voto vencedor contrapôs a essa presunção o fato de que os lucros da Monthiers foram disponibilizados à controladora sediada no Brasil, que o reconhecimento dos valores se dá independentemente da contabilização pela sociedade na Espanha, e, por fim, que seria inadmissível uma “passagem” meramente formal dos lucros pela controlada espanhola, apenas para que a contribuinte pudesse se beneficiar do Tratado Brasil-Espanha, quando se verificou que, na verdade, os lucros não foram sequer reconhecidos no balanço daquela sociedade.

#### 4 CONCLUSÃO

O acórdão em comento gera múltiplos questionamentos a respeito da compatibilização da lei interna com os tratados para evitar a dupla tributação. Na difícil tarefa de aplicar essas normas, deve-se procurar evitar o abuso na sua interpretação e ao mesmo tempo o esvaziamento dos tratados, preservando a finalidade para a qual foram instituídos.

No caso concreto, apesar da diferença nas conclusões entre o voto vencido e vencedor, há que se reconhecer que ambos os pontos de vista procuraram, com honestidade intelectual e profundos argumentos, obter essa compatibilização. O nível alcançado nos debates está claramente refletido na decisão.

Por outro lado, percebe-se como a prática de julgamento está calcada na premissa de que a relação entre Estado e contribuinte tem que estar pautada em boa fé *de ambos os lados*. Não é possível admitir, diante da Constituição de 1988, que planejamentos tributários abusivos não possam ser censurados.

Enfim, há que se reconhecer o pioneirismo do CARF em identificar e negar validade aos planejamentos tributários abusivos, sempre com fundamento em interpretações da lei que privilegiem os valores constitucionais da capacidade contributiva, da moralidade e da boa fé.