



**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS**

**BIANCA MEDALHA MOLLICONE**

**TRATADOS INTERNACIONAIS E TRIBUTAÇÃO DOS  
LUCROS NO EXTERIOR APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA Nº  
2.158-35/2001: UMA ANÁLISE FRENTE AOS JULGAMENTOS  
RECENTES DO STF E STJ**

Salvador  
2016

**BIANCA MEDALHA MOLLICONE**

**TRATADOS INTERNACIONAIS E TRIBUTAÇÃO DOS  
LUCROS NO EXTERIOR APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA Nº  
2.158-35/2001: UMA ANÁLISE FRENTE AOS JULGAMENTOS  
RECENTES DO STF E STJ**

Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBET, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário.

Salvador  
2016

**BIANCA MEDALHA MOLLICONE**

**TRATADOS INTERNACIONAIS E TRIBUTAÇÃO DOS  
LUCROS NO EXTERIOR APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA Nº  
2.158-35/2001: UMA ANÁLISE FRENTE AOS JULGAMENTOS  
RECENTES DO STF E STJ**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário, Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBET.

Aprovada em \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016

MOLLICONE, Bianca Medalha. **Tratados Internacionais e Tributação dos Lucros no Exterior após a Medida Provisória nº 2.158-35/2001: Uma Análise frente aos Julgamentos Recentes do STF e STJ.** 38f. il 2016. Monografia (Especialização). Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Salvador, 2016.

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar as decisões proferidas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça com relação à Medida Provisória nº 2.158-35/2001, no que tange à aplicação dessa legislação nas hipóteses em que há tratados internacionais em matéria tributária assinados pelo Brasil, bem como analisar se a interpretação adotada nessas decisões continuará a ter pertinência para os fatos jurídicos ocorridos após a edição da Lei nº 12.973 de 2014, que passou a regular a matéria. Para tanto, será analisada a inserção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio e sua eventual antinomia com a legislação interna, as características comuns das normas antielisivas internacionais (CFC) e o artigo 7º dos tratados modelo OCDE, além de fazer-se uma retrospectiva da sistemática da tributação no Brasil dos lucros das controladas e coligadas no exterior, bem como as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, analisando-se os julgamentos das principais ações sobre a matéria no STF e no STJ e as alterações perpetradas pela Lei nº 12.973/2014. Ao final, se pretende demonstrar que as disposições da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 não devem prevalecer sobre os tratados internacionais em matéria tributária dos quais o Brasil é signatário, bem como que não existe na nova legislação dispositivo que permita invalidar interpretação semelhante sobre o assunto.

**Palavras-chave:** tratados internacionais; matéria tributária; medida provisória nº 2.158-35/2001; regras CFC; tratados modelo OCDE.

MOLLICONE, Bianca Medalha. **International Treaties and Foreign Income Taxation after Provisional Measure nº 2.158-35/2001: An Analysis in face of Recent Decisions of STF and STJ.** 38p. il 2016. Monograph (Graduate Specialization). Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Salvador, 2016.

### **ABSTRACT**

The following monograph analyzes the recently decisions of Federal Supreme Court and Superior Court of Justice related to Provisional Measure nº 2.158-35/2001, in reference to the cases where there is a treaty to avoid double taxation signed by Brazil, as well as analyze if this decisions would be applicable for taxable events that takes place after the issuing of Law nº 12.973 of 2014. To achieve this main goal, it will be analyzed the hierarchy of the international treaties before the constitution and legislation in Brazil and its possible antinomy with national law, common aspects of CFC rules over the world and the article 7º of OECD model convention, besides making a retrospective about the tax legislation on taxation in Brazil of the income earned by controlled and associated foreign companies, as well as the rules issued in Provisional Measure nº 2.158-35/2001, analyzing the decisions of STF and STJ in the leading cases about this matter, and the changes introduced by Law nº 12.973/2014. This work aims to demonstrate that tax treaties signed by Brazil to avoid double taxation takes precedence over Provisional Measure nº 2.158-35/2001, and that the new law ruling the matter is not sufficient to invalidate similar interpretation on the subject.

**Key words:** international treaties; tax law; provisional measure nº 2.158-35/2001; CFC rules; OECD model convention.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b>OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA .....</b>	<b>9</b>
2.1	TEORIAS QUE RELACIONAM O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO .....	9
2.2	CONCEITO DE TRATADO E SUA INSERÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL NACIONAL .....	10
2.3	CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNA.....	11
<b>3</b>	<b>AS REGRAS CFC (CONTROLLED FOREIGN COMPANY) E O ARTIGO 7º DOS TRATADOS QUE SEGUEM O MODELO OCDE .....</b>	<b>15</b>
3.1	BREVES COMENTÁRIOS A RESPEITO DAS REGRAS CFC .....	15
3.2	O PROBLEMA DA DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DA RENDA E O ARTIGO 7º DOS TRATADOS QUE SEGUEM O MODELO OCDE .....	17
<b>4</b>	<b>4 A SISTEMÁTICA DA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DAS CONTROLADAS OU COLIGADAS NO EXTERIOR: BREVE HISTÓRICO E ALTERAÇÕES PERPETRADAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35 DE 24 DE AGOSTO DE 2001 .....</b>	<b>20</b>
4.1	A TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS NO EXTERIOR DAS PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRAS ATÉ 2001.....	20
4.2	A LEI COMPLEMENTAR 104 DE 2001 E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35 DE 24 DE AGOSTO DE 2001 .....	22
<b>5</b>	<b>DO JULGAMENTO DAS AÇÕES MAIS REPRESENTATIVAS SOBRE A MATÉRIA NO STF E NO STJ .....</b>	<b>24</b>
5.1	DO JULGAMENTO DA ADIN 2.588 E DO RE 541.090 PELO STF .....	24
5.2	DO JULGAMENTO DO RESP 1.325.709 PELO STJ: CASO VALE .....	30
<b>6</b>	<b>A LEGISLAÇÃO ATUAL A RESPEITO DA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR – LEI Nº 12.973 DE 2014</b>	<b>33</b>
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>35</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A tributação internacional da renda é um dos assuntos que mais vem gerando debates entre tributaristas e governos na atualidade. Desde o final da segunda guerra mundial a internacionalização das economias tem sido crescente, bem como a integração de economias e mercados. Tal mobilidade fez com que os capitais circulassem entre os países com velocidade cada vez mais acentuada, permitindo-lhes buscar ordenamentos tributários mais favoráveis ou diferir a tributação da renda, retardando sua entrada no país de residência do contribuinte.

Essa realidade acabou por fazer com que a regra da territorialidade na tributação das pessoas jurídicas não mais correspondesse a um método eficaz de tributação da renda dos residentes de um país. Passou-se, então, a adotar a tributação em bases universais, além de inserir-se nas legislações domésticas normas com caráter antielisivo e antidiferimento, também conhecidas como regras CFC, como ser verá adiante. Tudo para fazer frente ao que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) vem qualificando recentemente de BEPS (Base Erosion and Profit Shifting).

Essa resposta dos Estados, ampliando suas pretensões tributárias, acaba por gerar, muitas vezes, incidências tributárias simultâneas sobre os mesmos fatos jurídicos, advindas de competências fiscais concorrentes.

A conjugação dos fenômenos da crescente globalização da economia com a ocorrência da dupla tributação internacional levou os Estados a celebrarem tratados internacionais, nos quais estabelecem concessões mútuas, com vistas a evitar ou reduzir os efeitos da bitributação.

Como destaca Xavier, a celebração de tratados para evitar a dupla tributação é relativamente recente. A partir da Primeira Guerra Mundial, observam-se algumas convenções com vistas a eliminar a dupla tributação entre países europeus. Após a Segunda Guerra Mundial há uma intensificação desse movimento e inúmeras convenções começam a ser celebradas.<sup>1</sup>

No Brasil, a tributação em bases universais da renda das pessoas jurídicas foi introduzida pela Lei nº 9.249/95 e posteriormente regida pela Lei nº 9.532/97. Em 2001, com

---

<sup>1</sup> XAVIER, Alberto. Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 89.

a edição da Medida Provisória nº 2.158-35, houve uma mudança considerável, introduzida pelo art. 74 daquele veículo normativo, no tratamento dos lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior, gerando um número significativo de ações judiciais contestando a constitucionalidade do dispositivo. A principal delas foi a ADIN nº 2.588, interposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), cujo julgamento, ocorrido em 2013, durou mais de dez anos.

O objetivo do presente trabalho é analisar as decisões proferidas recentemente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) com relação à Medida Provisória nº 2.158-35/2001, em especial no que tange à aplicação dessa legislação nas hipóteses em que há tratados internacionais em matéria tributária assinados pelo Brasil, bem como analisar se tais decisões continuarão a ter pertinência para os fatos jurídicos ocorridos após a edição da Lei nº 12.973 de 2014, que passou a regular a matéria.

Para alcançar os objetivos expostos, essa monografia, além desta introdução e da conclusão, terá mais cinco capítulos. No capítulo 2 se discorrerá sobre alguns pontos pertinentes aos tratados internacionais e sua eventual antinomia com a legislação interna, em especial em matéria tributária. No capítulo 3 serão abordadas as principais características das regras CFC e o artigo 7º dos tratados que adotam o modelo OCDE. No capítulo 4 será feita uma breve retrospectiva da sistemática da tributação no Brasil dos lucros das controladas e coligadas no exterior, bem como as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001. No capítulo 5 serão analisados os julgamentos das principais ações sobre a matéria no STF e no STJ. No capítulo 6 serão tratadas as inovações introduzidas pela recente legislação sobre a matéria, Lei nº 12.973/2014. Por fim, no capítulo 7 serão abordados os principais pontos que se pode extrair das decisões dos tribunais superiores sobre os eventuais confrontos entre as disposições da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, e a aplicabilidade dos argumentos expendidos nessas decisões frente à atual legislação sobre a matéria.

## 2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O estudo dos tratados em matéria tributária faz parte do campo do Direito Tributário Internacional. Esse ramo do Direito tem como objeto as situações internacionais (*cross-border situations*), i.e., aquelas nas quais os elementos ou aspectos de determinada situação fática podem estar sujeitos a mais de uma ordem jurídica tributante.<sup>2</sup>

No ordenamento nacional, os tratados internacionais são fontes do Direito Tributário e estão elencados no artigo 96 do Código Tributário Nacional, logo após as leis.

### 2.1 TEORIAS QUE RELACIONAM O DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNO

De início, cumpre destacar que existem duas correntes teóricas que relacionam o Direito Internacional e o Direito Interno: as teorias dualista e monista.

Para os dualistas, o direito internacional e o direito interno são absolutamente independentes, não havendo relação entre a validade de uma norma interna e a ordem jurídica internacional. Rezek<sup>3</sup> destaca como expoentes dessa corrente no século passado Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália.

Os monistas, por sua vez, se repartem em duas vertentes. Para o monismo internacionalista, existiria uma unidade da ordem jurídica, com a primazia do direito internacional, ao qual todas as ordens jurídicas internas se adequariam. Para a vertente monista nacionalista, também conhecida como monismo com primazia do direito interno, haveria uma supremacia da ordem jurídica interna e as regras de direito internacional seriam livremente adotadas, a depender do interesse de cada Estado Nacional<sup>4</sup>. Sua origem encontra-se na Doutrina Hegeliana, pela qual a soberania do Estado seria absoluta, não se sujeitando a qualquer outro sistema jurídico.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> XAVIER, Op. Cit., p. 3.

<sup>3</sup> REZEK, José Francisco. Direito internacional público : curso elementar. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28

<sup>4</sup> REZEK, Op. Cit., p. 28

<sup>5</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna. São Paulo: Dialética, 1999, p. 67.

O expoente maior do monismo internacionalista foi Hans Kelsen<sup>6</sup>. Para Kelsen, existiria apenas um sistema, sendo os ordenamentos estatal e internacional meras manifestações dessa unidade sistêmica.<sup>7</sup> Os teóricos dessa corrente advogavam que a ratificação dos tratados produziria a um só tempo efeitos tanto no ordenamento jurídico interno como no internacional.<sup>8</sup>

A vertente nacionalista encontrou alguns adeptos na França e na Alemanha, além de ser possível identificá-la claramente, no período entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra do autores soviéticos<sup>9</sup>. Rezek<sup>10</sup> afirma que embora pouquíssimos autores fora do contexto soviético tenham se revelado comprometidos com o monismo nacionalista, tais ideias norteiam as convicções judiciárias em vários países ocidentais - nos quais se pode incluir o Brasil e os Estados Unidos da América -, quando os tribunais têm que enfrentar a questão do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno.

## 2.2 CONCEITO DE TRATADO E SUA INSERÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL NACIONAL

No Direito Internacional, os tratados se configuram como um dos meios mais importantes para a introdução de normas entre os Estados. A eles cumpre formular verdadeiros ordenamentos interestatais, lastreados na cláusula *pacta sunt servanda*<sup>11</sup>. Ao celebrar um tratado, os Estados Nacionais abrem mão de parte de sua soberania, para regular de forma convencional a relação entre eles em determinada matéria.

Podemos conceituar tratado internacional como um acordo celebrado entre dois ou mais sujeitos do direito internacional público, estipulando direitos e obrigações para as nações ou organizações signatárias, que deverão produzir efeitos jurídicos no plano internacional.

---

<sup>6</sup> REZEK, Op. Cit., p. 28.

<sup>7</sup> PINCELLI, Eduardo Pugliese. Sobre a relação entre os tratados internacionais em matéria tributária e o sistema jurídico brasileiro: novas proposições a respeito de um velho problema. In Congresso Nacional de Estudos Tributários II, 2005, São Paulo. **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 674

<sup>8</sup> GRUPENMACHER, Op. Cit., p. 67

<sup>9</sup> REZEK, p. 28

<sup>10</sup> REZEK, p. 28-29

<sup>11</sup> PINCELLI, Op. Cit., p. 686

Os tratados são celebrados unicamente por pessoas jurídicas de direito internacional público, como os Estados soberanos (aos quais se equipara a Santa Sé), as Monarquias e as organizações internacionais.<sup>12</sup> A representação desses atores na conclusão dos acordos, com plenos poderes, é atribuída ao Chefes de Estado, de Governo e aos Ministros das Relações Exteriores, sendo possível conferir-se tal direito a outrem, mediante carta especial.<sup>13</sup>

No Brasil, a competência para celebrar tratados internacionais é da União, na pessoa do Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado. É o que se extrai dos artigos 21, I e 84, VIII da Constituição Federal.

O artigo 84, VIII da CF estatui também que os tratados devem ser referendados pelo Congresso Nacional, prevendo o art. 49 da Carta Magna que a este último cabe resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional

### 2.3 CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INTERNA

A Constituição Federal de 1998 prevê em seu art. 5º, parágrafo 2º:

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

Para Alberto Xavier<sup>14</sup>, tal dispositivo traz ínsita a emergência de direitos subjetivos e garantias individuais advindos diretamente dos tratados internacionais, tanto para brasileiros quanto para estrangeiros residentes no país. Xavier entende que o Brasil adotou o sistema de recepção automática plena e, diante de tal cláusula, sendo os tratados recebidos na ordem interna como tratados e não como lei interna, não haveria como lei ordinária pretender revogar ou denunciar um tratado internacional, consistindo justamente neste ponto a sua supremacia hierárquica<sup>15</sup>.

---

12 REZEK, Op. Cit., p. 18

13 PINCELLI, Op. Cit., p. 686

14 XAVIER, Op. Cit., p. 109

15 XAVIER, Op. Cit., p. 110

Ainda para Alberto Xavier, em matéria tributária, o artigo 98 do CTN respalda e confirma a conclusão de que os tratados internacionais têm não apenas supremacia hierárquica sobre a lei interna, como também com ela têm uma relação de especialidade<sup>16</sup>. Neste ponto, ainda que se considerasse uma paridade hierárquica entre tratado e lei ordinária, a aplicação predominante do tratado seria consequência dessa relação precípua de especialidade<sup>17</sup>.

Dispõe o artigo 98 do CTN, *in verbis*:

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Nossa doutrina e a jurisprudência nos tribunais superiores é praticamente pacífica no sentido da supremacia do tratado internacional que verse sobre direito tributário sobre a lei ordinária, embora as razões que a justificam diverjam entre os pensadores do direito.

Gruppenmacher<sup>18</sup> destaca posições da doutrina e da jurisprudência que questionam a constitucionalidade do artigo 98 do CTN, vez que à lei complementar não teria sido atribuída, constitucionalmente, dispor a respeito de hierarquia normativa. Reconhece, porém, que a matéria da hierarquia seria de disciplina constitucional, porém não foi objeto da constituição brasileira. Ademais, inexistindo norma constitucional conferidora de supremacia do direito internacional sobre o direito interno, há de prevalecer o direito internacional, pela aplicação do critério da especialidade.<sup>19</sup> Neste contexto, entende-se pela prevalência do tratado sobre a lei interna não por uma questão de hierarquia, pois, como dito, tal hierarquia não foi prevista na Constituição, mas sim por ser o tratado lei especial.

Ao comentar o artigo 98 do CTN, Borges<sup>20</sup> destaca que não se pode incorrer na hermenêutica simplista e literal desse dispositivo, apregoando-se que a lei revogaria o tratado ou este último a revogaria. Para ele, na relação temporal entre lei e tratado, não há que se falar no fenômeno da revogação, i.e., na retirada de normas do direito positivo, pois o tratado somente poderia ser revogado em virtude de sua denúncia “*e esse condicionamento não deve ser desconsiderado pelos que sustentam poder a lei posterior revogar o tratado, conforme a*

---

16 XAVIER, Op. Cit., p. 116

17 XAVIER, Op. Cit., p. 117

18 GRUPENMACHER, Op. Cit., p. 113

19 GRUPENMACHER, Op. Cit., p. 114

20 BORGES, José Souto Maior. Direito Humanos e Tributação. In TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), Direito Tributário Internacional Aplicado – Volume II – Coordenação Heleno Taveira Tôrres – São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 81.

*regra do direito positivo lex posterior derogat priori.*”<sup>21</sup> Se fosse possível ao Congresso Nacional editar leis em antinomia com as normas do tratado internacional, revogando de forma unilateral normas que foram decididas por vários Estados em conjunto, se daria por letra morta o princípio jurídico fundamental da igualdade entre os Estados, previsto no art. 4º, V, da CF, contrariando, portanto, a própria Constituição brasileira.

Na visão de Borges, a preferéncia, em matéria tributária, será sempre do tratado, se resumindo a questão no **primado da aplicabilidade**<sup>22</sup>. Assim, o art. 98 do CTN seria neutro no que tange à hierarquia porventura existente entre tratado e lei, não sendo correto dele concluir-se pela preponderância dos tratados sobre as leis federais. O que se deve interpretar do citado artigo é um comando dirigido ao legislador federal para que se abstenha de editar leis posteriores incompatíveis com os tratados preexistentes.<sup>23</sup>

O caráter manifesto do artigo 98 do CTN é o da prevenção de conflitos, i.e., *pacta sunt servanda*. Uma vez que os tratados, que são atos multilaterais, devem ser cumpridos, o Congresso Nacional não estaria autorizado a descumprir o quanto pactuado. Borges destaca que seria esse o significado do artigo 98 do CTN, para além de sua literalidade:

Como ele expressa um dever ser, deve-se interpretá-lo no seguinte sentido: os tratados e as convenções internacionais devem ser observados pela legalidade das pessoas constitucionais (União, Estados-membros, DF e Municípios). E nesse ponto o CTN está em consonância com a CF, art. 5º, parágrafo 2º, em cujos termos os tratados internacionais serão celebrados não pela União, mas pela República Federativa do Brasil. É por esse motivo que os tratados isentantes de impostos estaduais e municipais vinculam os Estados-membros, DF e Municípios.<sup>24</sup>

Com posição um pouco diversa da maioria dos doutrinadores, Schoueri<sup>25</sup> não vê conflito entre lei interna e tratado, pois entende que esse dois veículos versam sobre matérias distintas. Para ele, o tratado é o instrumento que delimita o alcance da jurisdição nacional. Seria falaciosa, portanto, a questão hierárquica entre tratados em matéria tributária e lei interna. A questão que existe é de competência.

---

21 BORGES Op.Cit., p. 81

22 No nosso direito positivo, em especial no tributário, adota-se a primazia da norma convencional sobre a interna, o que se resume no **primado da aplicabilidade**. Como destaca Borges, tratando do conflito entre tratado internacional e lei interna, “*Aplica-se, em tal hipótese, a norma convencional e desaplica-se a norma interna sem que esta tenha sido derogada ou revogada. Tanto que, se extinto o tratado, a norma interna volta a aplicar-se às situações de vida antes regidas pelo ato internacional. E essa opção pelo primado da aplicabilidade do tratado (v. CTN, art. 98) remove os inconvenientes que decerto adviriam da parificação hierárquica tout court entre tratado sobre direitos humanos e lei da União.*” (BORGES, Op. Cit., p. 61).

23 BORGES, Op. Cit., p. 82

24 BORGES, Op. Cit., p. 82

25 SCHOUERI, Luiz Eduardo. Presente e Futuro das Regras Brasileiras de Tributação de Lucros Auferidos no Exterior. Palestra proferida em 06.03.2015 em São Paulo. Disponível em: <http://cursocead.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Schoueri.pdf>, acesso em 10.03.2016.

Ainda de acordo com Schoueri<sup>26</sup>, os tratados não seriam sequer lei especial, vez que, utilizando-se de metodologia jurídica no sentido estrito, uma norma só traria com outra uma relação de especialidade se apresentasse uma hipótese de incidência completa, acrescentando-lhe requisitos adicionais. Não seria este o caso dos tratados, pois não tratam de matéria idêntica à lei interna. Tratados não instituem tributos e leis internas em matéria tributária não delimitam jurisdição do país, ampliando os limites determinados em um tratado internacional.

Na verdade os tratados operam limitando a jurisdição dos Estados contratantes. Uma vez definida a jurisdição por este meio próprio (tratados), não poderia se conceber que uma lei interna dispusesse sobre assuntos que ultrapassassem os limites impostos por um tratado.<sup>27</sup>

Para Schoueri<sup>28</sup>, portanto, resolvida estaria a questão pela matéria da competência:

[...] o tratado versa sobre os limites da jurisdição; se a lei regular o assunto, extrapolará sua competência. De igual modo, a lei institui o tributo; se o tratado pretender efetuar tal papel, será caso de inconstitucionalidade, por ferir o Princípio da Legalidade. Deve-se reconhecer, assim, que os tratados em matéria tributária e a lei interna versam sobre matérias cujas competências normativas são distintas.”

Para o autor, é da natureza do Direito Internacional que o Estado renuncie a uma parte de sua soberania ao estabelecer vínculos com outro Estado, que também a está renunciando, ou seja, um renuncia porque outros renunciaram. Caso contrário, impossível seria a existência do Direito Internacional. Obviamente que o Estado pode, a qualquer momento, decidir pela retomada da sua soberania, denunciando o tratado e voltando a exercer seu poder pleno.<sup>29</sup>

No que tange à legislação interna, Schoueri<sup>30</sup>, aderindo à doutrina de Vogel, entende que os tratados que visam evitar a dupla tributação funcionariam como uma máscara aposta sobre o direito positivo nacional, deixando algumas partes deste último escondidas. A legislação interna, portanto, só poderia ser aplicada nas partes não cobertas pela máscara. Ela não é revogada, mas tem sua aplicação suspensa para aquelas hipóteses abrangidas pelo tratado. Retirada a máscara (i.e. denunciado o tratado), a legislação interna volta a ser

---

26 SCHOUERI, Luiz Eduardo. Presente e Futuro das Regras Brasileiras de Tributação de Lucros Auferidos no Exterior. Palestra proferida em 06.03.2015 em São Paulo. Disponível em: <http://cursocead.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Schoueri.pdf>, acesso em 10.03.2016.

27 SCHOUERI, Luiz Eduardo. Presente e Futuro das Regras Brasileiras de Tributação de Lucros Auferidos no Exterior. Palestra proferida em 06.03.2015 em São Paulo. Disponível em: <http://cursocead.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Schoueri.pdf>, acesso em 10.03.2016.

28 SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário, Ed. Saraiva, 3ª ed., São Paulo, 2013, p. 101

29 SCHOUERI, Luiz Eduardo, 1999, p. 68-69 *apud* PINTO, Gustavo Mathias Alves. Tratados internacionais em matéria tributária e sua relação com o direito interno no Brasil, 2008, p. 15.

30 SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. Direito Tributário Atual, São Paulo: Dialética, n. 17, 2003, p. 35.

aplicada àqueles casos antes excluídos pelo tratado, pois não houve revogação, mas tão somente suspensão da pretensão tributária do Estado enquanto a norma internacional estava vigente.

### 3 AS REGRAS CFC (CONTROLLED FOREIGN COMPANY) E O ARTIGO 7º DOS TRATADOS QUE SEGUEM O MODELO OCDE

#### 3.1 BREVES COMENTÁRIOS A RESPEITO DAS REGRAS CFC

Com a globalização e a internacionalização crescente do mercado financeiro e de capitais, cresceu em todo o mundo o número de países que adotaram a tributação em bases universais e as chamadas *Controlled Foreign Company rules*.

Essas regras, conhecidas pela sigla CFC (que em tradução livre significa sociedade controlada no exterior), são adotadas por diversos países como uma forma de evitar a elisão ou a evasão fiscal, atuando no sentido de desestimular os residentes a transferirem renda para países que não a tributem ou nos quais a tributação se dê em valor muito reduzido.

A aplicação das regras CFC difere bastante entre os países, bem como os parâmetros para a definição do que se caracteriza como uma controlada no exterior. Pode-se dizer, no entanto, que um aspecto comum entre elas é buscar impedir o diferimento (*tax deferral*) no pagamento dos impostos incidentes sobre a parte da renda que caiba a um residente, oriunda das sociedades por ele controladas situadas em outros países, de modo que essa renda só venha a ser tributada quando os lucros forem distribuídos.

Como destaca Xavier<sup>31</sup>, as legislações visando impedir esse diferimento da tributação tiveram início nos Estados Unidos em 1934, com as normas que permitiram a tributação das *foreign personal holding companies*. No entanto, apenas com a chamada reforma Kennedy, de 1962, foi que realmente se passou a combater a utilização por cidadãos norte-americanos não apenas das *foreign personal holding companies* (sociedades situadas em outros países, em que pelo menos 90% da renda seja constituída pela chamada renda passiva, i.e, juros, alugueis, royalties), mas também das *controlled foreign corporations*<sup>32</sup>.

Em grande parte dos países que adotam as regras CFC, tais ditames se impõe tão somente para aquelas sociedades controladas situadas em países ditos de tributação

---

31 XAVIER, Alberto. Op. Cit. p. 276

32 XAVIER, Alberto. Op. Cit. p. 277

favorecida, os comumente chamados “paraísos fiscais”<sup>33</sup>. No entanto, em países como Estados Unidos e Austrália, a tributação universal é aplicada de modo irrestrito a todas as sociedades controladas por seus residentes, em qualquer país do mundo, ainda que para alguns países a aplicação dessas regras se dê de forma mais severa por questões mais políticas que arrecadatórias<sup>34</sup> (PEREIRA, 2011, p. 4).

Bianco<sup>35</sup> elenca alguns aspectos que caracterizam as companhias a serem enquadradas nas normas CFC. O primeiro deles seria observar se a legislação do país de residência da controlada considera essa sociedade uma entidade autônoma e independente, vez que, em vários países, sociedades de pessoas não são consideradas contribuintes de tributos separadamente de seus sócios. Na verdade a tributação da renda auferida pela sociedade seria tributada diretamente na pessoa dos sócios, em regime diverso, portanto, da regra CFC.

Outra característica seria que a sociedade seja controlada (normalmente com participação de 50% no capital votante), quer de forma direta ou indireta (nesta última, as participações nas empresas geralmente são consideradas de forma agregada, para que se evitem fraudes).<sup>36</sup>

Uma terceira condição seria a CFC estar localizada nos chamados paraísos fiscais, assim definidos na legislação da cada país, também conhecida como *método jurisdicional*.<sup>37</sup>

Por fim, uma quarta condição elencada por Bianco<sup>38</sup> vincula-se ao tipo de rendimento auferido pela sociedade domiciliada no exterior, denominado *método transacional*. Neste contexto, o tipo de transação efetuada pela controlada ou a natureza dos seus rendimentos devem ser levados em conta. Os rendimentos passivos, que variam de país para país<sup>39</sup>, são aqueles não oriundos da exploração direta de atividades comerciais, industriais ou de prestação de serviços (denominados, em contraposição, de rendimentos ativos), incluindo

---

<sup>33</sup> Para uma visão geral de como muitos países aplicam as regras CFC, vide: DELLOITTE. Guide to Controlled Foreign Company Regimes. In <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-guide-to-cfc-regimes-210214.pdf>, acesso em 11.03.2016.

<sup>34</sup> PEREIRA, Roberto Codorniz. O regime especial de tributação de lucros auferidos no exterior: Um estudo em direito comparado. Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – Direito FGV. 2011. Disponível em: [http://nucleodeestudosfiscais.com.br/files/upload/2011/12/07/11-11\\_roberto\\_o\\_regime\\_especial-de-tributacao-de-lucros-auferidos-no-externo.pdf](http://nucleodeestudosfiscais.com.br/files/upload/2011/12/07/11-11_roberto_o_regime_especial-de-tributacao-de-lucros-auferidos-no-externo.pdf), acesso em 07.03.2016, p. 4

<sup>35</sup> BIANCO, João Francisco. Transparência Fiscal Internacional. São Paulo: Dialética, 2007, p.25

<sup>36</sup> BIANCO, João Francisco. Op. Cit, p.25

<sup>37</sup> BIANCO, João Francisco. Op. Cit, p.26

<sup>38</sup> BIANCO, João Francisco. Op. Cit, p. 26-27

<sup>39</sup> A lei 12.973/2014, apesar de não ser típica regra CFC, define no seu 84, I, as rendas passivas por exclusão, ao afirmar que são rendas ativas aquelas obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas decorrentes de: royalties, juros, dividendos, participações societárias, aluguéis, ganhos de capital, salvo na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de 2 (dois) anos, aplicações financeiras e intermediação financeira.

geralmente juros, royalties e dividendos. A preponderância desses rendimentos passivos ensejariam a aplicação das regras CFC.

### 3.2 O PROBLEMA DA DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DA RENDA E O ARTIGO 7º DOS TRATADOS QUE SEGUEM O MODELO OCDE

Como destaca Vogel<sup>40</sup> a dupla tributação internacional é hoje uma questão premente, porque a grande maioria dos Estados, além de tributarem os ativos e transações domésticas, tributam também capitais e transações ocorridas em outros países, desde que elas beneficiem residentes do Estado tributante.

Vogel<sup>41</sup> ressalta que, costumeiramente, a lei internacional não proíbe a dupla tributação. Neste sentido, a dupla tributação, oriunda de pontos de interseção entre as leis domésticas de dois ou mais Estados, estará em conformidade com a legislação internacional desde que cada uma das legislações nacionais tomadas individualmente estejam também conformes com aquela legislação<sup>42</sup>.

Desde o final do século XIX, os Estados começaram a se engajar em acordos bilaterais para evitar a dupla tributação<sup>43</sup>, embora no início, apenas Estados federalmente relacionados ou aliados celebrassem tratados com essa finalidade. Esforços da antiga Liga das Nações contribuíram substancialmente para a assimilação dos tratados existentes, bem como para o desenvolvimento da uniformização de modelos de tratados. Os esforços da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para desenvolver um sistema capaz de evitar a dupla tributação partiram do campo preparado pela Liga das Nações.<sup>44</sup>

---

40 VOGEL, Klaus. Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with the particular reference to German treaty practice. London: Kluwer Law International, 1997, p. 9

41 VOGEL, Op. Cit., p. 12

42 VOGEL (1997, p. 12) destaca, no entanto: “International law prohibits however, imposition of a **sovereign act of a State on a foreign territory**. This “**principle of formal territoriality**” applies in particular to acts intended to enforce internal legal provisions abroad.”

43 VOGEL, Op. Cit., p. 16

44 VOGEL, Op. Cit., p. 17

O propósito precípua dos tratados que seguem o modelo OCDE de Tratado Tributário sobre a Renda e o Capital<sup>45</sup> é prover meios para resolução, em bases uniformes, para os problemas mais comuns que surgem no campo da dupla tributação internacional<sup>46</sup>.

Para o presente trabalho, interessa conhecer o conteúdo do parágrafo 1º do artigo 7º dos tratados Modelo OCDE e alguns comentários pertinentes a tal artigo. Dispõe o mencionado parágrafo 1º, do artigo 7º<sup>47</sup>:

1. Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State.<sup>48</sup>

Para cada artigo do tratado modelo OCDE existem comentários elaborados pelo seu Comitê de Assuntos Fiscais, visando esclarecer ou dar interpretação aos seus objetivos e alcance. A respeito do assunto, interessam ao presente trabalho o parágrafo 26 dos comentários ao artigo 1º e o parágrafo 14 dos comentários ao artigo 7º do tratado modelo OCDE<sup>49</sup>, que afirmam, em tradução livre:

26. Estados que adotam regras CFC ou regras antielisvas acima referidas em sua legislação doméstica buscam manter a equidade e neutralidade dessas leis em um ambiente internacional caracterizado por cargas tributárias bastante diversas, mas tais medidas devem ser usadas apenas para essa finalidade. Como regra geral, essas medidas não devem ser aplicadas nos casos em que a renda relevante tenha sido sujeita a tributação comparável àquela do país de residência do contribuinte.

14. O propósito do parágrafo primeiro é limitar o direito de um dos Estados Contratantes de tributar os lucros advindos da atividade de empresas situadas no outro Estado Contratante. O parágrafo primeiro não limita o direito de um Estado Contratante de tributar seus próprios residentes atendendo a provisões de regras CFC presentes na sua legislação interna, ainda que o tributo imputado a esses residentes possa ser computado em relação à parte dos lucros de uma empresa que é residente do outro Estado Contratante, proporcional à participação desses residentes naquela empresa. O tributo

---

45 No original, OECD Model Tax Convention on Income and on Capital

46 VOGEL, Klaus. Op. Cit., p. 2.

47 OECD. Articles of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital (as they read on 22 July 2010). Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/47213736.pdf>, acesso em 07.03.2016.

48 Em tradução livre: Os lucros de uma empresa situada em um Estado Contratante só poderão ser tributados nesse Estado, a menos que a empresa exerça atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente lá situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma antes mencionada, os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente, de acordo com a provisões do parágrafo 2o, devem ser taxados naquele outro Estado.

49 OECD. Commentaries of OECD Model Taxation Convention on Income and on Capital. 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>, acesso em 07.03.2016

assim imposto por um Estado sobre os seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado e não pode, portanto, ser tido como incidente naqueles lucros (ver também parágrafo 23 dos Comentários ao Artigo 1 e parágrafos 37 a 39 dos Comentários ao Artigo 10).

Com tal artigo e comentários em mente, passa-se à análise da sistemática de tributação dos lucros no exterior no Brasil.

#### **4 A SISTEMÁTICA DA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS DAS CONTROLADAS OU COLIGADAS NO EXTERIOR: BREVE HISTÓRICO E ALTERAÇÕES PERPETRADAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35 DE 24 DE AGOSTO DE 2001**

Como dito anteriormente, após a segunda guerra mundial, o sistema de tributação em bases universais alastrou-se para muitos países, em especial na Europa. O Brasil, no entanto, para as pessoas jurídicas, só veio a dar atenção a esta questão na década de 1990, como se verá a seguir

##### **4.1 A TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS NO EXTERIOR DAS PESSOAS JURÍDICAS BRASILEIRAS ATÉ 2001**

No Brasil, a tributação das pessoas jurídicas foi durante muito tempo baseada na regra da territorialidade. A lei nº 4.506 de 1964 dispunha, em seu artigo 63, que:

No caso de empresas cujos resultados provenham de atividades exercidas parte no país e parte no exterior, somente integrarão o lucro operacional os resultados produzidos no país.

Frente à regra da territorialidade tributária então vigente, muitos grupos econômicos nacionais passaram a se organizar de forma a concentrar suas atividades em controladas e coligadas situadas em países de tributação favorecida, os chamados “paraísos fiscais”, utilizando-se das mais diversas formas de planejamento possíveis para diminuir o lucro tributável no Brasil.

Frente a essa realidade, o Brasil passou a adotar medidas visando evitar a evasão fiscal, dentre as quais se incluem as regras de preços de transferência. Além disso, deu início à tributação da renda em bases universais para as pessoas jurídicas em 1996<sup>50</sup>. A lei nº 9.249, de 1995, dispôs em seu artigo 25 que os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior deveriam ser computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas

---

<sup>50</sup> Para as pessoas físicas, a tributação sempre foi em bases universais, considerada a renda e os proventos de qualquer natureza disponíveis pelo regime de caixa.

correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano. Tal determinação valia para filiais, sucursais, controladas ou coligadas.

Como destaca PEREIRA<sup>51</sup>, em seguida à publicação dessa lei intensos debates se instalaram no campo jurídico entendendo pela inconstitucionalidade do dispositivo, tendo em vista que o rendimento a ser tributado não teria sido objeto ainda de disponibilidade econômica ou jurídica. Ademais, a pressão do setor empresarial também foi bastante forte, pois tal tributação seria onerosa para as empresas brasileiras que tentavam crescer baseadas na estratégia da internacionalização.

A Secretaria da Receita Federal à época, talvez pelas razões acima, acabou por publicar a Instrução Normativa SRF nº 38, de 27 de junho de 1996, cujo artigo 2º determinava que os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas só seriam adicionados ao lucro líquido do período-base, para efeito de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que fossem disponibilizados.

Nos termos daquele artigo da IN nº 38/96 e seus parágrafos, os lucros seriam considerados disponibilizados quando pagos ou creditados à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior.

Como se percebe, a IN 38/96 acabou por dissipar o debate em torno da lei nº 9.249/95. Os dispositivos da IN nº 38/96 retro mencionados acabaram sendo referendados na redação do artigo 1º da Lei nº 9.532 de 1997, no que tange às pessoas jurídicas controladas ou coligadas<sup>52</sup>.

Observa-se das mencionadas normas que, à época em que se pretendeu alterar a tributação do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro para bases universais, o Brasil já havia optado por fazê-lo sem diferenciar os países em que estavam situadas as coligadas e controladas de pessoas jurídicas nacionais. A tributação se daria para coligadas e controladas situadas em quaisquer países, fossem eles ou não países considerados de tributação favorecida ou de regime tributário privilegiado.

---

51 PEREIRA, Roberto Codorniz. Op. Cit., p. 7.

52 Para as filiais ou sucursais no exterior, com o advento da Lei 9.532/97 houve a previsão em seu artigo 1º de que os lucros destas seriam considerados disponibilizados para a empresa no Brasil, na data do balanço no qual tivessem sido apurados.

Traçou-se, então, em breves linhas, o panorama da tributação dos lucros de coligadas e controladas no exterior a partir do ano de 1996. Em 2001, mudanças legislativas alteraram radicalmente o cenário relativo à matéria, iniciando discussões jurídicas que perduraram por mais de uma década, como se verá a seguir.

#### 4.2 A LEI COMPLEMENTAR Nº 104 DE 2001 E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35 DE 24 DE AGOSTO DE 2001

A lei complementar nº 104, de 10 janeiro de 2001 acrescentou os parágrafos primeiro e segundo ao artigo 43 do Código Tributário Nacional, com a seguinte redação:

Art. 43... ..

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

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

Tal dispositivo, portanto, atribuiu ao legislador ordinário a tarefa de definir o momento em que ocorre a disponibilidade de receitas ou rendimentos advindos do exterior.

Em 24 de agosto de 2001 foi editada a Medida Provisória nº 2158, que em seu artigo 74<sup>53</sup> e parágrafo primeiro dispunha *in verbis*:

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

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

---

<sup>53</sup> O artigo *in comento* foi revogado pela lei nº 12.973, de 13 de maio 2014 (lei de conversão da Medida Provisória 627, de 2013).

Como se pode observar, a Medida Provisória nº 2.158-35/01 alterou substancialmente o momento em que passaram a ser considerados disponibilizados os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior, além de pretender estender sua aplicação a todo e qualquer lucro auferido por estas desde as mais priscas eras, na forma do parágrafo único do seu artigo 74.

A edição desse dispositivo provocou uma avalanche de discussões doutrinárias e ações judiciais, inclusive a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588/DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI em 2001<sup>54</sup>. Nesta ação foram impugnados o artigo 43, parágrafo 2º do CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104/2001, e o artigo 74, *caput* e parágrafo único da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, por violação:

- a) ao artigo 153, III da CF, pois o artigo 74, *caput*, ao considerar disponibilizados os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior, na data do balanço em que houverem sido apurados, desconsidera que ainda não teria havido o necessário acréscimo patrimonial a propiciar a tributação pelo imposto de renda. Neste particular residiria também a inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 43 do CTN, acrescentado pela Lei Complementar nº 104/01, vez que ao permitir que o legislador ordinário fixasse o momento em que se daria a disponibilidade, mesmo antes de sua ocorrência, este parágrafo estaria ofendendo o disposto no artigo 153, III da CF e o conceito de renda nele inserto.
- b) às alíneas “a” e “b” do inciso III do artigo 150 da CF, pois o parágrafo único do artigo 74 da MP nº 2.158-35/01 busca tributar, em 31.12.2002, todos os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31.12.2001.

Em 04.02.2002 o processo foi distribuído para a Ministra Ellen Gracie e teve seu julgamento iniciado em 05.02.2003. Como é de conhecimento geral, o processo permaneceu em julgamento durante os dez anos seguintes, com inúmeros votos de vista, tendo seu julgamento final ocorrido apenas em 10.04.2013, como será visto a seguir.

---

<sup>54</sup> Dois recursos extraordinários a respeito do tema também chegaram ao STF nesse ínterim e ficaram pendentes de julgamento enquanto tramitava a ADIN 2588/DF: o RE 611.586, interposto contra acórdão prolatado no TRF da 4ª Região, que entendeu pela constitucionalidade do art. 74 MP 2.158-35/01 e o RE 541.090, contra acórdão prolatado pelo TRF 4ª Região, que entendeu que o art. 74, da MP 2.158-35/01 estaria divorciado da regra-matriz de incidência do tributo, devendo ser dada interpretação conforme ao parágrafo 2º, do art. 43 do CTN, além de reconhecer o desrespeito aos princípios da anterioridade e irretroatividade tributária perpetrado pelo parágrafo único do artigo 74 da MP no 2.158-35/01.

## **5 DO JULGAMENTO DAS AÇÕES MAIS REPRESENTATIVAS SOBRE A MATÉRIA NO STF E NO STJ**

### **5.1 DO JULGAMENTO DA ADIN Nº 2.588 E DO RE 541.090 PELO STF**

Como dito acima, o julgamento da ADIN Nº 2.588 arrastou-se por dez anos e contou com os votos de vista dos ministros Nelson Jobim, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Brito e Joaquim Barbosa, tendo este último ficado responsável pela lavratura do acórdão.

Após os intensos debates, não se logrou chegar a uma decisão unânime e nem a uma decisão por maioria referente a todas as questões. Dentre os vários votos de vista proferidos, acompanhados pelos votos de alguns ministros, várias posições díspares foram manifestadas, tanto em favor da inconstitucionalidade de parte ou da totalidade dos dispositivos atacados, como em favor da constitucionalidade de todos eles, por entender-se que não houve ofensa ao conceito de renda para fins de incidência do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro.

Até o voto de vista proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, pode-se resumir, de forma geral, os dez votos proferidos como segue:

- a) voto da Ministra Ellen Gracie entendendo parcialmente inconstitucional a legislação atacada exclusivamente no que tange ao termo coligadas, tendo em vista que a decisão a respeito do lucro destas não é de arbítrio exclusivo da coligada brasileira;
- b) votos dos Ministros Nelson Jobim, Eros Grau e César Peluso no sentido da constitucionalidade da legislação para aquelas empresas submetidas pela legislação societária ao Método da Equivalência Patrimonial (MEP);
- c) votos dos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio Melo, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello dando interpretação conforme ao parágrafo 2º, do

artigo 43 do CTN, entendendo inconstitucional o artigo 74 da MP nº 2.158-35, por prever hipótese em que não há disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou proventos de qualquer natureza.

- d) voto do Ministro Carlos Ayres Britto entendendo pela constitucionalidade dos dispositivos, devendo respeitar-se os tratados internacionais que evitam a dupla tributação.
- e) Voto do Ministro Gilmar Mendes, que se deu por impedido.

Optou-se nesta monografia por não entrar em maiores detalhes em relação a todos os votos, mas tão somente no voto do Ministro Joaquim Barbosa, que ficou responsável pela lavratura do acórdão, por trazer pontos de maior contribuição ao recorte que se pretendeu dar, além de ter abordado a maior parte das questões tratadas nos votos anteriores.

No entender do Ministro Joaquim Barbosa<sup>55</sup>, no cerne da discussão existiriam duas questões relevantes do ponto de vista constitucional: i) saber se o alegado temor da União de abuso com vistas à evasão ou elisão fiscal seria autorização suficiente para o Estado atalhar o devido processo legal; ii) se a interpretação do texto constitucional poderia evoluir no sentido de acompanhar as mudanças sociais e, com isso, garantir certas expectativas fiscais.

Para o Ministro Barbosa, primeiramente seria necessário destacar que não existiria relação alguma entre o dia 31 de dezembro de cada ano e a disponibilização de recursos provenientes de participação nos lucros e nos resultados de investimentos.

Ele também rejeita a invocação do Método da Equivalência Patrimonial (MEP) como capaz de dar uma solução satisfatória à ação, pois em seu juízo o MEP seria útil para se ter uma dimensão da expectativa de aumento patrimonial, cuja confirmação dependeria de eventos cuja ocorrência é apenas potencial. O MEP seria uma técnica legal usada para avaliar-se o investimento em coligadas ou controladas, permitindo *“aumentar a precisão dos registros patrimoniais, sem, contudo, modificar os elementos legais que definem o momento em que surge o dever de distribuir lucros”*<sup>56</sup>.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, os argumentos da União poderiam ser sintetizados da seguinte forma<sup>57</sup>:

---

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.588. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. para o Acórdão Min. Joaquim Barbosa. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>, acesso em 01.03.2016, p. 229

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.588, p. 234.

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.588, p. 229.

diante da alta probabilidade de evasão ou de elisão, e considerada a dificuldade de fiscalização, a tributação será ampla, irrestrita e imotivada'. Em especial, 'imotivada', pois a autoridade fiscal não precisa argumentar, nem provar, ter ocorrido a disponibilização jurídica, nem econômica, da participação nos resultados. A um só tempo o ato plenamente vinculado do lançamento é trivializado e todo contribuinte é considerado um presumido sonegador.

Por outro lado, o Ministro reconhece os desafios crescentes impostos para as autoridades fiscais, em decorrência das transações, na economia globalizada, ocorrerem de forma cada vez mais imaterial, entendendo que a dificuldade da legislação fiscal em acompanhar essas constantes transformações também não pode ser usada como desculpa para proteger-se a evasão fiscal. Como bem destacado pelo o Ministro<sup>58</sup>:

a boa-fé do contribuinte é a contrapartida do devido processo legal para a autoridade fiscal. Em síntese, a autoridade fiscal não pode simplesmente presumir que o contribuinte esteja intencionalmente se esquivando do pagamento do tributo devido, ao mesmo tempo em que o contribuinte não pode dolosamente ocultar os fatos jurídicos que geram as obrigações tributárias.

Neste contexto, o Ministro pondera que, uma legislação que pretendesse que o simples fato de uma empresa sujeitar-se ao Método da Equivalência Patrimonial (MEP) fosse suficiente para presumir-se a distribuição dos lucros, deveria ter como objetivo combater a sonegação causada pela distribuição disfarçada dos lucros das empresas estrangeiras às suas controladoras ou coligadas no Brasil. No entanto, a redação do artigo 74 da MP nº 2.158-35/01 teria ultrapassado de forma gravosa essa finalidade, tendo em vista não diferenciar sociedades situadas em países com tributação favorecida e países com tributação normal ou até mais alta que a brasileira.

Reconhece, ainda, que na legislação brasileira estariam ausentes muitos dos dispositivos que na legislação estrangeira de regras CFC, em especial em países europeus, servem para balizar desvios de propósito, deixando de penalizar negócios legítimos. Por outro lado, a legislação do Brasil foi elaborada de tal modo que acaba por levar a crer que todas as controladas ou coligadas foram constituídas com finalidade elisiva ou evasiva.

Para o Ministro, só poderia se presumir intuito evasivo se a controlada ou coligada estrangeira estivessem situadas em países com tributação favorecida ou naqueles nos quais não se impõe controles e registros societários rígidos, i.e, nos ditos "paraísos fiscais", cuja

---

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.588, p. 230

lista se encontra na Instrução Normativa 1.037/2010<sup>59</sup>. Na hipótese da sociedade estrangeira não estar sediada em um desses países, a prova da evasão fiscal deveria ser feita pelas autoridades tributárias, sendo essa prova parte indissociável da motivação do ato vinculado de constituição do crédito tributário.

O Ministro conclui então, diante da argumentação exposta, pelo julgamento parcialmente procedente da ADIN, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 74 da MP nº 2.158-35/01, limitando-se sua aplicação à tributação das pessoas jurídicas sediadas no Brasil, cujas coligadas ou controladas no exterior estivessem localizadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados, normalmente conhecidos por “paraísos fiscais”.

Como não houve maioria em muitos pontos, aplicando-se o sistema de voto médio, proferiu-se decisão à ADIN no sentido de, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação para, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, conferir interpretação conforme, no sentido de que o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 não se aplica às empresas coligadas localizadas em países sem tributação favorecida (não “paraísos fiscais”), e que o referido dispositivo se aplica às empresas “controladas” localizadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei), vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Quanto ao parágrafo único do artigo 74 da MP nº 2.158-35/01, o STF deliberou pela não aplicabilidade retroativa do dispositivo. O Acórdão foi publicada no DJe de 11.02.2014.

Quanto às hipóteses de empresas coligadas localizadas em “paraísos fiscais” e empresas controladas situadas em países sem tributação favorecida, não foi obtida a maioria de seis votos. Nestas hipóteses, portanto, não houve deliberação com eficácia própria das ADINs, ou seja, *erga omnes* e efeito vinculante.

De notar que em inúmeros votos proferidos naquele julgamento foi ventilada a questão dos tratados, que deixou de ser enfrentada diretamente pois não era objeto da ADIN. Neste

---

59 A definição legislativa desses países encontra-se nos artigos 24 e 24-A da Lei 9.430/96, sendo aqueles que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota máxima inferior a vinte por cento, aqueles cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes, concedam vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente: a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência; b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência e/ou que não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território.

sentido, cita-se diversos trechos do Acórdão, dentre eles o do Ministro Marco Aurélio, quando afirma:

... caminhando para a taxaço de lucros, mas para a bitributaço, tendo em conta valores que permanecerão no estrangeiro, olvidando-se os inúmeros tratados formalizados pelo Brasil no sentido de evitar a sobreposiço tributária fiscal, em homenagem ao citado princípio da territorialidade. (p. 133/134)

Entrementes, esse aspecto apenas reforça a conclusão sobre a inconstitucionalidade da medida provisória, ante os tratados subscritos pelo Brasil e que afastam a bitributaço e requerem a disponibilidade, com o ingresso da renda no território brasileiro, para, então, já aqui vir a incidir o imposto. (p.137)

Mais adiante, pronuncia-se o Ministro Ricardo Lewandowski:

não se olvide, ademais, que o Brasil é signatário de diversos acordo internacionais, que previnem a dupla tributaço em matéria de imposto sobre a renda, tais como ... (p. 162)

E o Ministro Carlos Ayres Brito:

Todavia, para além da necessidade de não tributar resultados que não signifiquem propriamente lucro (a variação cambial positiva, por exemplo), chamo a atenção para o cumprimento dos mecanismos internos e dos tratados internacionais que têm por finalidade evitar a bitributaço. (p. 186)

E por fim, o Ministro César Peluso:

Quanto às medidas unilaterais ou bilaterais tendentes a evitar a dupla tributaço internacional sobre o rendimento produzido no exterior, as regras por aplicar continuam as mesmas, alterando-se-lhes apenas o momento da incidência: do pagamento, para o da apuraço/registo ... (p. 214)

Após o julgamento da ADIN seguiu-se ao julgamento do RE 611.586, que não trouxe maiores problemas, pois tratava de matéria decidida no âmbito da ADIN.

No julgamento do RE 541.090<sup>60</sup>, interposto pela União contra decisão do TRF 4ª Região, que entendeu que o art. 74, da MP nº 2.158-35/01 estaria divorciado da regra-matriz de incidência do tributo, devendo ser dada interpretação conforme ao parágrafo 2º, do art. 43 do CTN, além de reconhecer o desrespeito aos princípios da anterioridade e irretroatividade tributária perpetrado pelo parágrafo único do artigo 74 da MP no 2.158-35/01, encontrava-se

---

<sup>60</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 541.090. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Rel. para o Acórdão Min. Teori Zavascki. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046471>, acesso em 01.03.2016.

situação não abrangida pelo efeito vinculante da ADIN, pois se tratava de empresas controladas situadas em países sem tributação favorecida (China, Itália e Uruguai).

A Itália e a China assinaram tratados com o Brasil para evitar a dupla tributação, porém o Tribunal *a quo* não chegou a apreciar a questão posta pelo contribuinte, tendo em vista que deu provimento à ação por outras razões.

Para o Ministro Teori Zavascki, que ficou responsável por redigir o Acórdão, não haveria questão de bitributação porque: a) se tratava de tributar ganhos da empresa nacional e não ganhos da empresa no exterior; b) poderia haver compensação do imposto pago lá fora, nos termos do artigo 26 da Lei nº 9.249/95 e c) se houvesse antinomia entre os tratados assinados e a legislação interna, uma vez aprovados na forma prevista pela Constituição, os acordos internacionais assumiriam a condição jurídica idêntica à das leis especiais e como tais deveriam ser aplicados nas situações pertinentes, invocando jurisprudência do STF neste sentido. O Ministro Marco Aurélio observa que se deveria presumir que a União honraria os tratados, ao que o Ministro Dias Toffoli acrescenta que só na hipótese de recusa da União é que surgiria o debate no caso concreto.

O Ministro Gilmar Mendes, contudo, pondera que como o tema não foi apreciado no segundo grau, seria recomendável que o processo fosse devolvido ao Tribunal de origem para que ele se pronunciasse a respeito da aplicação dos tratados. Acatada tal sugestão, o Tribunal, por maioria, deu parcial provimento ao recurso extraordinário para considerar ilegítima a tributação retroativa, nos termos do parágrafo único do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Relator), Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que este se pronunciasse sobre a questão atinente à vedação da bitributação baseada em tratados internacionais, vencido o Ministro Dias Toffoli, não havendo se manifestado, no ponto, o Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa e impedido o Ministro Luiz Fux.

Resta claro, portanto, que o tribunal, neste julgamento, considerou o *caput* do art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 constitucional para controladas situadas fora de “paraísos fiscais”, porém a decisão não tem efeito vinculante.

Do exposto, pode-se observar que os entendimentos dos Ministros da Suprema Corte brasileira são bastante díspares, não obstante tenha-se chegado na ADIN a um resultado com efeito vinculante para uma parte do problema. No que tange aos tratados, embora o STF tenha

jurisprudência, em matéria tributária, a respeito da prevalência destes sobre a legislação interna, pode-se antever que a aplicação desses tratados aos casos concretos poderá não se dar de forma tão pacífica, tendo em vista que muitos Ministros entendem que não estaria a ocorrer bitributação, pois não seria a renda da pessoa jurídica no exterior que estaria sendo tributada, mas sim a da empresa brasileira.

Apenas quando a questão for objetivamente posta no STF, se saberá qual o posicionamento daquela Corte. Para tanto, aguarda-se o julgamento dos Recursos Extraordinários interpostos tanto pela União quanto pela Vale S/A em ação cujo Recurso Especial foi julgado pelo STJ em 2015, no qual a questão dos tratados foi enfrentada, como se verá a seguir.

## 5.2 DO JULGAMENTO DO RESP 1.325.709 PELO STJ: CASO VALE

O STJ julgou, em 24 de abril de 2014, Recurso Especial em Mandado de Segurança interposto pela então denominada Companhia Vale do Rio Doce (hoje Vale S/A), cujo ponto principal apreciado (e que se coaduna com os objetivos do presente trabalho) se refere à incompatibilidade do regime de tributação de lucros de controladas e coligadas da recorrente no Exterior com o artigo 7º dos Tratados contra a dupla tributação firmados entre o Brasil e a Bélgica, a Dinamarca e o Principado de Luxemburgo, que seguem o Modelo OCDE.

Conforme já visto no capítulo 3 do presente trabalho, de acordo com o mencionado artigo 7º, os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, no que estaria, deste modo, resguardada a competência tributária unicamente ao Estado no qual a empresa esteja domiciliada.<sup>61</sup>

O Ministro Napoleão Nunes, em seu voto<sup>62</sup>, afirma que o recurso especial está centrado na questão da prevalência ou não dos Tratados Internacionais Tributários, assim como, se julgada esta a hipótese, no fundamento de tal prevalência.

---

61 O RESP tratava ainda de outros pontos relativos à incompatibilidade do artigo 7º, parágrafo 1º da IN 213/02 com o art. 25 da Lei 9.249/95 combinado com o art. 74 da MP 2.158-35/01, que foge porém aos objetivos do presente trabalho e, portanto, não serão abordados em detalhe.

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.325.709. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em [www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275096&num\\_registro=201201105207&data=20140520&formato=PDF](http://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275096&num_registro=201201105207&data=20140520&formato=PDF), acesso em 01.03.2016, p. 24.

Ao comentar o artigo 7º dos tratados calcados no modelo OCDE<sup>63</sup>, o ministro afirma que privilegia-se o critério temporal, em detrimento do critério extraterritorial, diretriz esse padrão, de aceitação generalizada nas relações internacionais, cujos instrumentos reguladores são lastreados na boa-fé recíproca.

Justifica seu voto, ainda, no fato de que a jurisprudência do STJ orienta que a interpretação que deve ser dada aos Tratados Internacionais Tributários é balizada pela regra da especialidade, que pressupõe a supremacia das convenções externas sobre as domésticas. Para ele, eventual antinomia entre norma convencional e Direito Tributário Interno deveria ser resolvida por tal regra, ainda que a legislação interna seja posterior ao tratado, citando precedente no RESP 1.161.467-RS, da relatoria do Ministro Castro Meira, publicado no DJe de 01.06.2012, sendo essa a interpretação a ser dada ao artigo 98 do Código Tributário Nacional.

Afirma que no caso específico do julgamento da constitucionalidade da MP 2.158-35/2001, a questão de eventual ofensa aos Tratados Internacionais Tributários que visam evitar a dupla tributação ainda não foi objeto de análise explícita pelo STF, tendo em vista que no Recurso Extraordinário 541.090/SC foi determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que proferisse juízo quanto a essa questão, uma vez que naquele tribunal supremo a discussão limitou-se à constitucionalidade do artigo 74 da referida Medida Provisória<sup>64</sup>.

Da ementa do acórdão, item 7<sup>65</sup>, destaca-se:

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

Os Ministros da Primeira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial em análise, decidiram, por maioria, vencido o Min. Sérgio Kukina, conhecer do Recurso Especial e dar-lhe provimento para conceder em parte a segurança para afirmar que os lucros auferidos nos países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo sejam tributados apenas nos seus territórios, em respeito ao artigo 98 do CTN e

---

63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.325.709, p. 25

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.325.709, p. 37-38

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.325.709, p. 2

aos Tratados Internacionais em causa, enquanto os lucros apurados pela controlada domiciliada nas Bermudas estariam sujeitos ao artigo 74, *caput* da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial.

O Ministro Sérgio Kukina<sup>66</sup>, no seu voto vencido, entende, por sua vez, que da exegese conjugada do artigo 7º do tratado modelo OCDE e do art. 7º, parágrafo 1º da IN SRF 213/2002, que regulamentou o artigo 74, *caput* da MP 2.158-35/2001, não observa qualquer contradição com a norma do tratado internacional a ensejar bitributação. Isso porque, o fisco estaria a tributar tão somente a pessoa jurídica radicada no território brasileiro, não havendo qualquer intromissão daquele no território no qual esteja sediada a controlada ou coligada o que, se eventualmente viesse a ocorrer, aí sim ensejaria ilegítima bitributação, vedada pela sobredita norma internacional. Conclui pela negativa de provimento ao recurso especial da Vale S/A, vez que a legislação interna atacada pela recorrente não afrontaria de maneira alguma o artigo 7º dos Tratados modelo OCDE.

Após o julgamento, a União interpôs Recurso Extraordinário contra a decisão proferida pela Primeira Turma do STJ, alegando a existência de repercussão geral e violação direta à Constituição, em decorrência da interpretação dada ao artigo 7º, parágrafo 1º dos tratados modelo OCDE, sustentando a inexistência de qualquer antinomia entre o mencionado artigo 7º e a legislação interna.

Esse Recurso Extraordinário foi distribuído por prevenção ao Min. Marco Aurélio, relator do RE também interposto anteriormente pela Vale S/A contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, pugnando, dentre outros, pela inconstitucionalidade do *caput* do art. 74, da MP 2.158-35/2001 e do parágrafo único do art. 74 da mencionada Medida Provisória. Até a conclusão deste trabalho, o processo estava concluso ao relator, aguardando julgamento, desde 06 de março de 2015 (RE 870.214).

Importante destacar que o STJ, afora o caso *in comento*, já decidiu pela prevalência dos tratados internacionais sobre as normas de direito interno em várias ocasiões, sendo uma das mais recentes no REsp 1.272.897, além dos REsps 1.161.467, 1.149.529 e 426.945, além do AgRg no Resp 1.104.543.

---

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.325.709, p. 72-73.

## 6 A LEGISLAÇÃO ATUAL A RESPEITO DA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR – LEI Nº 12.973 DE 2014

Após o julgamento no STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588, em 10.04.2013<sup>67</sup>, o governo editou a Medida Provisória nº 627, em 11 de novembro de 2013, convertida na Lei nº 12.973 de 13 de maio de 2014.

No que tange à tributação em bases universais das pessoas jurídicas, a Lei nº 12.973/2014 inseriu alterações na sistemática de tributação dos lucros auferidos no exterior, tratada nos capítulos VIII e IX, dos artigos 76 a 92. Destacaremos alguns dispositivos que mais se aplicam ao tema ora em estudo.

Enquanto o artigo 74 da MP nº 2.158-35/01 tinha como materialidade tributável lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior, o artigo 77 da novel legislação fala em parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior. Veja-se na íntegra:

### **Das Controladoras**

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

§ 1º A parcela do ajuste de que trata o caput compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior.

A questão que se coloca é se essa alteração seria capaz de alterar a interpretação expendida pela Primeira Turma do STJ no caso Vale S/A, referente à aplicação dos tratados internacionais. Teria havido alteração substancial no critério material da hipótese de incidência? Entende-se que não. A simples alteração da palavra lucros para parcela do ajuste do valor do investimento, na qual se compreende apenas os lucros auferidos no período, não altera a materialidade do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro. Acreditar no contrário seria privilegiar-se a forma sobre a essência, o que vem sendo combatido veementemente pelo próprio fisco na últimas décadas, ao acusar os contribuintes do

---

<sup>67</sup> A decisão foi publicada no DJe de 11 de fevereiro de 2014.

descasamento entre a forma e o substrato econômico de determinados planejamentos, com o intuito único de reduzir tributos. Não se poderia admitir agora que a própria Administração Pública venha a se utilizar de tal expediente.

A própria Lei nº 12.973/14 acaba por usar indiscriminadamente a expressão lucros como sinonímia da parcela do ajuste do valor do investimento no artigo 86 daquele dispositivo legal.

No que tange aos lucros auferidos por intermédio de coligadas domiciliadas no exterior, desde que atendam cumulativamente às condições previstas no artigo 81, i.e., não estejam situadas em regime de tributação (que tributem a renda à alíquota inferior a 20%) ou localizadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou não sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430/96, nem sejam controladas direta ou indiretamente, por pessoa jurídica situadas em regime de tributação, os lucros só serão computados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL quando disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil (regime de caixa). Caso qualquer das condições anteriores seja descumprida, o resultado positivo deverá ser adicionado ao lucro líquido relativo ao balanço de 31 de dezembro do ano-calendário em que os lucros tenham sido apurados pela empresa domiciliada no exterior (art. 82, I).<sup>68</sup>

O parágrafo 1º do art. 76 previu que dos resultados das controladas diretas ou indiretas não deverão constar os resultados auferidos por outra pessoa jurídica sobre a qual a pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil mantenha o controle direto ou indireto. Diante desta disposição, não mais será admitida a consolidação de resultados na primeira controlada estrangeira, com vistas à aplicação de tratados para evitar a bitributação. Deverá ser eliminado, portanto, o planejamento tributário que interpunha empresa holding em jurisdição signatária de tratado com o Brasil, visando diferir ou evitar a tributação dos lucros de controladas indiretas situadas em países que não assinaram tratado com nosso país.

Outras regras foram introduzidas amenizando um pouco a tributação ou permitindo o diferimento dos tributos, porém não serão aqui comentadas por não guardarem pertinência com o objetivo do presente trabalho.

---

<sup>68</sup> Se negativo: Art. 82, inciso II: “se negativo, poderá ser compensado com lucros futuros da mesma pessoa jurídica no exterior que lhes deu origem, desde que os estoques e prejuízos sejam informados na forma e prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.”

## 7 CONCLUSÃO

A maioria dos países que adotou legislações CFC visa submeter à tributação, na maior parte das vezes, os lucros auferidos por sociedades controladas, situadas em países de tributação favorecida e decorrentes da chamada renda passiva.

A Medida Provisória nº 2.158-35/01 buscou tributar a totalidade dos lucros tanto de controladas como de coligadas no exterior, independente do tipo de rendimento e do local onde estariam situadas estas empresas (em países de tributação normal ou nos chamados “paraísos fiscais”), distanciando-se das legislações CFC, normas antielisivas que, como vimos, possuem geralmente caráter excepcional.

O alcance da regra criada pela combatida Medida Provisória foi tão amplo que acabou por ferir o princípio constitucional da proporcionalidade, atingindo investimentos produtivos realizados em países sem tributação favorecida.

Sensível a essa questão, o Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da ADIN 2.588, buscou dar interpretação conforme à legislação para que satisfizesse os fins fiscais de evitar a fraude por parte dos contribuintes, sem contudo penalizar as empresas que exercem atividades operacionais no exterior em países de tributação normal. A discussão no STF revelou pronunciamentos díspares, havendo Ministros que entenderam ser perfeitamente possível a tributação dos lucros no exterior para toda e qualquer sociedade, em qualquer país, utilizando-se do raciocínio de que o MEP permitiria a tributação de lucros da sociedade no Brasil (e não dos lucros da controlada ou coligada no exterior). Ainda que não tenha sido objeto da ação, grande parte dos Ministros menciona o respeito aos tratados assinados pelo Brasil.

No julgamento do RE 541.090 a questão dos tratados é aventada, porém não foi objeto de decisão pelo STF naquele momento. Dos votos proferidos, não obstante, se observa que muitos dos Ministros entenderam pela prevalência dos tratados, mas alguns se pronunciaram no sentido de não verem ofensa ao artigo 7º dos tratados modelo OCDE, tendo em vista que o MEP permitiria a tributação de lucros da sociedade no Brasil (e não dos lucros da controlada ou coligada no exterior).

O STJ, por sua vez, ao julgar o RESP 1.325.709 (caso Vale S/A) reconhece a prevalência dos tratados e o respeito ao artigo 7º dos tratados modelo OCDE, entendendo que adicionar os lucros de empresa controlada, dotada de personalidade jurídica própria e distinta

da controladora, fere os pactos internacionais tributários e infringe o princípio da boa-fé nas relações exteriores, não merecendo guarida.

O recurso extraordinário da União interposto contra a decisão do STJ ainda aguarda julgamento, momento no qual se saberá o pronunciamento da Corte Suprema sobre a questão.

Os argumentos da União de que não haveria ofensa ao artigo 7º dos tratados modelo OCDE, em especial porque o parágrafo 14 dos comentários ao artigo 7º esclarece que o parágrafo primeiro daquele artigo não limita o direito do Estado Contratante de tributar seus residentes atendendo a previsões de regras CFC presentes na sua legislação interna, não nos parece suficiente para afastar a aplicação do tratado.

Com efeito, entendemos que a Medida Provisória nº 2.158-35/01 não é típica regra CFC, pelos motivos já expostos nos capítulos anteriores. Ademais, o parágrafo 26 dos comentários ao artigo 1º do tratado modelo OCDE afirma que os Estados que adotam regras CFC ou regras antielisivas em sua legislação interna devem usar estas regras apenas para a finalidade a que se destinam, não se devendo aplicá-las nos casos em que a renda relevante tenha sido sujeita a tributação comparável àquela do país de residência do contribuinte.

Ao tempo em que se aguarda novas manifestações do STF sobre o tema, observa-se que o CARF, acolhendo os argumentos da Fazenda Nacional, vem prolatando decisões que vão de encontro ao posicionamento do STJ, como por exemplo a decisão proferida em 05.03.2015, no Processo Administrativo nº 10980.724003/2011-61 (ALL – America Latina Logística S.A.), além de ter exarado inúmeros julgamentos contraditórios envolvendo a Petrobrás: a respeito de matérias semelhantes, porém relativas a anos calendários distintos, diferentes Turmas do CARF proferiram decisões com entendimentos opostos com relação à aplicação dos tratados<sup>69</sup>.

Na mais recente decisão contra a Petrobras, em 11.03.2016, no processo 16682.721507/2013-31, a 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, contrariando a decisão do STJ no caso Vale S/A, entendeu pela tributação imediata dos lucros de controlada da Petrobras na Holanda, desconsiderando que teria havido afronta ao tratado assinado pelo Brasil com aquele país<sup>70</sup>.

Como vimos, após o julgamento da ADIN 2.588, o Brasil editou nova legislação para

---

69 NEDER, Marcos. O impasse dos tratados na tributação de lucros de controladas no exterior. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-impasse-dos-tratados-na-tributacao-de-lucros-de-controladas-no-exterior>, acesso em 15.03.2016.

70 MENGARDO, Bárbara. CARF contraria STJ em decisão sobre tributação de lucros no exterior. 2016. Disponível em: [ota.uol.com.br/carf-contraria-stj-em-decisao-sobre-tributacao-de-lucros-no-exterior](http://ota.uol.com.br/carf-contraria-stj-em-decisao-sobre-tributacao-de-lucros-no-exterior), acesso em 20.03.2016.

regular a matéria. Embora a nova lei traga avanços em relação à sistemática da Medida Provisória nº 2.158-35/01, ainda não se pode caracterizá-la como típica regra CFC, em especial com relação às controladas, cujas controladoras no Brasil continuam tendo que adicionar agora a parcela do ajuste do valor do investimento correspondente aos lucros do período, independente de onde esteja situada a controlada e de qual a origem da renda (ativa ou passiva).

Novamente, pelas razões retro expostas, não vemos na nova medida nenhum dispositivo capaz de afastar a aplicação dos tratados nos casos em que a controlada no exterior exerça atividade operacional, geradora de renda ativa, e em que não sejam comprovados abusos na utilização dos tratados internacionais.

Pelo que vimos, contudo, diante da ausência de unanimidade nas decisões no STF, bem como das decisões que vêm sendo proferidas pelo CARF recentemente, a matéria está longe de obter uma solução pacífica. Aguardemos os próximos capítulos.

Por fim, acrescentamos que atualmente a OCDE vem estudando e sugerindo cada vez mais medidas visando evitar o que se convencionou chamar de BEPS<sup>71</sup> (Base Erosion and Profit Shifting), no intuito de serem tributados os lucros nos locais em que é explorada a atividade econômica que os gerou, além de aumentar a segurança jurídica no ambiente de negócios, reduzindo as disputas no que tange à aplicação de regras tributárias internacionais e à padronização das regras de *compliance*. O último relatório da OCDE a respeito do assunto, no qual são contemplados os resultados de dois anos de estudo, foi disponibilizado em outubro de 2015.<sup>72</sup> Nele estão contidas quinze medidas para a reforma do sistema fiscal internacional com vistas a combater a evasão fiscal.

As regras para evitar o BEPS, ao tempo em que pretendem combater a evasão fiscal internacional, trabalharão também no sentido de evitar ao máximo a dupla tributação, inclusive incentivando a resolução de controvérsias advindas da interpretação das normas internacionais.

---

<sup>71</sup> De acordo com a OCDE, em tradução livre, “BEPS se refere a estratégias de planejamento tributário que exploram lacunas e incompatibilidades nas normas tributárias para artificialmente transferir lucros para localidades de baixa ou nenhuma tributação, onde existe pouca ou nenhuma atividade econômica, resultando em reduzido ou nenhum imposto pago na pessoa jurídica. O BEPS tem ainda maior significado para países em desenvolvimento, em virtude da forte dependência desses países no imposto de renda pessoa jurídica, em especial de empresas multinacionais.” OECD. About Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-about.htm>, acesso em 14.03.2016.

<sup>72</sup> OECD. BEPS 2015 Final Report. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>, acesso em 14.03.2016.

## REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. Direito Humanos e Tributação. In TÔRRES, Heleno Taveira (coord.), **Direito Tributário Internacional Aplicado**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, v. II.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1.325.709. **Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho**. Disponível em [www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275096&num\\_registro=201201105207&data=20140520&formato=PDF](http://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275096&num_registro=201201105207&data=20140520&formato=PDF), acesso em 01.03.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADIN 2.588. **Rel. Min. Ellen Gracie**. Rel. para o Acórdão Min. Joaquim Barbosa. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630053>, acesso em 01.03.2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 541.090. **Rel. Min. Joaquim Barbosa**. Rel. para o Acórdão Min. Teori Zavascki. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046471>, acesso em 01.03.2016.

DELLOITTE. **Guide to Controlled Foreign Company Regimes**. Disponível em: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-guide-to-cfc-regimes-210214.pdf>, acesso em 11.03.2016.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 67.

MENGARDO, Bárbara. **CARF contraria STJ em decisão sobre tributação de lucros no exterior**. 2016. Disponível em: [ota.uol.com.br/carf-contraria-stj-em-decisao-sobre-tributacao-de-lucros-no-exterior](http://ota.uol.com.br/carf-contraria-stj-em-decisao-sobre-tributacao-de-lucros-no-exterior), acesso em 20.03.2016.

NEDER, Marcos. **O impasse dos tratados na tributação de lucros de controladas no exterior**. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-impasse-dos-tratados-na-tributacao-de-lucros-de-controladas-no-exterior>, acesso em 15.03.2016.

OECD. **About Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-about.htm>, acesso em 14.03.2016.

\_\_\_\_\_. **Articles of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital** (as they read on 22 July 2010). Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/47213736.pdf>, acesso em 07.03.2016.

\_\_\_\_\_. **BEPS 2015 Final Report**. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>, acesso em 14.03.2016.

\_\_\_\_\_. **Commentaries of OECD Model Taxation Convention on Income and on Capital. 2010**. Disponível em: <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>, acesso em 07.03.2016.

PEREIRA, Roberto Codorniz. **O regime especial de tributação de lucros auferidos no exterior: Um estudo em direito comparado**. São Paulo: Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – Direito FGV. 2011. Disponível em: [http://nucleodeestudosfiscais.com.br/files/upload/2011/12/07/11-11\\_roberto\\_o\\_regime\\_especial-de-tributacao-de-lucros-auferidos-no-exterior.pdf](http://nucleodeestudosfiscais.com.br/files/upload/2011/12/07/11-11_roberto_o_regime_especial-de-tributacao-de-lucros-auferidos-no-exterior.pdf), acesso em 07.03.2016.

PINCELLI, Eduardo Pugliese. Sobre a relação entre os tratados internacionais em matéria tributária e o sistema jurídico brasileiro: novas proposições a respeito de um velho problema. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 2., 2005, São Paulo. **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 673-710.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. Tratados internacionais em matéria tributária e sua relação com o direito interno no Brasil. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 135-163, Jun.2008. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322008000100007&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000100007&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 19 Mar. 2016.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed. rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Presente e Futuro das Regras Brasileiras de Tributação de Lucros Auferidos no Exterior**. São Paulo, Palestra proferida em 06.03.2015. Disponível em: <http://cursocead.com.br/wp-content/uploads/2015/03/Schoueri.pdf>, acesso em 10.03.2016.

\_\_\_\_\_. **Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: Treaty Shopping**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 88-103, 1995.

\_\_\_\_\_. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. **Revista Dialética Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 17, 2003.

TÔRRES, Heleno. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito tributário internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo 2001.

VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with the particular reference to German treaty practice**. London: Kluwer Law International, 1997.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.