

# REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO (RDDT)

Repositório autorizado de jurisprudência dos seguintes tribunais:

- do Supremo Tribunal Federal (Despacho do Exmo. Sr. Presidente no Processo nº 304743, publicado no DJU I de 18 de maio de 1998, página 1; inscrição sob nº 23/98, em 24 de junho de 1998, conforme Ofício 2434/98-SD);

- do Superior Tribunal de Justiça (sob nº 36 - Portaria nº 1, de 16 de junho de 1997, do Exmo. Sr. Ministro Diretor da Revista do STJ, publicada no DJU I de 23 de junho de 1997, página 29422);

- do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Portaria nº 12, de 13 de agosto de 1997, do Exmo. Sr. Juiz Diretor do Gabinete da Revista do TRF da 1ª Região, publicada no DJU II de 21 de agosto de 1997, página 65574);

- do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Processo nº 97.02.16454-0, autuado em 30 de maio de 1997 e julgado em 5 de junho de 1997);

- do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (sob nº de inscrição 8 - Portaria nº 2, de 30 de maio de 1997, da Exma. Sra. Juíza Diretora da Revista do TRF da 4ª Região, publicada no DJU II de 5 de junho de 1997, página 41344); e

- do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (sob nº 7 - Despacho do Exmo. Sr. Juiz Diretor da Revista do TRF da 5ª Região, publicado no DJU II de 9 de setembro de 1997, página 72372).

dispositivo constitucional, ainda é fundamentada em critérios de preferência incompatíveis com os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da democracia e da separação dos poderes, que privilegiam os argumentos linguísticos frente aos genéticos.

Em outras palavras, a interpretação do dispositivo de não incidência não pode ser feita mediante a técnica da dissociação, com exclusão de casos não previstos pela sua literalidade; ao invés disso, deve ser feita por meio do argumento a contrário, segundo o qual se deve atribuir o significado compatível com a sua linguagem, na pressuposição de que o legislador disse exatamente o que queria dizer e se quisesse dizer algo diferente do que disse, teria dito.

Assim, o dispositivo constitucional, ao usar o termo “operações”, sem qualquer restrição com relação aos destinatários, não pode ser interpretado mediante a criação de uma regra implícita de acordo com a qual são excluídas do âmbito de aplicação da regra constitucional as operações que destinam energia elétrica a consumidores finais; tal interpretação corretiva e restritiva é incompatível com a linguagem do dispositivo objeto de interpretação e com os princípios constitucionais fundamentais relativos ao sistema tributário.

## Lucros no Exterior e Acordos de Bitributação: Reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013

*Luís Eduardo Schoueri*

Publicada no início do mês de agosto, a Solução de Consulta Interna nº 18 - Cosit<sup>1</sup> (doravante “Solução”) oferece material riquíssimo para os que se interessam pelo estudo do Direito Tributário Internacional. Tendo em vista o objetivo de permitir a reflexão crítica dos argumentos ali trazidos, opta-se por seguir a ordem de argumentos e considerações da própria Solução, o que oferecerá ao leitor a oportunidade de confrontar posições e chegar a sua própria conclusão. Conquanto o autor tenha a firme convicção de que não deve ser acatada aquela Solução, o mero debate do tema já parece salutar.

### I. O Tema e a Controvérsia

Conforme esclarece o Relatório que introduz a Solução, o tema examinado versa sobre a compatibilidade de aplicação do disposto no artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 e o disposto nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil, os quais, de forma consistente, seguem o proposto no artigo 7º da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Como bem esclarece a Solução (parágrafos 9º e 10), o artigo 74, acima referido, não foi o instrumento pelo qual se introduziu a tributação em bases universais no Brasil. Esta se deu por meio do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, ainda em vigor. O que a Medida Provisória nº 2.158-35 fez foi apenas fixar critério temporal da regra matriz (nas palavras da Solução, parágrafo 14, “uniformizou o conceito de disponibilização dos lucros apurados no exterior”), prestigiando a data do balanço.

Trata-se, neste sentido, de norma introduzida no ordenamento jurídico com o nítido propósito de coibir o diferimento “eterno” da tributação incidente sobre lucros auferidos por sociedades controladas e coligadas no exterior. Ao estabelecer uma ficção de disponibilização jurídica e econômi-



**Luís Eduardo Schoueri**  
é Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da USP, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Advogado e Parecerista.

<sup>1</sup> Cf. <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/Legislacao/SolucoesConsulta/2013/Cosit/SCICosit182013.pdf>.

ca, o artigo 74 da referida medida provisória assume a feição de verdadeira norma antidiferimento.

As questões enfrentadas até o presente momento por acadêmicos e profissionais do Direito se diferenciam em dois planos distintos: constitucional e infraconstitucional.

Do ponto de vista constitucional, até o advento da apreciação do tema pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o debate estava centrado na juridicidade da utilização de uma ficção jurídica de disponibilização frente ao princípio da realização da renda. Neste sentido, examinava-se se tanto o artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001 quanto o parágrafo 2º do artigo 43 do Código Tributário Nacional (CTN) se compatibilizavam com o texto constitucional.

Do ponto de vista infraconstitucional, o tema também se revelou problemático quando do exame da sua compatibilidade com os tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação internacional da renda, os quais, conforme apontado acima, seguem majoritariamente o modelo da OCDE. O problema é que o modelo amplamente difundido pela OCDE adota, em seu artigo 7º, regra que assegura a tributação exclusiva, pelo Estado da Residência, dos "lucros de uma empresa de um Estado Contratante" que não mantenha um estabelecimento permanente no outro Estado.

Pois bem, a questão enfrentada pela Solução está justamente neste segundo universo de questionamentos. Resume-se, pois, a saber se a tributação dos lucros naquela data, independentemente do fato de a coligada ou controlada ter deliberado acerca de sua distribuição, é compatível com o teor do já mencionado artigo 7º dos acordos brasileiros. Trocando em miúdos, nos casos em que se aplique um acordo de bitributação, o Brasil comprometeu-se a não tributar os lucros de empresas que não sejam domiciliadas nem tenham atividades no País.

A própria Solução reconhece haver grande debate doutrinário a esse respeito. Não cabe, num artigo que pretende enfrentar diretamente os argumentos tecidos pela Solução, reproduzir a ampla discussão sobre o assunto<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Sobre o debate, ver Luís Eduardo Schoueri, "Acordos de bitributação e lei interna - investimentos na Ilha da Madeira: efeitos da Lei nº 9.249/95". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 17, São Paulo, Dialética, 1997, pp. 91-127; João Francisco Bianco, *Transparência fiscal internacional*, São Paulo, Dialética, pp. 148-159; Alberto Xavier, "A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação". In: Aires Fernandino Barreto (coord.), *Direito Tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 53-85; Jacques Malherbe, "Controlled foreign corporations: revisitadas à luz dos tratados de bitributação e do Direito Comunitário europeu". *Direito Tributário atual* nº 21, São Paulo, Dialética/IBDT, 2007, pp. 103-119; Marco Aurélio Greco e Sérgio André Rocha, *Manual de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, Dialética, 2012, pp. 404-409; Clóvis Panzarini Filho e Raffaele Russo, "A compatibilidade entre as regras de CFC e os tratados internacionais". *Revista de Direito Tributário Internacional* nº 3, São Paulo, Quartier Latin, 2006, pp. 9-47; Gabriel Lacerda Troianelli, "Tributação de lucros no exterior em face de convenção celebrada segundo o Modelo da OCDE". In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.), *Grandes questões atuais do Direito Tributário*, v. 6, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 87-114; Antonio Carlos Rodrigues do Amaral e Douglas Yamashita, "Norma antielisão: tributação de lucros no exterior. Disponibilidade de renda e tratados internacionais". In: Luís Eduardo Schoueri (coord.), *Direito Tributário - homenagem a Alcides Jorge Costa*, v. 2, São Paulo, Quartier Latin, 2003, pp. 894-918; Helenilson Cunha Pontes, "A tributação dos lucros do exterior e os tratados para evitar a dupla tributação da renda". In: Adilson Rodrigues Pires e Heleno Taveira Tôres (coords.), *Princípios de Direito Financeiro e Tributário - estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, São Paulo, Renovar, 2006, pp. 863-890.

## II. A Questão da Equivalência Patrimonial

Ingressando no tema propriamente dito, a Solução desenvolve, a partir de seu parágrafo 16, argumento trazido pela primeira vez pelo Ministro Nelson Jobim, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 2.588-1, segundo o qual o reconhecimento, pela empresa brasileira, por meio do Método da Equivalência Patrimonial (MEP), evidenciaria a disponibilidade, já que "ao registrar contabilmente o resultado da equivalência patrimonial, a investidora reconhece a parcela dos lucros de suas coligadas e controladas. Sendo assim, verifica-se o acréscimo patrimonial correspondente a sua participação no lucro total das investidas". Raciocínio análogo parece ter inspirado Marco Aurélio Greco<sup>3</sup>.

O Parágrafo 18 da Solução transcreve voto do Ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário (RE) nº 541.090/SC, o qual baseia-se no posicionamento do Ministro Nelson Jobim para também afirmar que "para fins societários, a partir do MEP, o lucro auferido pela coligada/controlada estrangeira é automaticamente registrado no balanço societário da coligada/controlada brasileira. A eventual distribuição desses lucros é irrelevante para se verificar o real crescimento do lucro líquido da brasileira, considerado o regime de competência."

A partir de tal afirmação irrepreensível, o Ministro Dias Toffoli, no voto referido, acaba por acatar o argumento do Ministro Nelson Jobim segundo o qual a mera contabilização dos lucros da coligada ou controlada, pelo MEP, seria suficiente para sustentar que o "acréscimo patrimonial obtido a partir do ajuste do valor do investimento permanente é renda da empresa brasileira, tanto assim que pode ser verificado a partir do método da equivalência patrimonial positiva, com consequências comerciais no balanço da empresa brasileira", o que estaria evidenciado pelo fato de o artigo 197 da Lei das Sociedades Anônimas trazer a "possibilidade de distribuição de dividendos aos acionistas de receita advinda da equivalência patrimonial positiva, ainda que não tenha havido a disponibilidade financeira". A própria Solução aponta que o mesmo argumento impressionou o Ministro Cezar Peluso. Não cita, mas poderia tê-lo feito, o voto do Ministro Eros Grau, na ADIn nº 2.588-1, que também se viu convencido pelo argumento do Ministro Nelson Jobim.

Pois bem. O argumento baseado no MEP deve ser rebatido. Revela ignorar o fato de que o MEP não tem a função de apontar qualquer disponibilidade de renda para os acionistas. O MEP, enquanto técnica contábil, apenas avalia investimentos em coligadas e controladas sem implicar, por isso, disponibilização.

Mais do que isso: nos trechos apontados acima, fica claro que os referidos Ministros buscam fortalecer as suas teses com base na premissa de que o MEP, enquanto sistemática de reconhecimento de variação patrimonial de investimentos em coligadas e controladas, representa uma forma legítima de se assegurar o respeito ao "regime de competência" o qual, por sua vez, somente vem a reforçar o fato de estarem os lucros disponíveis. A fragilidade de tal premissa está justamente no reconhecimento de que "regime de competência" e "disponibilidade", assim como ocorre com o MEP, nem sempre caminham de mãos dadas e tampouco são conceitos que se confundem entre si.

<sup>3</sup> Cf. Marco Aurélio Greco e Sérgio André Rocha, *Manual de Direito Tributário Internacional*, São Paulo, Dialética, 2012, p. 395.

Não é este o espaço adequado para reproduzir toda a discussão que se trava acerca dos conceitos de "disponibilidade econômica" ou "jurídica", propostos pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional. Nem mesmo os votos acima referidos parecem pôr em dúvida que, para que haja tributação, é necessário que a renda esteja de alguma forma "disponível". Tanto assim é que se utilizam do artigo 197 da Lei das Sociedades Anônimas como argumento a evidenciar que os lucros refletidos pelo MEP estão disponíveis para a investidora, já que podem até mesmo ser objeto de distribuição aos acionistas da última.

Ora, se é verdade que os referidos Ministros não negaram a necessidade de que os lucros auferidos por coligadas e controladas no exterior estejam disponíveis para que se dê a tributação no Brasil, parece suficiente, para demonstrar a falácia, que se evidencie que essa premissa - disponibilização - não se confirma no Ordenamento.

Com efeito, baseou-se o Ministro Nelson Jobim no artigo 197 da Lei das Sociedades Anônimas, que vale reproduzir:

"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 (art. 248); e

II - o lucro, rendimento ou ganho líquidos em operações ou contabilização de ativo e passivo pelo valor de mercado, cujo prazo de realização financeira ocorra após o término do exercício social seguinte.

§ 2º A reserva de lucros a realizar somente poderá ser utilizada para pagamento do dividendo obrigatório e, para efeito do inciso III do art. 202, serão considerados como integrantes da reserva os lucros a realizar de cada exercício que forem os primeiros a serem realizados em dinheiro."

A leitura do dispositivo aponta sentido exatamente inverso ao que propôs o Ministro Jobim. O que se autoriza é que se deixe de pagar o montante dos dividendos obrigatórios se estes ultrapassarem a parcela realizada do lucro líquido. A referida "parcela realizada" é justamente aquela parte dos lucros que não é o mero resultado do MEP. Ou seja: por dicção legal expressa, o resultado do MEP não é parcela realizada dos lucros. Mais ainda: tanto é verdade que o legislador sabia que o MEP não revelava riqueza disponível, que ele houve por bem não exigir que a companhia efetuasse uma sangria em seus recursos financeiros, distribuindo dividendos obrigatórios calculados sobre o mero resultado decorrente do MEP.

Poder-se-ia argumentar, como o faz a Solução em seu parágrafo 19, que mesmo sem distribuição, há acréscimo no patrimônio da investidora. A fundamentação ("uma vez que já podem ser pagos a seus acionistas") é falsa, já que, como visto, podem também não ser pagos nem mesmo em dividendos obrigatórios. Mas isso não afasta a necessidade de enfrentar a afirmação de que há acréscimo no patrimônio da investidora.

A ideia de acréscimo de patrimônio pode trazer algum questionamento. Afinal, seria plenamente possível discutir se há um acréscimo no conjunto de direitos e obrigações da investidora, quando a controlada ou coligada auferir lucros. Sem uma deliberação societária, não há, do ponto de vista jurídico, um direito de crédito a

cogitar. Neste sentido, negar-se-ia a existência de um acréscimo no patrimônio da investidora. Mas esse argumento não parece definitivo, já que parte de uma noção de patrimônio - conjunto de direitos e obrigações - próprio da legislação civil. Ora, já há alguns anos, com a Lei nº 11.638/2007, o Direito Privado conhece uma outra noção de patrimônio, para a qual se torna menos relevante a propriedade sobre os bens, assumindo importância maior a situação fática de controle e disposição. A possibilidade de o legislador tributário eleger o patrimônio contábil como base para a tributação pode ser denunciada a partir da leitura do artigo 43 do Código Tributário Nacional, que se refere à disponibilidade econômica, além da jurídica.

Jurídica ou econômica, entretanto, não há como negar que o legislador complementar exigiu que se confirmasse a efetiva disponibilidade, para que se desse a tributação. Não é possível tributar a renda se esta não está à disposição do contribuinte. E é nesse ponto que se retorna à questão da equivalência patrimonial para que se veja que sua contabilização, por si só, não dá ao investidor qualquer possibilidade de dispor sobre os lucros da controlada ou coligada.

Cabe reconhecer - como o fez o próprio Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIn nº 2.588-1, no voto do Ministro Joaquim Barbosa - que, em algumas jurisdições (chamadas, genericamente, de paraísos fiscais), o investidor tem imediata disponibilidade sobre os resultados de suas controladas. Mas essa disponibilidade não surge da equivalência patrimonial. Dá-se porque o sistema legal da jurisdição em questão não impõe qualquer controle ao livre acesso, pelo investidor, aos resultados da investida. Não se pode deixar de mencionar, outrossim, que não andou bem o Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando generalizou o entendimento a todos os países com tributação favorecida. Melhor teria andado se exigisse, em cada caso, que se demonstrasse a efetiva disponibilidade, após o completo estudo do sistema legal em questão. De qualquer modo, para os fins da matéria objeto da Solução, importa fincar o entendimento de que a equivalência patrimonial não tem o dom de gerar qualquer disponibilidade, se esta inexistir nos termos do ordenamento jurídico em que se encontra a empresa investida.

### III. O Imposto Pago no Exterior

O parágrafo 21 da Solução, ao tratar da compensação do imposto pago no exterior, comete outra omissão digna de censura: afirma a possibilidade de se compensar o imposto pago no exterior, quando do cálculo do imposto brasileiro, independentemente de acordos de bitributação.

Embora seja verdadeira a afirmação de que o imposto pago pela controlada ou coligada pode ser compensado com o imposto brasileiro, na proporção da participação societária detida, a Solução não enfrenta o dilema que se apresenta aos investidores que não têm dividendos distribuídos imediatamente após seu auferimento: o que fazer com o imposto cobrado pela jurisdição estrangeira, anos depois, quando houver a efetiva distribuição de dividendos? Afinal, o imposto brasileiro já terá incidido e será calculado sem consideração daquela tributação no Estado da fonte dos rendimentos. A legislação brasileira não contempla tal hipótese e mesmo num ambiente em que haja acordo de bitributação, poderá haver alguma dificuldade para se recuperar o imposto recolhido antes da distribuição.

#### IV. A Questão dos Acordos de Bitributação: o Tema da Prevalência

Quando, a partir do parágrafo 23, a Solução passa a versar sobre os acordos de bitributação, é inevitável a sensação de alívio, pelo menos quando propõe a observância do artigo 98 do Código Tributário Nacional.

Mesmo que se concorde com a conclusão pela necessidade de observância dos referidos acordos, entretanto, não se pode deixar de mencionar que o raciocínio empregado para sua justificação, posto que adotado por autores respeitados no exterior e tendo encantado alguns autores nacionais, deve ser tomado com cautela.

Efetivamente, a Solução adota, no parágrafo 24, o argumento da especialidade para justificar a sua observância. O raciocínio é simples: havendo conflito entre uma lei interna (norma geral) e um tratado (norma especial), este prevalece.

O raciocínio é perigoso: ao se aceitarem tais premissas, poder-se-ia, também, admitir que se houvesse uma lei ainda mais especial, esta prevaleceria sobre os tratados. Ou seja: bastaria o legislador dizer que para uma específica matéria não devem ser observados os tratados, que o argumento da lei especial - e com ele o disposto no artigo 98 do Código Tributário Nacional - cairia por terra.

É bom que se diga com todas as letras: não se sustenta o raciocínio baseado na especialidade. Os acordos de bitributação não veiculam normas especiais.

Afinal, normas especiais caracterizam-se por conter todos os requisitos inscritos na norma geral e mais alguns outros, que as tornam especiais. Ou seja: para que se cogite a existência de uma norma especial, importa ver se ela trata da mesma matéria que a geral, dando um tratamento particular a uma determinada situação.

Ora, a toda evidência, os acordos de bitributação não versam sobre a mesma matéria que a lei tributária interna. Basta ver que é apenas a última que institui tributos. Um acordo de bitributação não cria tributos. Não há nos acordos de bitributação qualquer instituição ou majoração de tributos. Somente a lei cumpre tal papel, à luz do Princípio da Legalidade. Se os acordos de bitributação veiculassem normas especiais, então seriam eles instrumentos suficientes para a criação de um tributo em uma situação particular. Isso não ocorre. Se não houver uma lei instituindo um tributo, o Estado não pode invocar o acordo de bitributação para exigir tributo não previsto em lei.

Poder-se-ia, com maior propriedade, argumentar - como o faz José Souto Maior Borges<sup>4</sup> -, que o tratado internacional, por compor a ordem jurídica nacional, deve ser observado pelas leis tributárias ordinárias, já que estas integram ordens jurídicas parciais, que se submetem à primeira.

O argumento assim traçado prescinde da questão de antinomia, pressuposto do raciocínio baseado na especialidade. Afirmar que uma lei deve respeitar os limites impostos por uma norma superior não implica versarem ambas sobre a mesma matéria. Pode, entretanto, levar a uma ideia de hierarquia, que o raciocínio proposto pelo mestre pernambucano não parece exigir. Afinal, foi o próprio Souto Maior Borges quem, anos antes, já havia alertado que não cabe falar em hierarquia entre a

<sup>4</sup> Cf. José Souto Maior Borges, "Isenções em tratados internacionais de impostos dos estados-membros e municípios". In: Celso Antônio Bandeira de Mello (org.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros, 1997, pp. 166-178.

lei complementar e a lei ordinária, já que cada qual cumpre função distinta no ordenamento<sup>5</sup>.

De igual modo, não há sentido em discutir o tema da hierarquia quando se está diante de um acordo de bitributação. Este não está "acima" ou "abaixo" da lei ordinária. Acordos de bitributação, enquanto tratados internacionais, são instrumentos por intermédio dos quais os Estados Contratantes delimitam suas próprias jurisdições tributárias. A lei ordinária, por sua vez, atua dentro do campo de cada jurisdição. A prova clara de que não há hierarquia está na obviedade de que um acordo de bitributação não se presta para criar um tributo: nos termos do Princípio da Legalidade, somente a lei pode instituir tributos. Mas por outro lado, a lei ordinária não é o veículo adequado para o Estado firmar, diante de seus parceiros na comunidade internacional, os limites de sua jurisdição.

A consequência é imediata: se um acordo de bitributação restringe a possibilidade de um Estado tributar determinada situação (limita a jurisdição tributária), então a lei que pretender alcançar aquela hipótese atuará fora da própria jurisdição, carecendo, destarte, do requisito de validade. Por outro lado, o mero fato de um acordo de bitributação reservar determinado campo para a jurisdição de um Estado não é suficiente para que se conclua pela tributação, já que apenas por intermédio de lei é que será possível nascer a tributação.

#### V. O Artigo 7º dos Acordos de Bitributação e a Legislação Brasileira

Possivelmente o ponto que mais chama a atenção do estudioso do Direito Tributário Internacional, na leitura da Solução, seja o criativo raciocínio tecida a partir do parágrafo 25, no qual se procura demonstrar que a legislação brasileira, ao prever a imediata tributação dos lucros auferidos por intermédio de controladas e coligadas no exterior, não transbordaria os limites do que dispõem os acordos de bitributação assinados pelo Brasil que, neste particular, se conformam ao modelo desenvolvido pela OCDE.

Inicia a Solução por apontar - com acerto - o escopo do referido artigo 7º: afastar da tributação, por um Estado Contratante, os lucros auferidos por empresas situadas no outro Estado Contratante (excetuada a hipótese de existência de um estabelecimento permanente localizado no primeiro Estado Contratante). Entretanto, a Solução afirma, em seu parágrafo 27, que esse dispositivo não tem o condão de impedir um Estado de tributar "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". Esta conclusão, vale reconhecer, parece encontrar-se respaldada em afirmação que se encontra nos Comentários da OCDE, reproduzidos pela Solução, segundo os quais "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 impos-

<sup>5</sup> Cf. José Souto Maior Borges, *Lei complementar tributária*, São Paulo, RT, 1975, p. 25.

to 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.”

Por certo não é este o espaço para discutir a autoridade dos Comentários da OCDE, nem tampouco se o contexto em que foram emitidos ou atualizados é compatível com o caso brasileiro. Parece mais correto admitir, neste momento, que de fato o artigo 7º dos acordos de bitributação não tem por escopo determinar a forma como um Estado apura os lucros das empresas localizadas em seus territórios, para efeito de tributação.

Mas parece igualmente certo que o artigo 7º contém um claro limite. Há algo que não pode ser objeto de tributação por um Estado Contratante: os lucros auferidos por uma empresa situada no outro Estado Contratante.

Aqui é que surge o ponto relevante para examinar o raciocínio trazido pela Solução de Consulta. A *quaestio* é saber se, afinal, o Brasil tributa, ou não, os lucros auferidos pelas controladas e coligadas em outro Estado Contratante.

A resposta negativa surge do raciocínio que parece ter inspirado os comentários da OCDE, acima reproduzidos: a evidência de que tais lucros não seriam tributados estaria no fato de que não se encontra, no balanço das coligadas e controladas no exterior, qualquer menção ao imposto pago no Brasil. Ou seja, não é a controlada ou coligada no exterior quem suporta a carga do tributo, mas sim a empresa brasileira. Neste sentido, o Brasil não tributa empresa sediada no exterior, mas sim a empresa brasileira. Esta sim tem seu resultado afetado pelo imposto brasileiro. Esta sim é a contribuinte do imposto brasileiro.

O raciocínio assim desenvolvido peca, entretanto, ao não perceber que não é verdade que o artigo 7º se limita a proteger do imposto brasileiro as empresas sediadas no exterior. O escopo do artigo 7º não é subjetivo (as empresas), mas objetivo (os lucros das empresas). Assim, é falso o dilema que examina quem assume o ônus do imposto: a limitação do artigo 7º alcança os lucros de uma empresa de um Estado Contratante. Pouco interessa, *in casu*, indagar quem suporta o encargo. Seja a empresa estrangeira, seja a nacional, o que importa é que nem uma nem outra estão sujeitas ao imposto brasileiro calculado sobre o lucro da empresa localizada no exterior.

Nos termos do referido artigo 7º, portanto, estão fora da jurisdição brasileira os lucros auferidos por uma empresa situada em outro Estado Contratante. Resta ver, daí, qual o alcance objetivo da legislação brasileira. Noutras palavras, cabe examinar se a legislação brasileira alcança lucros de uma empresa brasileira, ou lucros de uma empresa estrangeira.

O parágrafo 28 evidencia o entendimento da Solução a esse respeito: “O art. 74 da MP nº 2.15835, 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.”

Não é difícil entender o raciocínio que inspirou a Solução: acreditando que por meio da equivalência patrimonial se reconheceriam os lucros na própria investidora brasileira, seriam esses o objeto da tributação, não os lucros das controladas e coligadas no exterior.

Ocorre que o artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35 não tem tamanho alcance. Versa ele sobre o momento da disponibilização de lucros, para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro, nos termos do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995. A Solução ignora, justamente, o que dispõe este dispositivo legal, o qual, afinal de contas, é o que define o objeto da tributação. Vale reproduzi-lo:

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

§ 1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte:

(...)

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

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

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

(...)

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

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

II - os lucros a serem computados na apuração do lucro real são os apurados no balanço ou balanços levantados pela coligada no curso do período-base da pessoa jurídica;

(...)

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

A leitura do *caput* do dispositivo esclarece serem três os objetos da tributação: lucros, rendimentos e ganhos de capital. Entretanto, quando se examinam os seus parágrafos, salta aos olhos que há diferentes tratamentos: rendimentos e ganhos de capital estão regulados pelo parágrafo 1º, enquanto os lucros se disciplinam pelo parágrafo 2º, no caso de filiais e controladas, e pelo parágrafo 3º, no caso de coligadas. E qual é a diferença?

Quando se lê o parágrafo 1º, encontra-se o mandamento de que rendimentos e ganhos de capital integrem o lucro líquido da própria empresa brasileira. Na apuração do lucro líquido da pessoa jurídica brasileira se computam os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior. Noutras palavras, trata-se de tributar riqueza auferida pela própria pessoa jurídica (e por isso, grandeza que compõe seu lucro líquido).

Já os parágrafos 2º e 3º, que versam respectivamente sobre lucros auferidos por intermédio de filiais e controladas, ou de coligadas, não pressupõem que tais valores integrem o lucro líquido da pessoa jurídica brasileira. Ao contrário, são grandezas que não integram aquele lucro líquido, mas que devem a ele ser adicionadas, para efeito de apuração do lucro real. Ou seja: no momento da apuração da base de

cálculo do seu imposto, a pessoa jurídica brasileira deve acrescentar, a seu (próprio) lucro, valor que lhe é estranho: o montante dos lucros auferidos por suas filiais, controladas e coligadas.

A dicção não poderia ser mais clara: o aspecto objetivo da tributação, no caso do parágrafo 2º, são os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil. De igual modo, o parágrafo 3º alcança os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil.

Aí está: o legislador brasileiro é claro quanto ao que será aqui tributado: não se trata de lucro da própria pessoa jurídica brasileira. Este é o lucro líquido e, no caso de atividades no exterior, compreende apenas rendimentos e ganhos de capital. No caso de controladas e coligadas no exterior, o objeto da tributação são os próprios lucros auferidos pelas controladas e coligadas. Exatamente aquilo que, nos termos do citado artigo 7º dos acordos de bitributação, está fora do alcance da lei brasileira.

Por último, para que não se tenha qualquer dúvida quanto ao alcance da lei brasileira, nada melhor que observar o parágrafo 6º do referido dispositivo, acima transcrito, que assegura que o resultado da equivalência patrimonial mantenha o tratamento tributário que lhe era reservado antes da entrada em vigor da Lei nº 9.249/1995. Ora, a equivalência patrimonial, na legislação tributária, recebe tratamento neutro: no caso de valor positivo, não se tributa; a equivalência negativa não se deduz. Tivesse o legislador tributário a intenção de tributar o resultado de equivalência patrimonial, então não teria sentido o referido parágrafo 6º, cujo teor afirma exatamente o inverso.

## VI. A Norma Antiabuso

Posto que de importância secundária para a Solução, deve-se atentar para o raciocínio tecida no parágrafo 30, o qual, mais uma vez se respaldando nos Comentários da OCDE, vê nos acordos de bitributação o escopo de prevenir a “elisão” e a evasão fiscal.

Não se pretende discutir o acerto dessa afirmação. Entretanto, não se pode deixar de mencionar que se for possível identificar tal escopo, estará ele presente nos dispositivos que versam sobre troca de informações e sobre cobrança de tributos, não nas chamadas “regras de repartição”, cujo escopo notório é afastar a possibilidade de dois Estados exercerem simultaneamente sua jurisdição tributária sobre o mesmo contribuinte e sobre o mesmo fato.

O escopo do artigo 7º é evitar que um Estado tribute lucros de uma empresa situada em outro Estado, afastando, daí, a bitributação. Ademais, ainda que fosse possível imaginar o escopo de evitar a chamada “elisão” ou a evasão fiscal, não se justificaria a tributação brasileira.

Efetivamente, em algumas jurisdições tem sido colocada a questão quanto à compatibilidade entre os acordos de bitributação e as legislações concernentes a *Controlled Foreign Corporations*. Não cabe aqui reproduzir toda a discussão que o tema suscita, de resto já relatada, com competência, no Brasil<sup>6</sup>. O que importa ter

<sup>6</sup> Por todos, cf. João Francisco Bianco, *Transparência fiscal internacional*, São Paulo, Dialética, 2007, pp. 148-159.

em mente é que a discussão apenas tem sentido quando se está diante de uma norma de caráter excepcional, que visa coibir certas práticas abusivas.

Ora, se em outras praias a legislação CFC pode ser qualificada como norma antiabuso, no caso brasileiro, a sua aplicação generalizada parece dificultar tal consideração. Afinal, o legislador pátrio não fez qualquer distinção quanto ao tipo de investimento, suas condições e o país onde se encontram a controlada e a coligada. Todos recebem o mesmo tratamento.

Isso porque, “coibir o abuso” é ação que implica necessariamente selecionar, de um universo de possíveis situações, aquilo que corresponde, de fato, ao abusivo. O todo não pode ser considerado como abusivo. A identificação do que é abusivo pressupõe uma comparação com o que não é abusivo. Ao jogar todas as situações de investimentos no exterior (operações de internacionalização produtiva) em uma vala comum, o legislador não buscou coibir o abuso, mas, tão somente, assegurar a tributação imediata no Brasil de lucros auferidos no exterior. Trata-se, neste sentido, de uma norma antidiferimento de aplicação irrestrita.

Uma vez negada a natureza de norma antiabuso no caso brasileiro, parece possível afastar todo raciocínio que se encontra, na literatura comparada, acerca da compatibilidade entre os acordos de bitributação e as normas CFC.

## VII. Conclusão

A publicação da Solução oferece oportunidade ímpar para que se discutam temas relevantes do Direito Tributário Internacional. Evidencia-se, entretanto, que as autoridades tributárias parecem ter se influenciado em demasia pelo argumento da equivalência patrimonial, desprezando o próprio teor do parágrafo 6º do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, cuja leitura deveria ter sido suficiente para afastar a possibilidade de se cogitar pretendesse a lei brasileira alcançar aqueles resultados.

Ademais, fiando-se em votos de alguns integrantes do Supremo Tribunal Federal, a Solução ignora o fato de que a equivalência patrimonial não é, por si, meio para disponibilização (econômica ou jurídica) de renda: esta dá-se conforme a legislação do Estado onde se encontra a controlada ou coligada, no exterior. A equivalência patrimonial não se preocupa com o tema da disponibilização e sua contabilização não é suficiente para exigir que a investidora distribua lucros ainda não disponibilizados, mesmo no caso de dividendos obrigatórios.

Embora a Solução avance ao reconhecer a necessidade de observância dos acordos de bitributação, adota por fundamento a questão da especialidade, a qual, entretanto, não parece dar o melhor tratamento à matéria. Melhor andaria a Solução se reconhecesse que os acordos de bitributação limitam a jurisdição de um Estado Contratante e a lei tributária não pode ir além dos limites daquela jurisdição.

Na questão da relação entre a legislação brasileira e o artigo 7º dos acordos de bitributação, falha a Solução ao focar o aspecto subjetivo (quem é tributado), deixando de ver que o referido artigo 7º tem alcance objetivo (o que não pode ser tributado). Engana-se ao omitir a dicção do artigo 25 da Lei nº 9.249/1995, o qual deixa claro qual o objeto da tributação: os lucros de coligadas e controladas no exterior. São estes, exatamente, o objeto da proteção do artigo 7º.