

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A APLICAÇÃO DO ARTIGO 7 DOS ACORDOS DE BITRIBUTAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A LEGISLAÇÃO INTERNA.

*Charles W. McNaughton*¹

Introdução. I. Breve panorama legislativo e jurisprudencial da tributação sobre lucros do exterior nos últimos anos. II. Análise semiótica do art. 7 do Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal. III. O art. 77 da Lei n. 12.973/14 está, efetivamente, determinando a tributação do resultado do MEP? IV. Palavras Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por intuito tratar sobre a possível antinomia entre o artigo 7 dos Tratados firmados pelo Brasil para evitar a bitributação e os artigos 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01 e 77 da Lei n. 12.973/14, que tratam da tributação que a pessoa jurídica no Brasil se sujeita, nas hipóteses ali previstas, em relação ao lucro de investidas situadas no exterior.

O problema a ser enfrentado, basicamente, é se o artigo 7 dos Tratados proíbe a exigência de IRPJ e CSLL, no Brasil,

1. Doutor e Mestre pela PUC/SP, Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e advogado. Concluiu estágio de Pós-Doutorado pela USP.

sobre os lucros auferidos por investidas situadas no exterior. Para tal exame, é mister discutir se o lucro de controladas ou coligadas reconhecidos em balanço podem ser considerados como renda ou lucro da controladora ou coligada estabelecida no Brasil, e, caso positiva a resposta, se, mesmo assim, o Tratado incidiria para evitar a tributação no país.

Como “tempero” da discussão, há decisões do Supremo Tribunal Federal que examinaram a constitucionalidade da incidência de IRPJ e CSLL, no Brasil, sobre lucros do exterior; sendo pertinente determinar até que ponto os argumentos ali conduzidos geram reflexos na interpretação sobre o alcance do artigo 7 dos tratados firmados pelo Brasil. Além disso, há a questão da revogação do artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01 pela Lei n. 12.973/14 e o advento do artigo 77 da mesma lei.

Para tal investigação, passaremos a examinar, inicialmente, o histórico da legislação sobre lucro no exterior; enfrentaremos, em seguida, o artigo 7 dos Tratados e como está sendo interpretado pela jurisprudência no Brasil para, finalmente, refletirmos se as alterações inseridas pela Lei n. 12.973/14 poderiam modificar o panorama da aplicação de tratados para evitar a tributação, no país, de lucros oriundos de controladas situadas no exterior.

I. BREVE PANORAMA LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL DA TRIBUTAÇÃO SOBRE LUCROS DO EXTERIOR NOS ÚLTIMOS ANOS.

O artigo 25 da Lei n. 9.249/95 instituiu regras de tributação universal para o Imposto Sobre a Renda da Pessoa Jurídica prevendo que os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior devem ser computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

Ocorre que se passou a entender que o referido dispositivo determinou a denominada tributação universal sem previsão em lei complementar que a autorizasse. Para afastar tal aporia,

a Lei n. 9.532/97 previu, em seu artigo 1º, §1º, “b”, que, no caso da controlada ou coligada, considerava-se disponibilizado o lucro na data do pagamento ou do crédito em conta representativa da empresa no exterior, o que já havia sido disposto, inclusive, no âmbito infralegal, pela Instrução Normativa SRF n. 38/96. Ou seja, a legislação foi alterada para que apenas o lucro efetivamente percebido no Brasil fosse alvo da tributação.

Ato contínuo, foi inserido o §1º no artigo 43 do Código Tributário Nacional, pela Lei Complementar n. 104/01, determinando que a incidência do Imposto Sobre a Renda seria independente da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. O ato normativo, portanto, buscou conferir fundamento de validade, na esfera da lei complementar, a uma tributação que alcançasse rendimentos auferidos fora do território nacional.

Em seguida, o artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01 passou a prever que, para fins de determinação da base de cálculo do Imposto Sobre a Renda e da CSLL, nos termos do artigo 25 da Lei n. 9.249/95, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior seriam considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados.

Sucedeu que essa tributação “automática” passou a ser questionada sob o fundamento de que não haveria disponibilidade jurídica ou econômica da renda, para a controladora ou coligada, situada no Brasil, do lucro auferido pela controladora no exterior. Tal discussão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.588, com o seguinte resultado:

“2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”;

2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de

tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei);

2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001.”

Além da referida ADI, o plenário do Supremo Tribunal Federal também examinou a constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01 em dois outros Recursos Extraordinários: no RE 611.586/PR e no RE 541.090/SC. No primeiro julgado (RE 611.586/PR), a controlada da Recorrente estava situada em jurisdição considerada em regime fiscal privilegiado, de modo que prevaleceu o entendimento pela tributação, de modo que a seguinte tese restou firmada:

Tese

O art. 74 da MP 2.158-35 aplica-se às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados, sendo inconstitucional o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, o qual não incide sobre os lucros apurados até 31.12.2001.

Já no RE 541.090/SC, considerou-se que haveria constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01 ainda que situado em país não sujeito à paraíso fiscal, conforme a ementa a seguir:

“RE 541090

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Redator(a) do acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI

Julgamento: 10/04/2013

Publicação: 30/10/2014

Ementa

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCROS PROVENIENTES DE INVESTIMENTOS EM

EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001. 1. No julgamento da ADI 2.588/DE, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados “paraísos fiscais”); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados “paraísos fiscais”). Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia erga omnes e efeitos vinculantes a essa deliberação. 2. Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do caput do art. 74 da referida Medida Provisória relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, afirma-se a inconstitucionalidade do seu parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002. 3. Recurso extraordinário provido, em parte.”

Ademais, conforme se infere do resultado do julgamento, determinou-se a remessa ao Tribunal de origem para que se pronunciasse sobre a questão da vedação de bitributação prevista em Tratados Internacionais.

Interessante notar, no julgado acima, que prevaleceu o voto do saudoso Ministro Teori Zavascki que (a) reconheceu a constitucionalidade da tributação da controladora ou coligada brasileira dos lucros reconhecidos em balanço da sociedade no exterior² e (b) sustentou que eventual antinomia com acordo para evitar a bitributação seria sanada com a prevalência do Tratado³.

Com relação à constitucionalidade da tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior, utilizou-se o fundamento

2. Vide fl. 43 e seguintes do acórdão.

3. Vide fl. 67 do acórdão.

empregado pelo Ministro Nelson Jobim na ADI 2588, no sentido de que a identificação do lucro no exterior em balanço da controladora ou coligada já representaria uma disponibilidade econômica da controladora. Veja-se trecho do voto do Ministro Nelson Jobim citado pelo Ministro Teori Zavascki:

“Não se pode confundir a DISPONIBILIDADE ECONÔMICA com a DISPONIBILIDADE FINANCEIRA. Aquela se contenta com o simples acréscimo patrimonial, independente da efetiva existência dos recursos financeiros, enquanto esta pressupõe a existência física dos recursos em caixa. O CTN exige apenas a aquisição da DISPONIBILIDADE. Por isso, a disponibilidade da renda não pode se limitar, para as pessoas jurídicas, ao efetivo recebimento de moeda ou dinheiro. Em rigor, fala-se de DISPONIBILIDADE ECONÔMICA em um sentido próprio para as pessoas jurídicas em contraposição ao conceito de DISPONIBILIDADE FINANCEIRA que se constitui, nessa seara, no efetivo ganho de recursos monetários. DISPONIBILIDADE ECONÔMICA significa acréscimo patrimonial sem o recebimento físico dos ganhos financeiros. A entrada física de moeda no caixa pode, por motivos comerciais e contábeis, ser livremente postergada pelas sociedades envolvidas. Contudo, o aumento patrimonial da pessoa jurídica já se deu quando da DISPONIBILIDADE ECONÔMICA, mesmo antes da decisão de realizar a DISPONIBILIDADE FINANCEIRA. A idéia de DISPONIBILIDADE ECONÔMICA é consequência inarredável do REGIME DE COMPETÊNCIA das pessoas jurídicas e do MEP. (...)”

Sobre o trecho, acima, gostaria de ponderar que a noção de regime de caixa, como se infere dos ensinamentos de Rubens Gomes de Sousa, está relacionada à ideia de “dinheiro em caixa”⁴, mais próximo do que foi acatado, por exemplo, pelo Ministro Marco Aurélio⁵, pela Ministra Ellen Gracie⁶,

4. “A disponibilidade “econômica” (noção específica correspondente à genérica de *modus acquirendi*) verifica-se quando o titular do acréscimo patrimonial que configura renda, sem o ter, ainda em mãos separadamente da sua fonte produtora e fisicamente disponível: numa palavra é o dinheiro em caixa.” (SOUSA, Rubens Gomes. *Parecer 1.5* In: *Pareceres 1 Imposto de Renda*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975, p. 248)

5. P. 137/138 do acórdão

6. P. 13 do acórdão

pelo Ministro Joaquim Babosa⁷, e, no RE nº 172.058-1/SC (DJ/13.10.95), pelo Ministro Carlos Veloso.

Agora, a indicação de disponibilidade econômica sem o recebimento de valores foi justificada em razão dos efeitos do chamado Método de Equivalência Patrimonial - MEP na investidora. Recordemos que o Método de Equivalência Patrimonial é uma sistemática de contabilização de investimento de participação societária, para casos previstos no artigo 248 da Lei das Sociedades por Ações, que consiste em determinar o valor do investimento pela aplicação, sobre o valor do patrimônio líquido da investida, da porcentagem de participação da investidora no capital social da investida.

Assim, por exemplo, se certa pessoa jurídica A detém R\$ 100,00 (cem reais) a título de patrimônio líquido, e é controlada por B com participação de 90% (noventa por cento) do capital social de A, o MEP implicaria que B iria reconhecer o investimento por R\$ 90,00 (noventa reais).

Agora, se A obtivesse um lucro de R\$ 100,00, de modo que seu patrimônio líquido estivesse em R\$ 200,00 (R\$ 100,00 do PL original + R\$ 100,00 do lucro), o valor do investimento de B em A passaria para R\$ 180,00 (90% X R\$ 200,00). Note-se, assim, que, nos casos de aplicação de MEP, o lucro apurado em balanço tem reflexos no patrimônio da investidora.

Justamente, por conta dessa característica do MEP, alguns Ministros entenderam, na ADI 2.588, que o lucro obtido pela investida repercute imediatamente no balanço da investidora, representando um acréscimo patrimonial. Veja-se, por exemplo, no voto do Ministro Nelson Jobim⁸:

“A variação no patrimônio da INVESTIDA importa em acréscimo patrimonial na COMPANHIA INVESTIDORA, em decorrência do MEP, posto que O REGIME é DE COMPETÊNCIA. Como se demonstrou, ao balanço da INVESTIDORA se integra a sua

7. fl. 232 do acórdão

8. Fl. 89 do acórdão

parcela no patrimônio líquido da INVESTIDA, independentemente da destinação dada a esses lucros.”

Importante observar que na ADI 2.588, a posição do Ministro Nelson Jobim não chegou a ser vencedora, tanto que prevaleceu o entendimento, por exemplo, de que para coligadas não situadas em regime fiscal privilegiado não haveria tributação, o que seria incompatível com uma noção irrestrita de que o MEP importa disponibilidade econômica para a investidora.

No RE 541090, porém, tal posição, encampada pelo Ministro Teori Zavascki, predominou. Cabe apontar, a essa altura, que o julgado não foi decidido na sistemática de Repercussão Geral, de modo que é possível atestar que não se trata de ponto decidido, de modo definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal.

Há, portanto, um conflito conceitual da ideia de “disponibilidade econômica” nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, uma delas permitindo a mera valorização registrada pela contabilidade como um “acréscimo patrimonial” e outra, mais fidedigna ao conceito tradicional, assinalando que a disponibilidade econômica envolve o recebimento de valores (sem prejuízo da possibilidade se tributar em razão da disponibilidade jurídica, que exigiria, digamos assim, o título jurídico de um direito novo).

Agora, no RE 541090, outro aspecto discutido foi o eventual conflito entre a legislação interna e os Tratados. Sobre esse ponto, o voto do Ministro Teori Zavascki, originalmente, assinalou o seguinte⁹:

“Também não é o caso de fazer ressalvas quanto a acordos internacionais que eventualmente tenham, em relação aos Estados-partes, disciplina própria e distinta da que resulta do art. 74 da MP 2.158-35/2001. Antinomia desse jaez tem solução natural no sistema de direito, já que se trata de antinomia entre norma geral e norma especial. Com efeito, segundo a jurisprudência do STF, uma vez aprovados na forma prevista pela Constituição, os

9. Vide fl. 67 do acórdão.

acordos internacionais assumem, no âmbito interno, condição jurídica idêntica à das leis especiais e como tais devem ser aplicados nas situações a que digam respeito.”

Em aditamento de voto, o Ministro Teori Zavascki apontou que eventual ilegalidade da aplicação do direito interno para se tributar o lucro de investidas deveria ser apurado pelo tribunal originário¹⁰.

Assim, em síntese: (a) na ADI 2.588, não restou pacificado se o MEP pressupõe renda auferida pela pessoa jurídica investidora; (b) no RE 541090, tal posição restou assentada, muito embora não apresente entendimento erga omnes; (c) no RE 541090, determinou-se que eventual violação a Tratado mereceria ser avaliada por Tribunal Regional Federal.

Por sua vez, no ARE 1191424 AgR, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgado de relatoria do Ministro Luiz Fux, definiu que não caberia à Corte examinar o método de equivalência patrimonial, por ser matéria de índole infraconstitucional. Todavia, sustentou que, para a aplicação do artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/01, deve-se utilizar o método da equivalência patrimonial apenas para que IRPJ e CSLL incidam exclusivamente sobre as parcelas correspondentes ao lucro das sociedades investidas.

Muito bem. Para finalizar nosso breve histórico sobre a evolução normativa dos lucros do exterior, vale apontar que, em 2.014, foi veiculada a Lei n. 12.973/14, fruto da conversão da Medida Provisória n. 627/13. A redação do artigo 77 de tal dispositivo, que nos interessa para o presente artigo, é a seguinte:

“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

10. Vide fls. 81 e 82 do acórdão.

sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76. (Vigência)

§ 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. (...)"

Como se nota, o artigo, acima, dispõe que 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. Existem certos aspectos adicionais relevantes da tributação veiculada pela Lei n. 12.973/14, mas o que dito acima é o suficiente para a análise do objeto do presente artigo.

Feito o panorama legislativo-judicial, parto para a análise do artigo 7 dos Tratados e sua potencial antinomia com as normas da legislação interna.

II. ANÁLISE SEMIÓTICA DO ART. 7 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO E PREVENIR A EVASÃO FISCAL.

Voltando-se, agora, diretamente ao problema do teor do artigo 7, dos Tratados, é citado, abaixo, o texto do artigo 7, I, da Convenção Modelo OCDE, normalmente utilizado pelo Brasil em seus Acordos – ou pelo menos com redações semelhantes - cuja redação é a seguinte:

Art. 7

Lucros das empresas

1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade

desse modo, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento permanente. (...)”

Como se nota, o item 1 do artigo 7 da Convenção Modelo prescreve que “os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado”, acrescentando, ainda, que se a “(...) a empresa exercer sua atividade desse modo, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento permanente”.

Um primeiro aspecto a ser considerado sobre o dispositivo é se o lucro auferido pela controlada ou coligada, conforme o caso, pode ser considerado como, digamos assim, uma renda auferida no Brasil.

Vimos, acima, que, quando uma pessoa jurídica situada no país é controladora ou coligada a uma estabelecida no exterior, o investimento da participação societária é reconhecido pelo chamado Método de Equivalência Patrimonial - MEP. Por meio do MEP, a pessoa jurídica computa, para fins de contabilização, o valor do patrimônio líquido da investida multiplicado pelo percentual de participação societária. Assim, por exemplo, se a controladora detém 70% (setenta por cento) de participação societária e o patrimônio líquido da controlada é R\$ 100,00 (cem reais), o valor do investimento reconhecido no período será R\$ 70,00 (setenta reais); se, no ano seguinte, o valor do patrimônio líquido da controladora é R\$ 200,00 (duzentos reais), o investimento seria registrado em R\$ 140,00; e assim diante.

Baseado nesse aspecto, conforme já pontuado, se uma controlada auferir lucro no exterior, haverá acréscimo em seu patrimônio líquido, aumentando o valor do investimento da controladora ou coligada no Brasil. Assim, sob o ponto de vista contábil, a pessoa jurídica situada no Brasil apresentaria, segundo uma perspectiva que se passa a examinar, um acréscimo patrimonial decorrente do aumento de seu investimento.

Na Solução de Consulta Interna Cosit n. 08/13, foi exposto o seguinte:

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

Com base em tal premissa, costuma-se sustentar que o artigo 7 dos Tratados não vedaria a aplicação do lucro das coligadas ou controladoras no Brasil, haja vista que teria como único escopo impedir a tributação, no país, dos lucros auferidos pelas investidas no exterior e não do lucro auferido pelas investidoras no país.

O argumento pode ser incrementado, por exemplo, com conclusões oriundas dos julgados do Supremo Tribunal Federal, acima indicados, de que o método de equivalência patrimonial autorizaria a tributação, no Brasil, de resultados oriundos de controladoras do exterior.

Gostaria, a essa altura, de aproveitar que a questão sobre o conceito de disponibilidade econômica não me pareceu pacificada na ADI 2.588 – havendo, como visto, duas acepções distintas acatadas pelos Ministros – para indicar que não julgo que o MEP revele disponibilidade jurídica ou econômica da renda pelos motivos que passo a expor.

Em termos de disponibilidade jurídica, a distribuição de lucro depende de um procedimento a ser conduzido pela investida que culmine na declaração de pagamento de dividendos, conforme a legislação de cada país e os contratos firmados entre os sócios ou acionistas. Antes de tal procedimento ser concluído, a controladora não tem o título jurídico do “rendimento” para qualificar tal renda como disponível juridicamente.

Não vejo, também, a disponibilidade econômica, por tomá-la como aquela noção de recebimento em caixa, defendida por Rubens Gomes de Sousa, conforme visto acima. Tenho a visão de que ao se tomar a mera “valorização” de bens ou investimentos como “renda disponível” ignora-se que a renda é equivalente à riqueza nova que ingressa no patrimônio, sendo irrelevante a flutuação do valor do patrimônio já detido pelo contribuinte. O termo “acréscimo patrimonial”, previsto no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não é sinônimo de “valorização patrimonial” – que eventualmente pode ser relevante para quantificar a base de cálculo de tributos sobre o patrimônio – pois envolve a aquisição de novos direitos, isto é, de novos bens, novas riquezas que passam a ser detidas pelo contribuinte no período de apuração e que superam as “saídas” (ou entradas de obrigações) incorridas no período.

Se valorização patrimonial não é renda, então, não pode ser renda disponível econômica ou juridicamente¹¹. A renda, quando surge, é decorrente dos frutos que a valorização de um ativo gera, a partir da realização do ativo. Por isso, não há sentido em se falar em disponibilidade de patrimônio já detido pelo contribuinte no início do período de apuração: a disponibilidade jurídica ou econômica só pode ser de novos bens que o contribuinte recebe em função do trabalho, do capital, da combinação de ambos ou de outros fatores como o recebimento de proventos.

Outro ponto a ser acrescentado é que o Imposto Sobre a Renda tem a vocação de incidir sobre elementos que devem revelar adequada capacidade contributiva do contribuinte. Pondero que o imposto incide sob alíquotas gravosas e progressivas – muito mais elevadas do que as aplicadas sobre o patrimônio – porque se pressupõe a capacidade do

11. Sobre a inexistência de renda na mera valorização vide: OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Aspectos inconstitucionais da Lei n. 12.973 em matéria de tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior (segundo Alberto Xavier)*. Texto para o livro em homenagem ao Professor Alberto Xavier, coordenado pelos Professores Sergio André Rocha e Heleno Taveira Torres, Editora Quartier Latin, 2016, p. 761

contribuinte de arcar com o tributo. A incidência do Imposto Sobre a Renda sobre a mera valorização de ativos, ainda que represente receita contábil – por exemplo, o ajuste do MEP ou a “marcação a mercado” de ativos financeiros para fins de valor justo – representa um caminho confiscatório que pode inviabilizar a atividade dos contribuintes.

Abstraindo-se, porém, tal discussão, ainda que se diga que a valorização de investimento registrada pelo Método de Equivalência Patrimonial representa disponibilidade econômica de renda, o efeito do MEP no resultado da investidora não deixa de ser um reflexo do aumento do patrimônio líquido da investida, de modo que a eventual tributação de tal efeito não deixaria de ser uma tributação do lucro auferido pela investida no exterior.

Nesse sentido, é interessante notar que a vedação do Tratado é que “*Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado*”, sendo uma proteção, digamos assim, objetiva e não subjetiva. Não se veda, em tal norma, apenas, que a pessoa jurídica seja tributada, mas que o lucro por ela obtido seja oferecido à tributação no outro país¹².

Examinando-se, agora, a esfera pragmática, aponte-se que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão da antinomia do artigo 7 dos Tratados com o artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01. Na ocasião, sustentou, o voto do Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que a adição do lucro do exterior no resultado da investidora brasileira representa violação ao Tratado. De fato, no REsp n. 1.325.709/RJ, a seguinte ementa foi disposta:

“RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO NA ORIGEM. APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTE. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS POR

12. Vide, nesse sentido: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Lucros no Exterior e Acordos de Bitributação: Reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013*. Revista Dialética de Direito Tributário n. 219, p. 76

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

1. Afasta-se a alegação de nulidade dos acórdãos regionais ora recorridos, por suposta irregularidade na convocação de Juiz Federal que funcionou naqueles julgamentos, ou na composição da Turma Julgadora; inoportunidade de ofensa ao Juiz Natural, além de ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Precedentes desta Corte.

2. Salvo em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, o Recurso de Apelação contra sentença denegatória de Mandado de Segurança possui apenas o efeito devolutivo. Precedente: AgRg no AREsp. 113.207/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 03/08/2012.

3. A interpretação das normas de Direito Tributário não se orienta e nem se condiciona pela expressão econômica dos fatos, por mais avultada que seja, do valor atribuído à demanda, ou por outro elemento extrajurídico; a especificidade exegética do Direito Tributário não deriva apenas das peculiaridades evidentes da matéria jurídica por ele regulada, mas sobretudo da singularidade dos seus princípios, sem cuja perfeita absorção e efetivação, o afazer judicial se confundiria com as atividades administrativas fiscais.

4. O poder estatal de arrecadar tributos tem por fonte exclusiva o sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os operacionais; ainda que uma norma seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios jurídicos gerais e

constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais, dentre outras.

5. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão da sua especificidade.

Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (RESP 1.161.467-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 01.06.2012).

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

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

8. Tendo em vista que o STF considerou constitucional o caput do art. 74 da MP 2.158-35/2001, adere-se a esse entendimento, para considerar que os lucros auferidos pela controlada sediada nas Bermudas, País com o qual o Brasil não possui acordo internacional nos moldes da OCDE, devem ser considerados disponibilizados para a controladora na data do balanço no qual tiverem sido apurados.

9. O art. 7o, § 1o. da IN/SRF 213/02 extrapolou os limites impostos pela própria Lei Federal (art. 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP 2.158-35/01) a qual objetivou regular; com efeito, analisando-se a legislação complementar ao art. 74 da MP 2.158-35/01, constata-se que o regime fiscal vigorante é o do art. 23 do DL 1.598/77, que em nada foi alterado quanto à não inclusão, na determinação do lucro real, dos métodos resultantes de avaliação dos investimentos no Exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é,

das contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas.

10. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, concedendo em parte a ordem de segurança postulada, para afirmar que os lucros auferidos nos Países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributados apenas nos seus territórios, em respeito ao art. 98 do CTN e aos Tratados Internacionais em causa; os lucros apurados por Brasamerican Limited, domiciliada nas Bermudas, estão sujeitos ao art. 74, caput da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial.

(REsp n. 1.325.709/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe de 20/5/2014.)

Em tal julgado, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho sustentou o seguinte:

“63. Repita-se que a sistemática adotada pela Fazenda Pública, de adicionar o lucro obtido pela empresa controlada no Exterior para cômputo do lucro real da empresa controladora importa na tributação daquele mesmo lucro, em contraste com o disposto nas referidas Convenções Internacionais.”

Interessante notar que o julgado acima indicado não se encontra, na data em que se escreve o presente artigo, com trânsito em julgado, sendo certo que a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração que foram rejeitados e, posteriormente Recurso Extraordinário cujo julgamento definitivo ainda não ocorreu.

Examinando-se, por sua vez, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, nota-se que resultado semelhante vem sendo adotado, especialmente, nos julgados da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. De fato, houve entendimento de que o artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/01 alcança o lucro da investida do exterior. Veja-se a ementa de acórdão proferido neste ano de 2.022:

“Número do processo: 16561.720063/2014-74

Número da decisão: 9101-006.097

Turma: 1ª TURMA/CÂMARA SUPERIOR REC. FISCAIS

Câmara: 1ª SEÇÃO

Seção: Câmara Superior de Recursos Fiscais

Data da sessão: Wed May 11 00:00:00 UTC 2022

Data da publicação: Wed Jun 01 00:00:00 UTC 2022

Ementa: ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) Ano-calendário: 2010 LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADA NO EXTERIOR. CONVENÇÃO BRASIL-ESPANHA. CONVENÇÃO BRASIL-LUXEMBURGO. ARTIGO 74 DA MP 2.158-35/2001. O artigo 7º dos acordos para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil impede que os lucros auferidos pelas sociedades controladas estrangeiras sejam tributados no Brasil. O artigo 74 da MP 2.158-35/2001 foi literal ao dispor que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil, ou seja, a norma claramente alcança os lucros da empresa estrangeira, sendo sua incidência bloqueada pelo artigo 7º dos tratados firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação. ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (CSLL) Ano-calendário: 2010 TRIBUTOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa POR MEDIDA JUDICIAL. ARTIGO 151 DO CTN. DEDUTIBILIDADE. A vedação à dedutibilidade das despesas com tributos com exigibilidade suspensa foi prevista na Lei 8.981/1995 exclusivamente para fins de lucro real, logo esta não se estende à base de cálculo da CSLL. Considerando que o dispêndio impactou negativamente o lucro líquido, a glosa deve ser afastada.”

No voto da Ilustre Conselheira Livia De Carli Germano, restou apontado o seguinte:

“Quando da publicação da MP 2.158-35/2001, houve muita discussão sobre se o dispositivo trouxe uma ficção jurídica de disponibilização dos lucros ou uma presunção de que tais lucros estariam disponíveis para as controladoras. É isso foi assim porque a norma textualmente tratou do lucro apurado pela empresa estrangeira -- e não do efeito de sua apuração no Brasil, que é o registro de tais lucros pela controladora brasileira por força da aplicação do método de equivalência patrimonial, como alguns pretendem lê-la.

Após a decisão do STF na ADI 2.588, referido artigo 74 foi revogado, passando a legislação a estabelecer a tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou

indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos” (artigo 77 da Lei 12.973/2014). Ou seja, somente aí é que a lei passou a prever a tributação da controladora brasileira, e não mais dos lucros da controlada estrangeira.

Dessa forma, não posso concordar com a afirmação de que o artigo 74 da MP 2.158-35/2001 não trataria de lucros do exterior, mas sim estabeleceria a tributação da renda dos sócios brasileiros decorrente de sua participação em empresas domiciliadas no exterior. Com a devida vênia, esse raciocínio vale, no máximo, para a posterior legislação que revogou tal dispositivo, ou seja, na vigência da Lei 12.973/2014.”¹³

Relevante apontar que o voto acima indica uma possível modificação no entendimento de que o lucro tributado é o do exterior por conta da redação da Lei n. 12.973/14, cujo texto fala em “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada”. Embora entendamos compreensível a ressalva acima indicada, porque se baseia no texto do artigo 77 da Lei n. 12.973/14, é possível indagar o seguinte: Será que a nova legislação está, efetivamente, determinando a tributação do resultado do MEP? Vamos examinar tal questionamento no próximo item.

III. O ART. 77 DA LEI N. 12.973/14 ESTÁ, EFETIVAMENTE, DETERMINANDO A TRIBUTAÇÃO DO RESULTADO DO MEP?

Esclarecido o panorama, acima, passemos a investigar se o artigo 77 da Lei n. 12.973/14 alterou o contexto jurídico envolvido, especialmente, no que se refere à tributação de resultado no país. Peço vênia para citar, novamente, o texto do dispositivo que é o seguinte:

“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

13. Fl. 4632 do PAF n.º 16561.720063/2014-74

sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76. (Vigência)

§ 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. (...)"

Como o texto fala em “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada”, seria possível questionar se a tributação não incidiria sobre a contrapartida do método de equivalência patrimonial.

Em uma análise mais apurada, porém, pode-se concluir que mesmo a mais recente legislação *não adotou* a sistemática de tributação automática do resultado de equivalência patrimonial, havendo previsão de *adição* dos resultados oriundos no exterior na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, conforme se pode concluir a partir da própria Lei n. 12.973/14 e da legislação infralegal.

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

“Art. 23 - A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei n° 1.648, de 1978).

Parágrafo único. *Não serão computadas na determinação* do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da redução dos valores de que tratam os incisos II e III do caput do art. 20, derivados de investimentos em sociedades estrangeiras que não funcionem no País. (Redação dada pela Lei n° 12.973, de 2014)” (grifos nossos)

Desse modo, a contrapartida do método de equivalência patrimonial é expressamente excluída para fins de apuração do lucro real, o que infirma o argumento de que o legislador pretendeu tributar o lucro brasileiro.

Observe-se, ademais, que o caput c/c §1º do artigo 77 da Lei n. 12.973/14, acima citados, determinam o cômputo no lucro real da parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta. É preciso observar que se a legislação previsse a tributação do impacto contábil dos resultados do exterior, no resultado da própria investidora, que ocorre com a contrapartida do método de equivalência, patrimonial não teria afastado, no parágrafo único do artigo 23 do Decreto-lei n. 1.598/77, a tributação sobre as contrapartidas do ajuste do MEP.

É por isso que o artigo 77 da Lei n. 12.973/14 determinou o cômputo do lucro real – isto é, a “adição” – do valor equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto de renda, mediante, portanto, a adição ao lucro líquido de tais valores.

Aliás, em uma incursão pelo processo de positivação, observa-se que os itens A.141 e A.142 do Anexo I da IN 1700/17, que trata dos itens a serem adicionados na base de cálculo do IRPJ e da CSLL prescreve o que segue:

A.141	Lucros, Rendimentos e Ganhos de Capital Auferidos no Exterior	Em 31 de dezembro de cada ano, o resultado positivo da consolidação das parcelas de que trata o art. 78 da Lei nº 12.973, de 2014, relativas a filiais, sucursais, controladas e coligadas de investidora equiparada a controladora nos termos do art. 83 da mesma Lei, domiciliadas no exterior, observados os demais termos e condições dos Capítulos VIII e IX da Lei.	Sim	Sim
A.142	Lucros, Rendimentos e Ganhos de Capital Auferidos no Exterior	Em 31 de dezembro de cada ano, a parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros auferidos pela filial, sucursal, controlada ou coligada de investidora equiparada a controladora nos termos do art. 83 da Lei nº 12.973, de 2014, domiciliadas no exterior, de que tratam os arts. 77 e 79, inciso I, da mesma Lei, que não tenham sido objeto da consolidação prevista no art. 78, observados os demais termos e condições dos Capítulos VIII e IX da Lei.	Sim	Sim

Percebe-se, assim, que os referidos dispositivos não preveem, propriamente, a tributação de resultado auferido no Brasil: o que se determina, sim, é a adição, ao lucro líquido, do lucro auferido no exterior, ainda que sob a redação “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada”.

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

Mais ainda: a ideia de oneração da equivalência patrimonial não convive com tributação independente do resultado

de controladas indiretas que o artigo 77 da Lei n. 12.973/14 determina tributar. É preciso considerar que ínsito ao MEP é a necessidade do investimento em controladas, coligadas ou empresas do mesmo grupo. O investimento indireto apenas eventualmente impactaria no resultado do MEP, à medida que refletisse no patrimônio líquidas das investidas diretas.

Por ter determinado a tributação independente do resultado das investidas diretas e indiretas, a legislação brasileira, indiscutivelmente, se afastou da opção de se tributar o resultado do método de equivalência patrimonial, preferindo a técnica de adicionar o lucro do exterior na base de cálculo do IRPJ e da CSLL da controladora do Brasil¹⁴.

Conclui-se, assim, que a exemplo da legislação anterior, a tributação não alcança, propriamente, o lucro da controladora do Brasil, mas (no caso do artigo 77 da Lei n. 12.973/14) o lucro da controlada no exterior que é computado para fins de apuração do lucro real, como adição.

IV. PALAVRAS FINAIS

O que se pode tirar do que foi examinado acima?

O artigo 7 dos Tratados tem uma feição objetiva protegendo o lucro auferido por pessoa jurídica situada no exterior de tributação incidente no Brasil. Tenho para mim que esse aspecto é suficiente para afastar a tributação do lucro, auferido por investidas situadas no exterior, aqui no país. E acrescento, a esta altura, o seguinte: como se trata de um aspecto infraconstitucional – o alcance da extensão da proteção do Tratado - não me parece que deva ser uma questão a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

No que tange à Lei n. 12.973/14, o artigo 23 do Decreto-lei n. 1.598/77, com a redação dada pela referida Lei, é um

14. Vide, nesse sentido: ROCHA, Sérgio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. São Paulo: Quartier Latin, 3ª edição, p. 170

elemento relevante para demonstrar que a tributação, de lucros de controladas no Brasil, não é propriamente o resultado do MEP, mas uma adição ao lucro líquido prevista no artigo 77 da Lei n. 12.973/14. Assim, não me parece que a mudança de redação do texto de lei seja um motivo suficiente para alterar a posição de que os lucros das investidas situadas em países com os quais o Brasil mantenha tratado para evitar a bitributação não podem ser tributados no Brasil.

No mais, a questão da disponibilidade econômica da renda é um problema ainda a ser refletido e examinado mais de perto. Se a clássica lição de Rubens Gomes de Sousa de que disponibilidade econômica é o recebimento em caixa for realmente deixada de lado, corremos o risco de transformar o IR em um tributo que incide não, apenas, sobre o acréscimo, mas sobre a valorização patrimonial, tornando-se uma exação que onera, diretamente, o próprio patrimônio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Editora Noeses, 8ª edição, 2022.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Aspectos Inconstitucionais da Lei N. 12.973 em matéria de tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior (segundo Alberto Xavier)*. Texto para o livro em homenagem ao Professor Alberto Xavier, coordenado pelos Professores Sergio André Rocha e Heleno Taveira Torres, Editora Quartier Latin, 2016, p. 761. Disponível em: www.marizadvogados.com.br/wp-content/uploads/2018/02/NArt.14-2016.pdf. Consultado em 20/10/2022.

ROCHA, Sérgio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. São Paulo: Quartier Latin, 3ª edição

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Lucros no Exterior e Acordos de Bitributação: Reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013*. Revista Dialética de Direito Tributário n. 219

SOUSA, Rubens Gomes. *Parecer 1.5 In: Pareceres 1 Imposto de Renda*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2.015.