

## **Fisco autua empresas por divergência em uso de tratados**

Laura Ignacio, de São Paulo

No Brasil, os conselhos de contribuintes e juízes ainda não aplicam de maneira clara e homogênea as regras internacionais de interpretação de tratados para evitar a bitributação. Essa é a percepção de advogados que lidam com causas referentes ao tema. Para profissionais da área, porém, essa fase atual seria de transição. Os juízes nacionais e o Conselho de Contribuintes em geral tendem a julgar questões tributárias fundadas em tratados priorizando a lei interna, afirma o professor da Universidade de São Paulo (USP) e advogado Heleno Taveira Torres. Esses acordos servem para dar segurança jurídica internacional em matéria tributária. Se os juízes de um país não estão a par dessas regras, é melhor não ter tratado, afirma.

Um exemplo citado pelos especialistas é o processo da Volvo do Brasil Veículos. A empresa pagava a companhia Itochu Corporation por meio de remessa de juros para a filial da empresa japonesa, no Panamá. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que como o Panamá não fazia parte do tratado Brasil-Japão, não se aplicaria o tratado.

Para o professor, o mesmo ocorre em relação à interpretação do uso de paraísos fiscais. Não há ilícito em usar países de baixa tributação, desde que as operações da empresa sejam de conhecimento do fisco, diz.

Torres afirma que questionamentos envolvendo esse tipo de matéria são muito recentes e intensificaram-se nos últimos cinco anos. E a interpretação sobre os tratados internacionais está cada vez mais complexa, com o uso de cláusulas como a de nação mais favorecida, por exemplo, adotada por países como o Chile, diz. Quando há cláusula de nação mais favorecida, qualquer vantagem para investimento à empresa de outro país deve ser estendida a empresas de demais países em que constar a mesma cláusula no tratado.

Para Torres, na medida em que o Brasil aumenta os investimentos no exterior, os juízes deveriam ser mais coerentes com as regras internacionais de interpretação de tratados. Hoje, há 28 tratados internacionais para evitar a bitributação firmados com a participação do Brasil. Segundo o professor, desse total, 15 possuem a regra de nação não favorecida, mas nunca foi alegada na Justiça a aplicação dessa norma.

O juiz federal Washington Juarez de Brito Filho participou do Congresso do

International Fiscal Association (IFA) de Viena, em 2002, e o tema foi pauta de uma das discussões com a participação, na mesa de debates, de juízes da Holanda, Estados Unidos, França e Alemanha. Os estrangeiros ficaram horrorizados em ver como em um país do porte do Brasil os juízes tratam de forma tão diferente o uso de tratados internacionais, afirma.

Para Brito, o perigo é que a postura do Fisco, apoiada pela interpretação do Judiciário, permaneça e possa causar situações como a perda de investimentos estrangeiros no país. É muito evidente o caráter nacionalista dos juízes federais brasileiros, muito acostumados a aplicar a Constituição Federal. Mas esses tratados têm caráter contratual, afirma o juiz.

Mas também há decisões de juízes federais que consideram o caráter contratual dos tratados. Na época em que ainda estava no Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª, o atual ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Teori Zavascki, por exemplo, em processo da Nitratos Naturais do Chile entendeu que a eficácia dos tratados na ordem internacional, subordina-se a formas próprias de criação e revogação, distintas das que operam na ordem interna.

Para a advogada Ana Cláudia Utumi, do TozziniFreire, a primeira decisão que discutiu tratado da maneira correta no Conselho de Contribuintes foi a do processo da Eagle sobre uso da Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE) - empresa espanhola proprietária de valores fora da Espanha. Esse tipo de companhia tem benefício fiscal se, por exemplo, aplica 5% do total das receitas na Espanha. No julgamento do recurso da Eagle ficou consignado que o tratado se aplica. No caso, a Receita queria tributar o lucro dessas empresas espanholas auferido fora do Brasil. Como o Conselho já havia decidido de forma oposta, a Câmara Superior de Recursos deverá pacificar o entendimento do órgão em breve, afirma. Por isso, a advogada diz que no conselho o período é de transição.

Já nos tribunais, os conceitos internacionais sobre tratados para evitar a bitributação ainda não são levados em conta, segundo Ana Cláudia. O Brasil ainda está longe de interpretar tratados de bitributação da mesma forma como fazem os países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) há anos, diz. Atualmente são 30 os Estados membros da organização.

**O advogado Maurício Braga Chapinoti, do Pinheiro Neto Advogados, concorda que o uso dos tratados internacionais vem se intensificando com o aumento de investimento brasileiro no exterior. Para o**

**advogado, o problema é que a interpretação dada tanto por juízes como conselheiros não é homogênea. Há interpretação com base nas regras da OCDE, mas esses são casos raros, diz o advogado. O parágrafo 2º do artigo 3º de todos os tratados que o Brasil assina estabelece a regra de interpretação do tratado, segundo Chapinoti. Esse parágrafo estabelece que se há conceito definido no tratado, deve ser observado esse conceito. Se não há, a legislação doméstica do país que está aplicando o tratado deve ser seguida, a não ser que o contexto exija o contrário, completa o advogado.**

**Para Chapinoti, a solução seria o cuidado do Judiciário e conselheiros na análise dos tratados. Segundo o modelo da OCDE, cada país tributa seus residentes. Muitas vezes, o juiz olha e não entende como uma fonte não pode ser tributada no Brasil, diz.**

O advogado Roberto Quiroga, sócio do Mattos Filho Veiga Filho Marrey Jr e Quiroga Advogados, afirma que no Conselho de Contribuintes a interpretação dos tratados vem evoluindo. Ele lembra a decisão da Primeira Câmara do Conselho de Contribuintes, que ao analisar a Convenção Brasil-Argentina para evitar a bitributação em recurso da CBPO Engenharia, interpretou que parte do lucro da sucursal brasileira da empresa na Argentina deveria ser tributado no Brasil porque a própria convenção admite essa possibilidade.

O advogado Rodrigo Brunelli Machado, do Ulhôa Canto, Rezende e Guerra Advogados, afirma que a hierarquia entre tratado e lei interna ainda é polêmica também entre os fiscais da Receita. O tratado Brasil-Espanha, por exemplo, impede o Brasil de tributar dividendos recebidos da Espanha, diz o advogado. Mas o artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN) determina que tratados e convenções internacionais revogam ou restringem a legislação interna. Tratados são recebidos pela Constituição Federal como Lei Complementar, afirma.

Machado acredita que a pacificação sobre a aplicação do artigo 74 da Medida Provisória 2158-35, de 2001, no Supremo Tribunal Federal (STF) deve aliviar a polêmica. Esse dispositivo diz que consideram disponibilizados os lucros auferidos por controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior. Assim, se uma controlada na Espanha auferir lucro, a empresa brasileira tem que considerar esse lucro no seu resultado, independentemente deste lucro ter sido distribuído, explica. O advogado afirma que, de acordo com a convenção modelo da OCDE, o Brasil não pode tributar o lucro de residente espanhol, ao menos que

este decorra de atividade do residente no Brasil. Até agora, três ministros julgaram pela constitucionalidade do artigo 74, dois pela inconstitucionalidade e a relatora julgou pela inconstitucionalidade em relação a coligadas e constitucionalidade em relação a controladas, contabiliza.