

AÇÕES BONIFICADAS NO ACORDO DE BITRIBUTAÇÃO CELEBRADO ENTRE BRASIL E HOLANDA

Ramon Tomazela Santos

Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Master of Laws (LL.M.) em Tributação Internacional pela Universidade de Economia e Negócios de Viena, na Áustria. Professor de Direito Tributário no mestrado profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) e em diversos cursos de pós-graduação.

Artigo recebido em 09.01.2024 e aprovado em 11.01.2024.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Tratamento tributário na capitalização da reserva de lucros e no recebimento das ações bonificadas 3 A conversão de lucros em capital como ato jurídico distinto da emissão de ações bonificadas – Acórdão n. 9101-004,581, da CSRF (“Caso Montecitrus Trading”) 4 A conversão de lucros em capital como disponibilização por “emprego” de valores – ausência de base legal 5 Conclusões 6 Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o item 3 do Protocolo do acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Holanda e o seu escopo normativo. Pretende-se demonstrar que essa cláusula convencional afasta o poder de tributar de ambos os Estados Contratantes na emissão das ações bonificadas precedida de capitalização dos lucros, contrariamente ao que decidiu a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) no Acórdão n. 9101-004,581.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de bitributação. Ações bonificadas. Capitalização de lucros. Dividendos.

BONUS SHARES IN THE DOUBLE TAXATION AGREEMENT SIGNED BETWEEN BRAZIL AND THE NETHERLANDS

CONTENTS: 1 Introduction 2 Tax treatment in the capitalization of the profit reserve and in the receipt of bonus shares 3 The conversion of profits into capital as a legal act distinct from the issuance of bonus shares – Ruling no. 9101-004,581, from the CSRF (“Montecitrus Trading Case”) 4 The conversion of profits into capital as the “employment” of values – absence of legal basis 5 Conclusions 6 References.

ABSTRACT: This article deals with item 3 of the Protocol of the tax treaty signed between Brazil and the Netherlands and its normative scope. The aim is to demonstrate that this conventional clause removes the right to tax from both Contracting States in the issuance of bonus shares preceded by capitalization of profits, contrary to the decision rendered by the 1st Panel of the Superior Chamber of Tax Appeals (CSRF) in ruling no. 9101-004,581.

KEYWORDS: Tax treaties. Bonus shares. Profit capitalization. Dividends.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo examina o item 3 do Protocolo do acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Holanda, que contém uma regra que limita o poder de ambos os Estados Contratantes de tributar as ações bonificadas.

Sucedem que a correta extensão dessa cláusula convencional suscita controvérsias, tendo em vista que no Acórdão n. 9101-004,581, de 04.12.2019, a 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) entendeu que o item 3 do Protocolo impediria a tributação no Brasil apenas das ações bonificadas em si, mas não do ato jurídico anterior de conversão de lucros em capital.

Ou seja, partindo do pressuposto de que a emissão de ações e a capitalização de lucros são atos jurídicos distintos, não havendo, entre eles, necessária relação de causa e efeito, a 1ª Turma da CSRF entendeu que o item 3 do Protocolo somente impediria a incidência de IRPJ e CSLL sobre as ações bonificadas emitidas. Logo, a capitalização de lucros que antecede a emissão de ações seria passível de tributação.

No presente estudo, pretende-se demonstrar que essa interpretação, além de esvaziar o sentido normativo e a utilidade prática do item 3 do Protocolo, ainda contraria a interpretação conjunta dos arts. 7º e 10 do acordo de bitributação Brasil-Holanda, uma vez que a mera transferência contábil de valores da conta de reserva de lucros para a conta de capital social não acarreta um fluxo de rendimentos entre os Estados Contratantes.

2 TRATAMENTO TRIBUTÁRIO NA CAPITALIZAÇÃO DA RESERVA DE LUCROS E NO RECEBIMENTO DAS AÇÕES BONIFICADAS

O item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda prevê que não pode ser tributado no Brasil, ou na Holanda, o valor das ações recebidas por um residente de um Estado Contratante, em razão da capitalização de lucros de uma companhia do outro Estado Contratante¹. Veja-se o texto do item 3 do Protocolo:

PROTOCOLO

Por ocasião da assinatura da Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda, os abaixo assinados, para isso devidamente autorizados, convieram nas seguintes disposições, que constituem parte integrante da Convenção. [...]

3 – Com referência aos Artigos 10 e 23

Fica entendido que o valor das ações emitidas por uma companhia de um Estado Contratante, e recebidas por residente no outro Estado Contratante, não está sujeito a imposto de renda em qualquer dos Estados. (grifos nossos).

Como se extrai da literalidade do dispositivo, o item 3 do Protocolo visa a interpretar os arts. 10 e 23 do acordo de bitributação Brasil-Holanda, que veiculam, respectivamente, a regra distributiva que disciplina a tributação dos dividendos (art. 10) e o método adotado no tratado para a eliminação da dupla-tributação da renda (art. 23).

O art. 10 do acordo de bitributação Brasil-Holanda, mencionado pelo item 3 do Protocolo, trata de dividendos pagos por um residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado, reconhecendo competência cumulativa aos Estados da fonte e da residência, com limitações à alíquota cobrada no Estado da fonte, no caso de beneficiário qualificado como beneficiário efetivo dos dividendos. Veja-se:

1. Vale mencionar que, na rede de tratados firmados pelo Brasil, essa regra é uma exceção que existe apenas no acordo de bitributação Brasil-Holanda. Havia uma regra semelhante no acordo de bitributação firmado com a Alemanha, mas esse pacto internacional deixou de vigorar em 2006, em virtude de sua denúncia pelo governo alemão.

Art. 10 – Dividendos

1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado.
2. Todavia, esses dividendos podem também ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga, e nos termos da lei desse Estado; mas, se a pessoa que os receber for o beneficiário efetivo dos dividendos, o imposto assim incidente não poderá exceder 15% (quinze por cento) do montante bruto dos dividendos. O disposto neste parágrafo não prejudica a tributação da sociedade, no que diz respeito aos lucros dos quais de originaram os dividendos pagos.

O art. 10(3) do acordo de bitributação Brasil-Holanda também apresenta uma definição para o conceito de dividendos, nos seguintes termos²:

3. O termo “dividendos”, empregado no presente Artigo, designa os rendimentos provenientes de ações ou direitos de fruição; ações de empresas mineradoras; partes de fundador ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos, bem como rendimentos de outras participações de capital assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação tributária do Estado em que reside a sociedade que realiza a distribuição.

Como se vê, o art. 10(3) do acordo de bitributação Brasil-Holanda contém um conceito amplo de dividendos, que abrange os rendimentos provenientes de ações, direitos de fruição, ações de empresas mineradoras, partes de fundador ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos. Além disso, a parte final da definição de dividendos contém um reenvio integrativo ao direito interno do Estado da fonte, que alcança os rendimentos de outras participações de capital sujeitos ao mesmo tratamento tributário aplicável aos rendimentos de ações³.

De acordo com a interpretação proposta pela OCDE nos Comentários ao art. 10 da Convenção Modelo, as ações bonificadas (*share bonus*), resultantes da

-
2. A respeito do conceito de dividendos nos acordos de bitributação, cf. SANTOS, Ramon Tomazela. *Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação: implicações fiscais para além do Projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36-70.
 3. VOGEL, Klaus; SHANNON III, Harry A.; DOERNBERG, Richard L.; VAN RAAD, Kees. Part II – commentary art. 10. In: VOGEL, Klaus; SHANNON III, Harry A.; DOERNBERG, Richard L.; VAN RAAD, Kees. *United States Income Tax Treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1995. p. 102.

conversão de lucros ou reservas de lucros em capital social, devem ser tratadas como dividendos no âmbito dos acordos de bitributação. Veja-se:

28. Payments regarded as dividends may include not only distributions of profits decided by annual general meetings of shareholders, but also other *benefits in money or money's worth, such as bonus shares*, bonuses, profits on a liquidation and disguised distributions of profits. The reliefs provided in the Article apply so long as the State of which the paying company is a resident taxes such benefits as dividends. *It is immaterial whether any such benefits are paid out of current profits made by the company or are derived, for example, from reserves, i.e. profits of previous financial years.* Normally, distributions by a company which have the effect of reducing the membership rights, for instance, payments constituting a reimbursement of capital in any form whatever, are not regarded as dividends⁴.

A classificação das ações bonificadas (*share bonus*) sob a definição autônoma de dividendos nos tratados corrobora a sua inclusão no espectro de incidência do item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda.

De fato, o item 3 do Protocolo faz referência expressa ao art. 10 do acordo de bitributação Brasil-Holanda, e não ao art. 7º (lucro das empresas), ao art. 13 (ganhos de capital) ou a qualquer outra regra distributiva, o que revela a intenção dos Estados de estatuir uma exceção ao regime de competência cumulativa na tributação de dividendos. Assim, ao mencionar o art. 10 e o art. 23 do acordo de bitributação Brasil-Holanda, que disciplina a alocação do rendimento e o correspondente método para a eliminação da dupla-tributação, o item 3 do Protocolo veicula regra de limitação ao poder de tributar dos Estados em relação às ações bonificadas tratadas como dividendos de acordo com a definição convencional.

Em regra, os dividendos distribuídos podem ser tributados em ambos os Estados Contratantes, com limitações à alíquota cobrada no Estado da fonte. Porém, nos casos em que os lucros são reinvestidos, com a emissão de ações bonificadas, o item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda impede o exercício do poder de tributada por ambos os Estados Contratantes, ao prever que “o valor das ações emitidas por uma companhia de um Estado

4. OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: condensed version*. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 240-241.

Contratante, e recebidas por residente no outro Estado Contratante, *não está sujeito a imposto de renda em qualquer dos Estados*”.

Desse modo, a finalidade do item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda é proteger o reinvestimento dos lucros, contribuindo, assim, para o aumento do investimento estrangeiro mediante a utilização dos lucros acumulados para a emissão de ações bonificadas.

Além do objetivo de estimular reinvestimento de lucros, o item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda parece acomodar a ideia de que a emissão de ações bonificadas constitui uma hipótese de *transferência de capital*, assim qualificados os fluxos de moeda, bens ou serviços que correspondam a simples troca onerosa entre patrimônios distintos, de forma equivalente e sem mutação patrimonial.

Essa parece ser a interpretação de Alberto Xavier, para quem “[...] no caso dos Tratados com a Alemanha e com a Holanda [...] a vedação de tributar respeita tanto ao Estado da fonte quanto ao Estado da residência do beneficiário, e isto talvez pela consideração de que as ações bonificadas não representam rendimento em sentido próprio, ou seja, não constituem disponibilidade jurídica ou econômica de renda”.

De qualquer modo, sendo transferência de capital ou não, o fato é que o item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda impede a tributação das ações bonificadas, limitando a competência tributária de ambos os Estados.

Por fim, anote-se que as disposições dos acordos contra a dupla tributação firmados pelo Brasil, que impedem a tributação dos lucros auferidos por controladas no exterior são aplicáveis tanto ao IRPJ, quanto à CSLL, tendo em vista a disposição expressa do art. 11 da Lei n. 13.202/2015, cujo caráter interpretativo já foi reconhecido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, no Acórdão n. 9101-002.598, de 15.03.2017.

5. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 694.

3 A CONVERSÃO DE LUCROS EM CAPITAL COMO ATO JURÍDICO DISTINTO DA EMISSÃO DE AÇÕES BONIFICADAS – ACÓRDÃO N. 9101-004.581, DA CSRF (“CASO MONTECITRUS TRADING”)

Antes de avançar, é relevante destacar o Acórdão n. 9101-004.581, proferido pela 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) no dia 04.12.2019, segundo o qual o item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda impediria a tributação no Brasil apenas das ações bonificadas em si, mas não do ato jurídico anterior de conversão de lucros em capital. Veja-se o seguinte trecho da ementa do acórdão:

LUCRO NO EXTERIOR. TRATADO BRASIL-HOLANDA. ART. 74 DA MP N. 2.158/35/2001. COMPATIBILIDADE. O art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 é compatível com os artigos 7 e 10 do Tratado Brasil-Holanda.

LUCRO NO EXTERIOR. CAPITALIZAÇÃO. *São tributáveis os lucros auferidos no exterior, mesmo que tenham sido capitalizados, pois a destinação para aumento do capital tem por pressuposto a disponibilidade dos lucros.* (grifos nossos).

O entendimento adotado pelo órgão julgador foi refletido no voto da Consoelheira Edeli Pereira Bessa, nos termos abaixo:

A recorrente afirmou que o lucro apurado por sua controlada na Holanda não havia sido distribuído, mas capitalizado e convertido em ações, não podendo ser tributado, já que existe expressa vedação do art. 10 da Convenção Brasil-Holanda.

Disse que os países signatários da convenção teriam, por meio de protocolo, fixado o alcance do aludido dispositivo, de modo a impedir que o imposto de renda incidisse na hipótese de emissão de ações. Insistiu na tese de que os lucros, no caso concreto, não foram distribuídos, mas convertidos em capital social.

[...]

O texto [do protocolo], como se percebe, fala apenas em valor de ações emitidas. Cuida da hipótese de emissão de ações por companhia estabelecida em um Estado Contratante em favor de um residente em um outro Estado Contratante.

Não trata de distribuição, nem de capitalização de lucros.

Emitir ações e capitalizar lucros são atos jurídicos distintos, não havendo entre eles, em tese, qualquer relação de causa e efeito, não obstante possam estar vinculados em certas situações. A capitalização de lucros não exige nova emissão de ações. Nem a emissão de ações tem como causa necessária a capitalização de

lucros. Embora em alguns casos as duas situações possam andar juntas, elas são conceitualmente distintas.

O texto do protocolo, ao mencionar valor de ações emitidas, não tem o propósito de obstar a tributação de lucros que foram incorporados ao capital da empresa. Fosse essa a intenção do protocolo, e o texto traria a vedação de forma expressa e inequívoca.

É necessário realçar a ideia de que *a disponibilização de lucros e a emissão de ações em decorrência da capitalização desses lucros são fatos distintos*. A concomitância, que muitas vezes se verifica no plano cronológico, não deve ofuscar a percepção de que, *no plano lógico e jurídico, existe uma sequência entre esses dois fatos: primeiro ocorre a disponibilização dos lucros, depois se dá sua capitalização com a respectiva emissão de ações, se for o caso*.

A capitalização do lucro tem como pressuposto o fato de o lucro ter sido disponibilizado ao acionista ou cotista. *Sem disponibilidade, o lucro não pode ser destinado a qualquer fim, inclusive ao aumento do capital social da companhia*.

O exame da questão, por essa perspectiva, revela que não há incompatibilidade entre o protocolo citado pela recorrente e a tributação do lucro disponibilizado pela controlada no exterior. A disponibilização do lucro, no primeiro momento, atrai a incidência do IRPJ e da CSLL; já a capitalização desse lucro e a emissão de novas ações são fatos posteriores (no plano lógico), que não interferem na tributação.

Portanto, nem a Convenção Brasil-Holanda, nem o protocolo impedem a tributação do lucro tal como realizada no lançamento contestado pela recorrente.

Segundo a decisão, a capitalização de lucros e a emissão de ações bonificadas seriam atos jurídicos distintos, de modo que apenas a emissão das ações bonificadas receberia a proteção da regra do item 3 do Protocolo, de acordo com a sua literalidade. Ademais, o ato de conversão em capital social seria uma forma de emprego dos lucros (destinação dos resultados), o que pressupõe a disponibilidade jurídica do acionista sobre os lucros produzidos pela investida, a autorizar a cobrança de IRPJ e CSL sobre os lucros capitalizados no exterior.

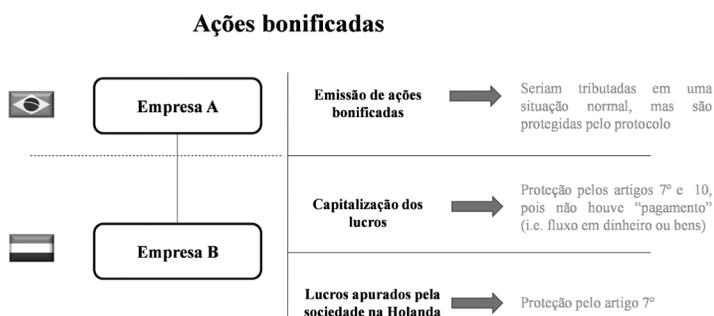
Segundo a decisão, se fosse a intenção dos Estados Contratantes proibir a tributação dos lucros capitalizados, o texto do item 3 do Protocolo deveria ter apresentado essa vedação de “forma expressa e inequívoca”.

Embora o raciocínio jurídico desenvolvido pela Conselheira Edeli Pereira Bessa pareça convincente à primeira vista, é preciso pontuar que essa interpretação não está em consonância com o acordo de bitributação Brasil-Holanda, como se passa a demonstrar.

Em primeiro lugar, cabe destacar que a capitalização dos lucros e a emissão das ações bonificadas perfazem um único ato jurídico, que formaliza o aumento de capital mediante a emissão de novas ações. Sendo assim, ao contrário do que afirmou a 1ª Turma da CSRF, não haveria razão para que o Protocolo mencionasse a capitalização de lucros e as ações bonificadas como atos jurídicos distintos.

Em segundo lugar, ainda que seja possível capitalizar lucros sem a emissão de ações bonificadas, nos casos em que as ações tenham valor nominal, não é possível emitir ações bonificadas sem a capitalização de lucros ou de reservas. Logo, a menção às “ações emitidas por uma companhia de um Estado Contratante” é ampla o suficiente para impedir a tributação das ações bonificadas, independentemente de eventual distinção lógica entre a capitalização de lucros e a emissão de ações.

Em terceiro lugar, não se pode perder de vista que o Protocolo não precisaria mencionar expressamente a capitalização de lucros como um ato jurídico protegido pelo tratado, uma vez que a mera transferência contábil de valores da conta de reserva de lucros para a conta de capital social não acarreta um fluxo de rendimentos entre os Estados Contratantes, de modo que essa situação estaria protegida pelos arts. 7º e 10 do acordo de bitributação. Confira-se a ilustração a seguir:



De fato, o art. 7º do acordo de bitributação Brasil-Holanda atribui competência exclusiva ao Estado da residência para a tributação dos lucros das empresas, de tal modo que os resultados não distribuídos não podem ser objeto de tributação. Em seguida, o art. 10 do acordo de bitributação Brasil-Holanda

determina que “os dividendos pagos por uma sociedade residente em um Estado Contratante a um residente no outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado”. Assim, interpretada em conjunto com o art. 7º do acordo de bitributação Brasil-Holanda, essa cláusula convencional impede o exercício do poder de tributar enquanto não houver o efetivo fluxo monetário de rendimentos entre os dois países.

Realmente, a limitação da competência cumulativa prevista no art. 10 do acordo de bitributação Brasil-Holanda para os *dividendos efetivamente pagos* vai ao encontro da estrutura lógica do acordo de bitributação, nos termos abaixo:

- o art. 7º dos acordos impede a tributação dos lucros auferidos por uma sociedade residente no outro Estado Contratante, antes de sua distribuição, salvo na existência de um estabelecimento permanente no Estado da fonte;
- em seguida, o art. 10 prevê a possibilidade de tributação cumulativa dos dividendos pagos por ambos os Estados Contratantes, tanto por meio de retenção na fonte, quanto no nível do beneficiário (sócio da pessoa jurídica que fez a distribuição).

Diante disso, constata-se que o uso da expressão “dividendos pagos” nos acordos para evitar a dupla tributação não é despropositada, na medida em que decorre da estrutura lógica da Convenção Modelo da OCDE. Essa interpretação é confirmada por essa própria organização nos seus Comentários ao art. 10 da Convenção Modelo da OCDE, como se pode verificar a seguir:

7. O termo “pago” apresenta significado bastante amplo, já que o conceito de pagamento *significa o cumprimento da obrigação de colocar recursos à disposição do acionista da maneira exigida por contrato ou pelo costume*⁶. (grifos nossos).

A *contrario sensu*, antes do pagamento dos dividendos ou da extinção da respectiva obrigação por qualquer dos meios acima descritos, não cabe sua tributação, até porque, antes do pagamento, não há disponibilidade jurídica ou econômica sobre a renda, hábil a justificar qualquer tributação.

6. OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: condensed version*. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 232.

Sendo assim, a mera capitalização de lucros, sem a emissão de nova ações, já estaria protegida pelo art. 10 do acordo de bitributação Brasil-Holanda, motivo pelo qual o Protocolo não precisaria fazer alusão à capitalização dos lucros e à emissão das ações bonificadas como atos jurídicos distintos.

Além disso, a adoção da interpretação restritiva seguida pela CSRF implicaria esvaziar o sentido normativo e a utilidade prática do item 3 do Protocolo, enquanto dispositivo de estímulo ao reinvestimento de lucros, sendo certo que de nada adiantaria exonerar as ações bonificadas e, paralelamente, tributar os lucros capitalizados.

Essa interpretação, assim, deve ser descartada, não se podendo supor que as delegações dos dois países tenham incluído uma exceção no Protocolo, restringindo o poder de tributar de ambos os Estados Contratantes, para nada alterar em relação ao efetivo exercício do poder de tributar.

Deve-se observar a clássica regra de hermenêutica segundo a qual os textos normativos não contêm palavras inúteis, devendo o intérprete, sempre que possível, atribuir efeito às palavras inseridas em sua redação. Além disso, nessa atividade de atribuição de sentido ao texto, o intérprete deve observar o princípio da máxima efetividade dos tratados internacionais (*ut res magis valeat quam pereat*), sempre em linha com a finalidade objetiva dos Estados Contratantes.

Ora, o objetivo do acordo de bitributação Brasil-Holanda é prevenir a dupla tributação da renda, por meio do estabelecimento de limitações ao poder de tributar dos Estados-partes. Assim, na interpretação do Protocolo, deve-se privilegiar a interpretação que concretize esse objetivo, como exige o art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a seguir reproduzido:

Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

A interpretação fiscalista acolhida pelo órgão de julgamento administrativo é tão absurda que chega a lembrar o clássico exemplo trazido por Antonin Scalia, falecido Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, a respeito de como as leis *não devem* ser interpretadas. Scalia menciona um caso concreto envolvendo a aplicação de uma lei de zoneamento em vigor nos Estados Unidos, segundo a qual deveria haver uma distância mínima de 1 milha entre um bar e uma escola. No caso, um empresário havia aberto um bar em um estabelecimento a menos

de 1 milha de uma escola, em contrariedade ao que dispunha aquela lei. Ao analisar o caso, o juiz decidiu, equivocadamente, que a escola deveria mudar de lugar para observar a regra, embora o seu propósito claro fosse o de proteger a escola e os seus alunos, e não os bares⁷.

Raciocínio semelhante foi encampado pela CSRF ao validar a tributação das ações bonificadas. Os acordos de bitributação são criados justamente para limitar o poder de tributar dos Estados Contratantes, não para resguardá-los ou para ampliá-los. O objetivo é proteger os contribuintes contra a dupla tributação da renda em suas operações internacionais, o que deve ser privilegiado pelo intérprete.

Aliás, o raciocínio seguido pelo órgão julgador parece sinalizar que, não fosse o item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda, o Fisco brasileiro poderia tributar, cumulativamente, tanto os lucros capitalizados quanto as ações bonificadas, o que seria absolutamente irrazoável. Essa conclusão evidencia a improcedência da premissa acolhida pela decisão proferida pela CSRF no Acórdão n. 9101-004,581.

Diante disso, conclui-se que a conversão dos lucros em capital e a emissão de ações bonificadas não podem ser separadas em atos distintos para fins de aplicação do item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda, que impede o exercício do poder de tributar por ambos os Estados Contratantes.

4 A CONVERSÃO DE LUCROS EM CAPITAL COMO DISPONIBILIZAÇÃO POR “EMPREGO” DE VALORES – AUSÊNCIA DE BASE LEGAL

Ainda que o item 3 do Protocolo não fosse aplicável à emissão de ações bonificadas, o que se admite apenas por hipótese, é preciso mencionar que o art. 117, VII, da Lei n. 12.973/2014 revogou expressamente a alínea “b” do § 1º e o § 2º do art. 1º da Lei n. 9.532/1997, que erigiam o “emprego” do valor como hipótese de disponibilização de lucros auferidos por sociedades controladas e coligadas no exterior, nos seguintes termos:

7. SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan. *Reading the law: the interpretation of legal texts*. St. Paul: Thomson, 2012. p. 63.

Lei n. 12.973/2014

Art. 117. Revogam-se, a partir de 1º de janeiro de 2015:

VII – a alínea “b” do § 1º e os §§ 2º e 4º do art. 1º da Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

Lei n. 9.532/1997

Art. 1º Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

§ 1º. Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:

[...]

b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.

[...]

§ 2º. Para efeito do disposto na alínea “b” do parágrafo anterior, considera-se:

[...]

b) pago o lucro, quando ocorrer:

- 1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;*
- 2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;*
- 3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;*
- 4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior. (grifos nossos nos dispositivos revogados).*

Como se vê, o dispositivo legal revogado elencava as hipóteses em que os lucros auferidos por sociedades controladas e coligadas domiciliadas no exterior seriam tidos como “pagos” para a investidora no País. Além das hipóteses de crédito do valor em conta bancária, entrega a representante remessa, o dispositivo legal em questão considerava como forma de disponibilização o emprego dos lucros, em favor da beneficiária no País, inclusive a sua utilização em aumento de capital da sociedade investida no exterior.

Vale lembrar que, no período entre a Lei n. 9.532/1997 e a Medida Provisória n. 2.158-35/2001, o Brasil tributou os lucros auferidos no exterior apenas no momento da efetiva disponibilização, não apenas para as coligadas, mas também para as controladas.

A adoção desse regime de tributação decorreu dos questionamentos levantados à época a respeito da inconstitucionalidade do art. 25 da Lei n. 9.249/1995, que inaugurara o regime de tributação em bases universais no País. Diante dos inúmeros questionamentos, o governo federal voltou a tributar os lucros auferidos no exterior apenas no momento da efetiva disponibilização, inicialmente na Instrução Normativa SRF n. 38/1996, que ganhou base legal com a Lei n. 9.532/1997.

Posteriormente, após o advento da Lei Complementar n. 104/2001, que incluiu o § 2º no art. 43 do CTN, foi editada a Medida Provisória n. 2.158-35/2001, que restabeleceu, no seu art. 74, a tributação automática, no País, dos lucros auferidos por meio de sociedades controladas e coligadas no exterior, independentemente de sua efetiva disponibilização à pessoa jurídica investidora no Brasil.

A superveniência do novo regime de tributação em bases universais esvaziou parcialmente o sentido normativo das hipóteses de disponibilização previstas no § 2º do art. 1º da Lei n. 9.532/1997. Tanto é assim que as hipóteses previstas na lei foram repetidas, pela Instrução Normativa RFB n. 213/2002, apenas no seu art. 8º, que tratava dos lucros decorrentes de investimentos no exterior avaliados pelo custo de aquisição, que não eram alcançados pelo regime de tributação automática em 31 de dezembro, que vigorava apenas para sociedades avaliadas pelo MEP.

Com a edição da Lei n. 12.973/2014, que estabeleceu um novo regime de tributação em bases universais, houve a revogação da Lei n. 9.532/1997, com eficácia a partir de 01.01.2015.

Na esteira das diretrizes fixadas pelo STF no julgamento da ADI n. 2.588, na qual houve a declaração de inconstitucionalidade parcial da regra revogada, a Lei n. 12.973/2014 trouxe regimes distintos para a tributação dos lucros auferidos por sociedades controladas (ou equiparadas a controladas) e coligadas no exterior. Com isso, apenas os lucros das sociedades controladas ficaram submetidos ao regime de tributação automática em 31 de dezembro de cada ano-calendário, independentemente de efetiva disponibilização. Os lucros das sociedades coligadas passaram a ser tributados apenas à medida da efetiva disponibilização para a pessoa jurídica investidora no Brasil.

Diante disso, o art. 117, VII, revogou a alínea “b” do § 1º e o § 2º do art. 1º da Lei n. 9.532/1997, repetindo as hipóteses de disponibilização ali antes previstas apenas para as sociedades coligadas tributadas pelo regime de caixa, de acordo com o art. 81, § 2º, III, da Lei n. 12.973/2014. A limitação do alcance das

hipóteses de disponibilização ao regime de caixa das coligadas foi repetida no art. 17 da Instrução Normativa RFB n. 1.520/2014, cuja redação é a seguinte:

Art. 17. Os lucros auferidos por intermédio de coligada domiciliada no exterior serão computados na determinação do lucro real e na base de cálculo da CSLL no balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, desde que se verifiquem as seguintes condições, cumulativamente, relativas à investida:

§ 1º Para efeitos do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil:

I – na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da investida no exterior;

§ 2º Para efeitos do disposto no inciso I do § 1º, considera-se:

I – creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior; e

II – pago o lucro, quando ocorrer:

a) o crédito do valor em conta bancária, em favor da investidora domiciliada no Brasil;

b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;

c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; ou

d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da coligada, domiciliada no exterior.

[...]

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses em que a pessoa jurídica coligada domiciliada no Brasil for equiparada à controladora nos termos do art. 15.

Em face das considerações precedentes, constata-se que, após o advento da Lei n. 12.973/2014, não há fundamento legal para a aplicação, relativamente às sociedades controladas no exterior, da hipótese de disponibilização de lucros por emprego, na conversão dos lucros em aumento de capital da investida.

Portanto, ainda que se pudesse questionar a aplicação do item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda, não haveria fundamento legal para a adição dos lucros capitalizados na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL apurados pela pessoa jurídica no Brasil.

5 CONCLUSÕES

Em conclusão, tem-se que:

- o item 3 do Protocolo do acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Holanda contém uma regra que limita o poder de ambos os Estados Contratantes de tributar as ações bonificadas;
- a finalidade do item 3 do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Holanda é proteger o reinvestimento dos lucros, contribuindo, assim, para o aumento do investimento estrangeiro mediante a utilização dos lucros acumulados para a emissão de ações bonificadas;
- a emissão de ações bonificadas constitui uma hipótese de transferência de capital, assim qualificados os fluxos de moeda, bens ou serviços que correspondam a simples troca onerosa entre patrimônios distintos, de forma equivalente e sem mutação patrimonial;
- no Acórdão n. 9101-004.581, de 04.12.2019, a 1ª Turma da CSRF equivocadamente entendeu que o item 3 do Protocolo impediria a tributação no Brasil apenas das ações bonificadas em si, mas não do ato jurídico anterior de conversão de lucros em capital;
- esse entendimento não merece prevalecer, pois a capitalização dos lucros e a emissão das ações bonificadas perfazem um único ato jurídico, que formaliza o aumento de capital mediante a emissão de novas ações;
- a menção às “ações emitidas por uma companhia de um Estado Contratante” é ampla o suficiente para impedir a tributação das ações bonificadas, independentemente de eventual distinção lógica entre a capitalização de lucros e a emissão de ações;
- o Protocolo do acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Holanda não precisaria mencionar expressamente a capitalização de lucros como um ato jurídico protegido pelo tratado internacional, uma vez que a mera transferência contábil de valores da conta de reserva de lucros para a conta de capital social não acarreta um fluxo de rendimentos entre os Estados Contratantes, de modo que essa situação estaria protegida pelos arts. 7º e 10 do acordo de bitributação;

– a adoção da interpretação restritiva seguida pela CSRF implicaria esvaziar o sentido normativo e a utilidade prática do item 3 do Protocolo, enquanto dispositivo de estímulo ao reinvestimento de lucros.

6 REFERÊNCIAS

OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: condensed version*. Paris: OECD Publishing, 2017.

SANTOS, Ramon Tomazela. *Os instrumentos financeiros híbridos à luz dos acordos de bitributação: implicações fiscais para além do Projeto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan. *Reading the law: the interpretation of legal texts*. St. Paul: Thomson, 2012.

VOGEL, Klaus; SHANNON III, Harry A; DOERNBERG, Richard L.; VAN RAAD, Kees. Part II – commentary art. 10. In: VOGEL, Klaus; SHANNON III, Harry A; DOERNBERG, Richard L.; VAN RAAD, Kees. *United States Income Tax Treaties*. The Hague: Kluwer Law International, 1995.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

