Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

VOTO

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA (RELATOR):

1. No âmbito do Direito Tributário, é conhecida a discussão dos autos, concernente à tributação do Imposto de Renda (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL) incidente sobre matrizes nacionais a partir dos ganhos auferidos por empresas coligadas e controladas instaladas no exterior.

2. Em torno do tema, encontra-se vasta produção doutrinária que, não raro, subsidia as decisões prolatadas em sede administrativa, no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), bem como em ambiência jurisdicional, nos Tribunais Regionais Federais (TRFs), no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e, inclusive, neste Supremo Tribunal Federal (STF). Saliento, neste ponto, que tive a preocupação de me debruçar sobre a maior parte (se não, todas) das teses apresentadas a respeito da questão, a fim de garantir que minha compreensão fosse tão elucidativa quanto exauriente para a solução do caso concreto.

3. O caso se refere, especificamente, a mandado de segurança impetrado pela Companhia Vale do Rio Doce contra o Delegado da Receita Federal, com o objetivo de afastar a incidência da "*tributação automática*" pelo IRPJ e pela CSLL sobre os lucros auferidos por sociedades controladas domiciliadas na Bélgica (Rio Doce International S.A. — RDI), na Dinamarca (Rio Doce Comércio International), em Luxemburgo (Brasilux; Rio Doce Eurpa S.a.r.l.), e nas Bermudas (Brasamerican Limited), em virtude da aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-34, de 2001, e da Instrução Normativa nº 213, de 2002.

4. Conquanto denegada a ordem em Primeiro (7ª VF) e Segundo (TRF2) Graus da Justiça Federal do Rio de Janeiro, que entenderam pela aplicação do dispositivo do art. 74 da MP nº 2.158-34, o Superior Tribunal de Justiça concedeu parcialmente a segurança com base em elemento

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

legal distinto, encontrado nos Tratados Internacionais bilaterais firmados pelo Brasil com Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo — mantida, de resto, a denegação da ordem com relação a Bermudas. Confira-se a ementa do julgamento do REsp nº 1.325.709/RJ:

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

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**

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

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**

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> **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." (e-doc. 11, p. 130-132; destaques acrescidos).

5. Neste Excelso Pretório, sob a apreciação de meu antecessor, o e. Ministro Marco Aurélio, foi negado seguimento ao recurso extraordinário da Fazenda Nacional (e-doc. 12, p. 75-116), ante o caráter infraconstitucional da matéria. Cabe destacar trechos da ementa e da fundamentação daquela decisão:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ARTIGO 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/01 – ARTIGO 7º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA/SRF Nº 213/2002 – LUCRO AUFERIDO – EMPRESAS CONTROLADAS – EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL – PAÍSES COM TRATADO OCDE – BITRIBUÇÃO – INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS – PRECEDENTES – INVIABILIDADE.
>
> 2. Considerado **o alcance dado ao artigo 98 do Código Tributário Nacional**, o Colegiado de origem, concluindo pela prevalência dos tratados e convenções internacionais, presente

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

confronto com a legislação nacional versando matéria tributária, em razão da especialidade, glosou, ante o disposto **no artigo 7, item 1, do acordo modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE**, a incidência de tributo sobre os lucros auferidos pela recorrente por intermédio de empresa controlada sediada no exterior.

O acórdão revela interpretação de normas legais, não ensejando campo ao acesso ao Supremo. A pretexto de ter ocorrido violência à Carta da República, pretende-se submeter à apreciação do Tribunal questão não enquadrada no inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

O enfoque foi adotado pelo Pleno no julgamento do recurso extraordinário nº 460.320, redator do acórdão ministro Dias Toffoli, veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 6 de outubro de 2020. Estava em jogo o imposto de renda retido na fonte considerados dividendos distribuídos, a sociedade da Suécia localizada naquele país, por empresas nacionais sediadas no Brasil, tendo em conta tratado pactuado pelas nações visando evitar dupla tributação. O Redator fez ver o caráter infraconstitucional do debate envolvendo a observância de convenção internacional, no que foi por mim acompanhado, sublinhando que a adoção de óptica diversa exigiria o reexame, inviável na estreita via do extraordinário, da convenção, do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária. Confiram a ementa formalizada:

> Recursos extraordinários. Direito Tributário. Convenção entre o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (Decreto nº 77.053/76). Imposto de renda retido na fonte. Isenção. Dividendos distribuídos por empresas nacionais sediadas no Brasil a sociedade da Suécia residente naquele país. Empate no julgamento do apelo extremo interposto pela União. Proclamação de solução contrária à pretendida pela recorrente (art. 146 do RISTF).

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

1. Trata-se de controvérsia, tendo presente a Convenção entre o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (Decreto nº 77.053/76), acerca da isenção, garantida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), do imposto de renda retido na fonte incidente sobre dividendos distribuídos por empresas nacionais sediadas no Brasil a sociedade da Suécia residente naquele país, todas citadas nos autos. Verificação de empate no julgamento do recurso extraordinário da União interposto contra acórdão do STJ.

2. No que se refere à condição jurídica dos tratados internacionais em face de normas de direito interno, os principais entendimentos dos Ministros integrantes da corrente a favor do provimento de tal recurso podem ser sintetizados do seguinte modo: de um lado, defendeu-se que (i) tratados internacionais são espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, as quais não se confundem com normas federais, tais como decretos-legislativos, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares e (ii) a Carta Federal não respalda o paradigma dualista; de outro lado, alegou-se existir paridade normativa entre atos internacionais e leis infraconstitucionais de direito interno, resolvendo-se as antinomias entre essas normas pelo critério cronológico ou da especialidade e ressalvando-se os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos. Argumentou-se, também, que o art. 98 do CTN, de modo legítimo, atribui precedência aos tratados ou convenções internacionais em matéria tributária e estabelece, em virtude do critério da especialidade, a suspensão provisória da eficácia e da aplicabilidade do ordenamento positivo interno. O entendimento sobre a alegada afronta ao princípio da isonomia é de que o acórdão recorrido confundiu o critério de conexão nacionalidade com o de residência, estendendo a todos os súditos suecos residentes no exterior benefícios fiscais apenas concedidos

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

aos residentes no Brasil.

3. A argumentação da corrente contra o provimento do apelo extremo da União pode ser resumida da seguinte maneira: para se ultrapassar o entendimento da Corte Superior, a qual consignou ter aquela convenção vedado a dupla tributação e a distinção entre nacionais e residentes, seria necessário o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional pertinente, o que não é permitido em sede de recurso extraordinário.

4. Os Ministros julgaram prejudicado, por unanimidade, o recurso extraordinário interposto pela Volvo do Brasil Veículos LTDA. e outros contra o acórdão do TRF-4. Foi negado provimento ao recurso extraordinário da União em razão do empate na votação, nos termos do art. 146 do RISTF.

Quanto à higidez da Instrução Normativa da Receita Federal nº 213/2002, a disciplinar a base de cálculo da tributação sobre os lucros auferidos por intermédio de controlada situada nas Bermudas, país não signatário de acordo internacional, o pronunciamento recorrido foi formalizado a partir da interpretação das normas de regência. Colho trecho elucidativo da controvérsia:

(…)

Nesse contexto, quanto à base de cálculo, como sustentado pela recorrente, 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 resultados de avaliação dos investimentos no Exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é, das contrapartidas de ajuste do valor

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

do investimento em sociedades estrangeiras controladas.

(...)

Constata-se a natureza legal da discussão, conforme chancelou a jurisprudência do Supremo:

> Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental. Tributário. CSLL e IRPJ. Resultado positivo da equivalência patrimonial. Instrução Normativa nº 213/03. Necessidade de reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional. Ofensa constitucional indireta ou reflexa.
>
> 1. **Para ultrapassar o entendimento do acórdão recorrido e acolher a pretensão recursal, seria necessário o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional** (Lei nº 6.404/76; Decreto-lei nº 1.598/77; art. 43, I e II, do CTN; Lei 9.249/95, seguida pela MP 2.158-35/01, regulamentada pela IN-SRF nº 213/03). A ofensa ao texto constitucional seria, caso ocorresse, apenas indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o apelo extraordinário.
>
> 2. Agravo regimental não provido.
>
> (Embargos de declaração no recurso extraordinário nº 653.921, Segunda Turma, relator ministro Dias Toffoli, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 14 de dezembro de 2015.)

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS OU COLIGADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ADI 2.588. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 537. JULGAMENTO DE MÉRITO NO RE 611.586. EMPRESA NACIONAL CONTROLADORA DE EMPRESAS NO EXTERIOR

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

SEDIADAS EM PAÍSES SEM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO *CAPUT* DO ARTIGO 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35. NÃO FORMAÇÃO DE QUORUM PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O CASO. PRECEDENTE DO RE 541.090/SC, REL. MIN. TEORI ZAVASCKI, DJ 30/10/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA 213/01. EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL POSITIVA. TRIBUTAÇÃO APENAS DO QUE SE CONSTITUI 'LUCRO'. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.588, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator do acórdão o Min. Joaquim Barbosa, DJe 10/2/2014; e do RE 611.586, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 10/10/2014, Tema 537 não alcançou o quorum para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001, que trata da tributação de investimentos de empresas brasileiras em sociedades controladas sediadas em países sem tributação favorecida.

(...)

4. **O exame do método da equivalência patrimonial para a avaliação de investimentos em sociedade controladas e coligadas sediadas no exterior demanda o revolvimento de legislação infraconstitucional**, o que não é permitido no âmbito do Recurso Extraordinário. Entretanto, para a aplicação do artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001 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. 5. Agravo a que se dá parcial provimento.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> (Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 1.191.424, Primeira Turma, relator ministro Luiz Fux, publicado no Diário da Justiça eletrônico de 9 de setembro de 2020.)" (e-doc. 14; destaques acrescidos).

I. Discussão restrita ao âmbito infraconstitucional

6. Perfilho-me, de início, ao posicionamento externado pelo e. Ministro Marco Aurélio, uma vez que a decisão no caso concreto depende da aplicação específica de normas infraconstitucionais.

7. Em primeiro lugar, no que se refere ao cotejo entre o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e o art. 7 dos Tratados entabulados pelo Brasil com os demais países onde a Vale fixou suas controladas. Tais convenções internacionais internalizadas em nosso ordenamento jurídico por força dos Decretos nº 72.542, de 1973 (Bélgica), nº 75.106, de 1974 (Dinamarca), e nº 85.051, de 1980 (Luxemburgo).

8. Ainda, para a aplicação (ou não) desses dispositivos, é necessário interpretar outras disposições legais que não dizem respeito a normas de índole constitucional. Por exemplo, se compreendermos pela eficácia irrestrita do art. 74 da MP nº 2.158-35 — vigente à época dos fatos —, faz-se mister analisar também a forma de incidência dos tributos no caso, conforme art. 43, *caput* e parágrafos, do Código de Tributário Nacional (CTN), bem assim a apuração dos lucros conforme o Método de Equivalência Patrimonial, previsto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das S.A.), e na IN nº 213, de 2002. Lado outro, caso prevaleçam as normas internacionais avençadas pelo Brasil, sua aplicabilidade não se refere diretamente a uma disposição constitucional, porquanto não se refiram à hipótese do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CRFB.

9. Na Constituição da República, propriamente, temos as previsões gerais de incidência do IR, no art. 153, inc. III, e da contribuição sobre o

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

lucro, no art. 195, inc. I, al. "c". Ainda, cabe a alusão ao art. 4º, inc. IX, quanto à cooperação internacional, bem como ao art. 5º, § 2º, voltado à convivência dos direitos fundamentais com os tratados firmados pela República Federativa do Brasil. De todo modo, nota-se que eventual ofensa a essas disposições seria mais um reflexo da exegese sobre aqueles dispositivos da legislação tributária do que uma violação direta aos preceitos constitucionais.

10. Nessa linha, remeto-me à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> "EMENTA. Recursos extraordinários. Direito Tributário. Convenção entre o Brasil e a Suécia para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda (Decreto nº 77.053/76). Imposto de renda retido na fonte. Isenção. Dividendos distribuídos por empresas nacionais sediadas no Brasil a sociedade da Suécia residente naquele país. Empate no julgamento do apelo extremo interposto pela União. Proclamação de solução contrária à pretendida pela recorrente (art. 146 do RISTF). (...)
>
> 3. A argumentação da corrente contra o provimento do apelo extremo da União pode ser resumida da seguinte maneira: **para se ultrapassar o entendimento da Corte Superior, a qual consignou ter aquela convenção vedado a dupla tributação e a distinção entre nacionais e residentes, seria necessário o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional pertinente, o que não é permitido em sede de recurso extraordinário**.
>
> 4. Os Ministros julgaram prejudicado, por unanimidade, o recurso extraordinário interposto pela Volvo do Brasil Veículos LTDA e outros contra o acórdão do TRF-4. Foi negado provimento ao recurso extraordinário da União em razão do empate na votação, nos termos do art. 146 do RISTF."

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

(RE nº 460.320/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. Ac. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 05/08/2020, p. 06/10/2020; destaques acrescidos)

"Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS OU COLIGADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ADI 2.588. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 537. JULGAMENTO DE MÉRITO NO RE 611.586. EMPRESA NACIONAL CONTROLADORA DE EMPRESAS NO EXTERIOR SEDIADAS EM PAÍSES SEM TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO CAPUT DO ARTIGO 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35. NÃO FORMAÇÃO DE *QUORUM* PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O CASO. PRECEDENTE DO RE 541.090/SC, REL. MIN. TEORI ZAVASCKI, DJ 30/10/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA 213/01. EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL POSITIVA. TRIBUTAÇÃO APENAS DO QUE SE CONSTITUI 'LUCRO'. **MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.588, Rel. Min. Ellen Gracie, Redator do acórdão o Min. Joaquim Barbosa, DJe 10/2/2014; e do RE 611.586, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 10/10/2014, Tema 537 não alcançou o quorum para a declaração de inconstitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001, que trata da tributação de investimentos de empresas brasileiras em sociedades controladas sediadas em países sem tributação favorecida.

2. *In casu*, as controladas da empresa brasileira, sediadas

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

no Chile e na Argentina, devem ter a tributação de seus lucros realizada no momento do levantamento do balanço no exterior, conforme estabelece o dispositivo legal.

3. A situação já foi objeto de decisão pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, acórdão de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki: RE 541090, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe-213, 30/10/2014.

4. **O exame do método da equivalência patrimonial para a avaliação de investimentos em sociedade controladas e coligadas sediadas no exterior demanda o revolvimento de legislação infraconstitucional, o que não é permitido no âmbito do Recurso Extraordinário**. **Entretanto, para a aplicação do artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001 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**.

5. Agravo a que se dá parcial provimento."

(ARE nº 1.191.424-AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 19/05/2020, p. 09/09/2020; destaques acrescidos).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. TRATADO INTERNACIONAL. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E REPÚBLICA DA CORÉIA. PRINCÍPIO DA RECIPROCIDADE. ISENÇÃO DE CPMF NÃO PREVISTA NO ROL DO ACORDO INTERNACIONAL. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STJ PARA O JULGAMENTO DA MATÉRIA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 283, DA SÚMULA DO STF.

1. **A violação constitucional dependente da análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional encerra violação reflexa e oblíqua**, tornando inadmissível o recurso

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

extraordinário. Nesse sentido: RE 596.682 Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 21/10/10, e AI 808.361, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 08/09/10, entre outros.

2. *In casu*, **a discussão cinge-se à abrangência e interpretação do Tratado Internacional celebrado entre a República Federativa do Brasil e a República da Coréia**, recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 354/91, no que tange à isenção de impostos com base na aplicação do princípio da reciprocidade, previsto no artigo 178 da Constituição Federal.

3. É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles (Enunciado 283, da Súmula do STF).

4. Agravo de instrumento a que se nega seguimento."

(AI nº 740.321/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27/02/2012, p. 05/03/2012; destaques acrescidos).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA - IRPJ. REMESSA DE JUROS PARA O EXTERIOR. BENEFÍCIO PECUNIÁRIO. NECESSIDADE DA ANÁLISE **PRÉVIA DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA**. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO."

(AI nº 785.255/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 17/02/2010, p. 11/03/2010; destaques acrescidos).

11. Cito, ainda, a decisão monocrática de lavra do atual Presidente, o e. Ministro Luís Roberto Barroso, no ARE nº 955.262/RJ, j. 27/06/2016, p. 30/06/2016.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

12. Conforme trazido no acórdão recorrido do Superior Tribunal de Justiça, não é a repercussão financeira, por si só, que eleva a questão ao âmbito constitucional. Pode-se dizer que, no presente caso, também há de se ponderar a proteção da segurança jurídica e da confiança em prol da parte *ex adversa*, bem assim dos demais agentes econômicos que, embora não figurem na presente lide, creem na manutenção das instituições e leis para tomarem suas decisões, especialmente, no que toca ao investimento — nacional ou estrangeiro — em terras brasileiras.

13. Nada obstante, não ignoro os argumentos dos que projetam a importância da matéria para os limites supranacionais, de modo que as condutas internas passam a reverberar na atuação cooperativa e na imagem da República brasileira no exterior, o que atrairia o debate para o âmbito constitucional, notadamente, quanto à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo na internalização de acordos internacionais, como prelecionam os arts. 49, inc. I, e 84, inc. VIII, da Constituição da República.

14. Se, porventura, admitida a estatura constitucional da matéria debatida, entendo pertinente a interpretação da legislação relativa à tributação do IRPJ e da CSLL quanto aos lucros das empresas controladas pela recorrida nos países da Dinamarca, da Bélgica e de Luxemburgo.

II. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

15. O Estado Democrático e Social de Direito, diferente dos modelos que o precederam, é aquele que assume sua incapacidade tanto produtiva quanto distributiva de rendas. Aceitar a ineficiência dos monopólios do Estado em produzir riqueza, tal qual em distribuí-la aos administrados, é admitir que a carga tributária deve se ater à garantia das necessidades socioeconômicas eventualmente não supridas pela iniciativa privada.

16. O Estado contemporâneo do século XXI, portanto, demanda uma

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

atuação do Poder Público de maneira suplementar, com vistas a preencher espaços de produção ainda não absorvidos pela iniciativa privada, além de distribuir a renda quando aquela não o faz.

17. Longe de um modelo puramente liberal, e superada a ideia de bem estar sob a responsabilidade exclusiva estatal, entra em cena um Estado regulador das atividades econômicas.

18. Se o tributo fora uma expressão da liberdade individual burguesa quando só contribuíam aqueles que detinham a propriedade, hoje, a sua incidência deve se restringir a um espectro comprimido, em tradução de uma liberdade coletiva, cuja expressão é precisamente a redução da carga tributária ao que seja estritamente essencial.

19. É lapidar a noção lançada por Luís Eduardo Schoueri a respeito:

> "No Estado do século XXI, a liberdade revela-se, pois, coletiva, tendo em vista que a sociedade exige sua liberdade como instrumento para a inclusão social. Desaparece a crença de que o Estado seja o veículo para o resgate das camadas sociais desfavorecidas, mas permanece o desejo social, prestigiado pelo Direito, de que a desigualdade seja reduzida. O instrumento para o exercício da liberdade coletiva já não mais será o Estado, mas a própria sociedade. **Do Estado do século XXI, espera-se a transparência, que se verá de há muito apontada como característica ideal de um sistema tributário, implicando a manutenção de um ambiente favorável a investimentos, com segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade normativa. Aqui, o respeito a relações contratuais não é mais visto em perspectiva liberal-individualista, mas em proveito do investimento, desenvolvimento econômico e, assim, da própria coletividade.**
>
> (...)

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> Daí reduzir-se o espaço no Estado do século XXI, do Estado provedor, assistencialista. **Frustra-se quem acredita possa o Estado, por meio da tributação exacerbada, prover a dignidade de todos; a escassez de recursos logo se revela, tornando utópica, ou mera quimera retórica, aquele objetivo. No Estado do século XXI, a sociedade assume seu papel de maximizar a dignidade humana, a ser conquistada - nos termos constitucionais - pela valorização do trabalho e da livre iniciativa. O Estado não perde seu papel de guardião dos ditames constitucionais; em função, entretanto, cabe-lhe assegurar condições para que a sociedade civil proveja a dignidade que ele, Estado, não é capaz de assegurar**."
>
> (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 12ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 14; destaques acrescidos).

20. Alterado o paradigma da função estatal, a tributação assume então papel necessariamente coadjuvante da economia e da distribuição de rendas.

21. A equação sobre a incidência da carga tributária é a mesma de outrora, porque implica a criação de uma falha de mercado de caráter eminentemente econômico, a fim de se corrigir, a partir da exação, a falha encontrada no mercado de verve eminentemente social.

22. Entretanto, para que se desvencilhe dos equívocos passados tanto de índole liberal como de caráter assistencialista, para além do comedimento na imposição da carga tributária, é imprescindível que o Estado paute sua atuação nos **ditames da transparência e da confiança perante o contribuinte e os demais Estados soberanos**.

23. Esses princípios ganham importância intensificada à medida em que os mercados deixam de ser nacionais, restritos a um só território, para intercambiarem suas relações em aspectos globais. Ao lidar com o

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

fenômeno da globalização, sobressai a ideia central de **cooperação** (art. 4º, inc. IX, CRFB), uma vez que as transações envolvem outros Estados soberanos, cujo poder tributante encontra-se em posição de igualdade com o Brasil.

24. Dessarte, esses princípios emergem como **vetores de uniformização nas relações** entre os Estados, que buscam o **crescimento** pela maior circulação de riquezas, e, ao mesmo tempo, visam **impedir a evasão de capital produzido em seu território** por empresas nacionais ou estrangeiras.

25. É neste contexto que os Estados passam a produzir uma legislação de defesa ante a práticas elisivas das multinacionais que se instam em países com baixa ou nenhuma tributação (*países com tributação favorecida; paraísos fiscais*).

26. Em síntese, se, em âmbito interno, os Estados buscaram a salvaguarda de sua arrecadação contra a evasão de capital, no plano externo, passaram a se organizar para construir uma gama de orientações comuns para melhor ordenar suas relações.

II.I. AS "REGRAS CFC" (*CONTROLLED FOREIGN COMPANIES RULES)*

27. As regras CFC são apontadas como uma das primeiras manifestações dos Estados exportadores de capital elaboradas com o intuito de assegurar a arrecadação após o espraiamento de empresas nacionais no estrangeiro.

28. Cumpre sublinhar que, em seus primórdios, o esforço em tributar companhias controladas no exterior é fruto de uma produção nacional *intramuros*, individual, sem o móvel de estabelecer uma cooperação internacional.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

29. Nos Estados Unidos, por exemplo, o objetivo de arrecadar receitas auferidas por corporações ativas no exterior data de 1909, ganhando corpo em 1913, com o *Revenue Act*, e mais marcadamente, na década de 1960, na esteira das promulgações europeias animadas por uma política de "*antidiferimento tributário*" (*The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporatios - A Policy Study*. Disponível em: https://home.treasury.gov/system/files/131/Report-SubpartF-2000.pdf. Acesso em 14/04/2024).

30. A ideia nuclear dessas políticas era evitar que os rendimentos obtidos no exterior não aguardassem, ao alvedrio das companhias, o ingresso da receita no caixa da matriz autóctone para, só então, aperfeiçoar-se o fato gerador.

31. Outra preocupação — talvez, a maior delas — era a de desestimular a atração de empresas nacionais por paraísos fiscais, seja por via de planejamento tributário legítimo, que buscasse explorar um ponto estratégico de fornecimento ou de distribuições nestes locais, seja por prática elusiva artificiosa, concertada apenas para que os lucros constem do balanço de empresas coligadas ou controladas — onde a tributação seria exígua.

32. Ainda no exemplo histórico norte-americano, as regras CFC foram também denominadas de "*regras de antecipação*" da incidência tributária, por via das quais o Congresso estadunidense pretendeu tributar *(i)* investimentos passivos e *(ii)* operações localizadas em Estado com tributação favorecida.

33. No ponto, importa sublinhar que as ***CFC rules*** **foram concebidas como medidas de tributação excepcional**, voltadas a coibir a intenção evasiva, assim compreendida pela exportação do capital para Estados com baixa tributação. Neste ponto, o levantamento elaborado por Luciano Maldonado:

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

"**As *CFC rules* são exceção à regra geral** de somente tributar o lucro no exterior auferido por pessoa não residente e, como visto, tem por premissa ou se revela como uma **reação à conduta dos contribuintes de procurarem escapar à tributação do Estado de residência mediante a utilização de negócios e operações em países com menor tributação, violando, assim, o princípio da neutralidade de tributação sobre o capital exportado** (...).

Na esteira das medidas adotadas pelos Estados Unidos, a Alemanha, conforme lição de Alberto Xavier, em 1972, também institui as regras de CFC em relação às (i) fundações familiares (sede e administração no exterior e 50% detidos pelo fundador e seus familiares); (ii) sociedade operadoras (CFC não aplicável); (iii) sociedades *holdings* (CDC não aplicável); e (iv) sociedades de pura administração (sociedade passiva/intermediária sujeita às regras CFC: **rendimento passivo**, localizada em país com baixa tributação (inferior a 30% do lucro) e controlada por residentes na Alemanha (metade do capital). **Lá também o objetivo maior foi o de combater o diferimento do imposto de renda e a utilização de operações em países com baixa tributação cujo objetivo primordial é tão somente a redução da carga tributária**.

(...)

Para a Itália, a aplicação das regras CFC ocorre quando a empresa controlada por residente italiano está sediada em país com baixa tributação, o qual deve estar elencado sob o sistema de *black list*. A regra CFC espanhola - *régimen de tranparencia fiscal internacional* - estabelece o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) **nível de controle**; (ii) nível de tributação da empresa controlada; e (iii) **natureza da renda auferida** (passiva ou ativa). Os regimes aqui indicados de forma simplificada e exemplificativa comportam exceções."

(MALDONADO, Luciano Burti. *Breve análise da regra*

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> *brasileira de tributação dos lucros no exterior e a sua proximidade ou o seu distanciamento das regras de Controlled Foreign Corporations - CFC*. Revista de Direito Tributário Contemporâneo. Vol. 23/2020, p. 63-87, mar-abr, 2020; destaques acrescidos).

34. O Professor do Largo de São Francisco, Heleno Taveira Tôrres, delineia que o objeto das regras CFC é justamente tributar o lucro sem a necessidade de sua distribuição, ou seja, "*significa imputar aos sócios ou acionistas residentes, por transparência,* ***os lucros*** *produzidos pela sociedade constituída e localizada* ***em países com tributação favorecida****, fazendo incidir o imposto aplicável aos lucros produzidos no exterior, (...), como se fossem produzidos internamente, mesmo se não distribuídos sob a forma de dividendos*" (TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: Planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 126; destaques acrescidos).

35. Mais além, Alberto Xavier entrevê traços essenciais de fins e de formas das regras CFC no mundo, como "*um tipo específico de* ***normas antiabuso*** *que pressupõe para a sua aplicação que a controlada estrangeira esteja domiciliada* ***em país de tributação favorecida*** *e/ou* ***aufira apenas rendas passivas***" (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 494; destaques acrescidos).

36. Em resumo, identifico como objetivos primordiais das regras CFC o **combate à competição fiscal internacional prejudicial**, na presente hipótese, relacionada ao lucro das empresas, e **a eliminação de normas que permitam o diferimento da tributação doméstica sobre o rendimento da fonte estrangeira**, como é o caso da distribuição de dividendos apenas nas empresas situadas no exterior.

37. Como se percebe, a doutrina identifica que essas normas antielisivas guardam **critérios para sua aplicação excepcional**. Em amálgama de uma análise mais extensa sobre as normas internacionais,

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

encontramos base comum quanto *(i)* à **localização** das empresas controladas ou coligadas (*método de localidade*) e *(ii)* à **natureza da renda** tributada (*método de transação*).

38. O primeiro método é conhecido como a *black list* de países com **baixa ou nenhuma incidência de encargos fiscais** (tributação favorecida) ou eliminação dos tributos em determinados segmentos (tributação privilegiada). No Brasil, o filtro é feito àqueles que cobram tributos sobre a renda em alíquotas máximas de 20%, nos termos da Lei nº 11.727, de 2008.

39. O segundo volta-se, na maior parte dos casos, para a incidência sobre a **renda passiva**, que seria aquela promovida pelo mero deslocamento da renda para o estrangeiro, como são os juros, aluguéis, *royalties* e ganhos a partir da circulação de produtos. Como exemplos dos países que adotam esse escopo, temos Alemanha, Argentina, Austrália, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Grécia, Israel, Itália, México, Nova Zelândia, Turquia, e Uruguai.

40. Ainda neste critério sobre a natureza dos rendimentos tributáveis, há Estados que buscam análise mais minuciosa da materialidade do tributo - o que se contrapõe à fixação genérica de percentuais para aplicação das CFC. É o caso do Reino Unido, que possui níveis de tributação a partir da participação societária sobre as controladas, também baseada numa série de filtros (*gateway test*) para concluir se o lucro é, finalmente, tributável (v. https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm191200. Acesso em: 14/04/2024). São ilustrativos, ainda, os exemplos de Suécia, Polônia e Irlanda quanto ao propósito antielisivo das *CFC rules*, somente incidentes caso não encontradas avenças negociais "*genuínas*" (v. https://qdd.oecd.org/data/CFC/.ALL. Acesso em: 14/04/2024).

II.II. DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

41. Como visto, é mundial o fenômeno das legislações antielisivas consagradas no que chamamos de regras CFC, em tradução direta da língua inglesa, companhias estrangeiras controladas.

42. No Brasil, a reação não foi diferente, porém, ocorrida somente no ano de 1995, com a Lei nº 9.249, concluída após o insucesso de tentativas anteriores à atual ordem constitucional (Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, e Decreto-Lei nº 2.413, de 1988).

43. O art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, visou introduzir em nosso ordenamento a conhecida "**tributação em bases universais**", em substituição à tributação da renda com base no "princípio da territorialidade". *In verbis*:

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

44. Os lucros seriam, então, tributados aqui no Brasil sem a necessidade de qualquer operação, porque considerados diretamente no cálculo do *lucro real* e, assim, sujeitos à incidência dos impostos.

45. Outra consequência desse modelo de tributação em bases universais é a desnecessidade de disponibilização do montante à controladora mediante o creditamento fático, como a rigor, seria entendido o *caput* do art. 43 do Código Tributário Nacional ("*O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:* (...)").

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

46. Não ao acaso, a ficção utilizada para tributação em bases universais por via da *disponibilidade automática* gerou críticas da doutrina. O professor Schoueri, à época, vaticinou:

> "(...) malgrado a intenção do legislador federal - os lucros auferidos por controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior não podem ser acrescidos ao lucro real da sócia brasileira, enquanto não forem efetivamente distribuídos (desde que, obviamente, a legislação do país onde se situa a controlada ou coligada não exija a automática e integral distribuição dos lucros). "
>
> (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributação dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um novo capítulo no Direito Tributário Internacional do Brasil?* Vadir de Oliveira Rocha (*Coord*.). *Imposto de Renda: aspectos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 145).

47. Nesta linha, aponta Alberto Xavier que a própria Receita Federal, ainda que *contra legem*, barrou a disponibilização automática ao dispor, na Instrução Normativa nº 38, de 1996, a tributação do lucros somente a partir da *efetiva disponibilização,* seja pelo *pagamento*, seja pelo *creditamento* desses lucros ao ente (ou sócio) no Brasil. (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 438).

48. O endereçamento legal da questão foi apenas corrigido com o art. 1º da Lei nº 9.532, de 1997, que, segundo Sergio André Rocha, "*não alterou a materialidade tributável pelo IRPJ, que seguiu sendo, no que nos interessa neste livro,* ***lucros auferidos nos exterior.*** *Esta regra tratou apenas do* ***momento em que tais lucros seriam considerados disponibilizados para fins de tributação***." (ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 31; destaques no original).

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

49. No entanto, as duras críticas à legislação perduravam. O § 5º do art. 25, conquanto fizesse parte do elenco de normas sobre tributação em bases universais, proibia a compensação de lucros do exterior com prejuízos contabilizados no Brasil e, mesmo sob as vestes de uma lei ordinária, definia o fato gerador do tributo, à revelia do art. 146, inc. III, al. "a", da Constituição da República.

50. Sobreveio então o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, que em inovação definitiva, previu que os lucros auferidos no exterior por empresa controlada ou coligada seriam considerados disponíveis automaticamente à matriz brasileira quando do fechamento do balanço em que registrado.

51. Confira-se a redação do art. 74:

> "Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei no 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." (destaques acrescidos).

52. Ainda que discutível, o óbice da reserva da lei complementar foi resolvido pela Lei complementar nº 104, de 2001, que inseriu os §§ 1º e 2º ao art. 43 do CTN. O § 1º reforçou a aplicação do princípio da universalidade na tributação da renda independentemente da localização ou da nacionalidade da fonte, enquanto o § 2º avalizou a previsão, por lei ordinária, do momento da disponibilidade para fins de incidência do IR. *In litteris*:

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> "§ 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."

53. Embora eu venha mais à frente me aprofundar sobre as diferenças entre a legislação brasileira em comparação com as regras CFC de outros países, já é possível entrever, pela própria nomenclatura da *tributação em bases universais,* que **o Brasil adotou uma materialidade muito distinta dos demais Estados**. Enquanto os demais adotaram formas específicas para a incidência excepcional das regras CFC (conforme os patamares de rendimentos, as alíquotas dos impostos praticados no estrangeiro, e a natureza dos rendimentos passivos), **o Brasil, contudo, produziu uma legislação de absoluta incidência sobre lucros e resultados (*full inclusion*)**, de modo a, até mesmo, ser negada a classificação de nossa lei como regra CFC (v. TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional.* Vol. IV, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 401; LUKIC, Melina de Souza Rocha; MUNIZ, Amanda Almeida. *As regras brasileiras de tributação de controladas e coligadas no exterior: verdadeiras Controlled Foreign Company (CFC) Rules?*. Revista de Direito Internacional. Uniceub. Vol. 14, nº 2, 2017, p. 465-489).

54. Adiante, é bem de ver que **a MP nº 2.158-35, de 2001, não revogou a Lei nº 9.249, de 1995, servindo o art. 74, em verdade, como reforço do art. 25**. Ou seja, se havia óbices no tocante à inconstitucionalidade formal da natureza legislativa do diploma que regula o fato gerador e a incidência do tributo sobre o lucro, pretendeu-se, então, com a redação da MP e as modificações promovidas pela LC nº 104, extirpar tal vício.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

55. O alerta tem sua relevância pelo fato de que permaneceu vigente — após a edição da medida provisória — a redação do art. 25 em sua integralidade, o qual previa, em seu § 6º, o respeito à **legislação até então em vigor para efeito de apuração dos resultados no exterior.**

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

56. Outro aspecto de relevo consta na previsão, em conjunto com o **princípio da tributação de bases universais**, a apuração dos resultados operacionais das empresas no exterior pelo "**método de equivalência patrimonial**".

57. Em brevíssima síntese, o método de equivalência patrimonial é uma forma de apuração do lucro nas *holdings*, com previsão no art. 248 da Lei das S.A., que sopesa o investimento e a participação direcionados à empresa controlada, com o patrimônio líquido que ela pode atingir após seus resultados (se superavitário, pelo lucro, se deficitário, em razão do prejuízo). No art. 7º da IN nº 213, de 2002, fala-se em *"**contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior**"* como expressão do método de equivalência patrimonial para incidência da lei brasileira.

58. O fato é que a inserção das normas brasileiras, tal como redigidas, provoca situações mais sensíveis quando tomamos o Brasil sob um contexto mundial de relações comerciais. É neste aspecto prático que passo a me enveredar para, ao fim, extrair solução final para o caso concreto.

III. DO COTEJO ENTRE A NORMA INTERNA E A NORMA INTERNALIZADA A

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

59. A par das normas produzidas internamente, o Brasil, como qualquer outro sujeito de direito internacional, possui como parte integrante de seu ordenamento os tratados. O gênero *tratado* alberga espécies diversas, como convenções, protocolos, compromissos, e se conceitua como ato jurídico mediante o qual sujeitos de direito internacional celebram um acordo de vontades (ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio; e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 174).

60. É consabido que, para a introjeção dos tratados no ordenamento nacional, passamos por um ato complexo, dependente da assinatura do documento internacional pelo Presidente da República — naturalmente, na qualidade de Chefe de Estado — que também o ratificará após o referendo no âmbito do Congresso Nacional, que, por sua vez, confecciona o decreto legislativo a ser, enfim, promulgado pelo Presidente da República.

61. Ainda, conhece-se há muito a jurisprudência desta Suprema Corte quanto ao *status* supralegal dos tratados de direitos humanos, ressalva feita àqueles aprovados segundo o rito de uma emenda constitucional (art. 5º, § 2º, CRFB). Neste aspecto, o voto condutor da e. Ministra Ellen Gracie no HC nº 95.967/MS:

> "A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação."

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

(HC nº 95.967/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 11/11/2008, p. 28/11/2008)

62. Nesta condição, não encontrada a hipótese do art. 5º, § 2º, da CRFB, aos tratados cabe o papel de parâmetro a um controle de convencionalidade difuso que, **embora não sirva para declaração de inconstitucionalidade de leis, pode atuar para bloquear a incidência delas** (FONTELES, Samuel Sales. *Direitos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Editora JusPodivm. 2024, p. 387).

63. Nesta perspectiva, a **OCDE** (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) foi criada em Paris, no ano de 1961, e tem como um de seus objetivos a fixação de padrões e normas globais para desempenho econômico, criação de empregos, promoção da educação e combate à evasão fiscal internacional. É atualmente composta por 38 países, dos quais ainda não faz parte o Brasil - que, apesar disso, participa da organização como parceiro desde 1994 (https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/. Acesso em: 16/04/2024).

64. Segundo Sergio André Rocha, o Brasil faz parte de 35 convenções internacionais baseadas na Convenção Modelo da ONU, a qual, por sua vez, inspira-se na Convenção Modelo da OCDE, com o propósito de **evitar a bitributação** entre os acordantes quando houver a instalação de empresas nacionais em outro Estado, de forma permanente (ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 74).

65. Nos termos exatos de seus preâmbulos, promulgaram-se no Brasil decretos específicos a cada uma das convenções bilaterais firmadas "***para Evitar a Dupla Tributação sobre a Renda***".

66. Assim, consideradas as convenções firmadas com Bélgica

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

(Decreto nº 72.542, de 1973), Dinamarca (Decreto nº 75.106, de 1974), e Luxemburgo (Decreto nº 85.051, de 1980), **o bloqueio da bitributação do lucro está previsto no art. 7** (não ordinal), com cinco itens, conforme a seguinte redação (aqui, a redação da convenção belga):

> "1. **Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis 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 suas atividades desse modo, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.
>
> 2. **Quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante, a esse estabelecimento permanente, os lucros que o mesmo obteria se constituísse uma empresa distinta e separada que exercesse atividades idênticos ou similares em condições idênticas ou similares e transacionasse com absoluta independência com a empresa da qual é um estabelecimento permanente**.
>
> 3. No cálculo dos lucros de um estabelecimento permanente será permitido deduzir as despesas feitas para a realização dos fins desse estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os gastos gerais de administração assim realizados.
>
> 4. **Nenhum lucro será atribuído a um estabelecimento permanente pelo simples fato de esse estabelecimento permanente comprar mercadorias para a empresa**.
>
> 5. Quando os lucros compreenderem elementos de rendimentos tratados separadamente em outros artigos da presente Convenção, as disposições desses outros artigos não serão afetadas pelas disposições deste artigo." (destaques

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

acrescidos).

67. Da dicção literal da norma convencional, é certo que o art. 7 trata da tributação do **lucro** da empresa controlada. O critério fixado tem como *discrímen* principal a residência, daí, chamado de **princípio da residência ou do estabelecimento permanente**. (ROCHA, Sergio André. *Imperialismo Fiscal Internacional e o "Princípio" do Estabelecimento Permanente*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 211, abr. 2013, p. 155-163.).

68. A ideia central está em fixar a competência tributária do País onde a empresa se fixe por um estabelecimento permanente. Logo, a empresa controlada poderá ser tributada pelo *país da fonte*, caso a exploração no exterior não se dê sob um *estabelecimento permanente*. **O critério espacial da residência (permanente) é fator determinante para fixar se o lucro produzido na empresa controlada será de competência do Brasil, como país fonte, ou de competência do contratante estrangeiro, como país da "residência"** (Bélgica, Dinamarca ou Luxemburgo).

69. A questão fundamental que se põe é saber se, no caso dos três países em que a Vale mantém suas controladas, a tributação é dada pelo Brasil, por força da norma do art. 74 da MP 2.158-35/2001, vigente no período objeto do mandado de segurança, ou se este é bloqueado pelo art. 7 das convenções bilaterais.

III.I. DA JURISPRUDÊNCIA DO STF — CRITÉRIO DE DISPONIBILIZAÇÃO DA RENDA OU DO LUCRO

70. Diferente de outros tribunais, este Supremo Tribunal Federal foi instado em menor número de vezes a respeito da discussão sobre a tributação em bases universais, notadamente, a partir da edição do art. 74

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

da MP nº 2.158-35, de 2001.

71. De maior relevo, foi o julgamento conjunto da ADI nº 2.588/DF e do RE nº 611.586-RG/PR (Tema RG nº 537), o qual, embora finalizado em 2014, iniciou-se naquela ação objetiva em 2003, sob a relatoria da e. Ministra Ellen Gracie.

72. O debate se deu justamente a respeito da constitucionalidade do art. 74 da MP nº 2.158, no que atina ao momento da disponibilização do resultado operacional, se havido por uma construção jurídica ou por uma operação econômica.

73. Isso porque o art. 43 do CTN fala na incidência do IR a partir da "*aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica*", ao passo que o art. 74 da MP previa a disponibilização dos lucros à empresa controladora nacional em vista da mera apuração no balanço das controladas.

74. A dificuldade estava, portanto, em conceber a tributação sob bases universais sem que houvesse a efetiva distribuição dos rendimentos à controladora pela controlada ou coligada. Nesta toada, ao art. 43 do Código Tributário Nacional foram acrescentados os §§ 1º e 2º, porém, **sem que informado como efetivamente se daria a inclusão da receita na competência da matriz controladora**. O § 2º, pela LC nº 104, de 2001, outrossim, não contribuía ao deslinde da questão, porquanto restrito a dizer que "*a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade*".

75. Embora, inadvertidamente, seja propalado que este Pretório Excelso declarou a constitucionalidade do art. 74, é certo que o cenário-chave mais importante a respeito da incidência do dispositivo deixou de receber a expressa chancela neste sentido, qual seja a **incidência do art. 74 de empresas controladas em países sem tributação favorecida**.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

76. Numa distinção encontrada no atual regramento sobre o tema (Lei nº 12.973, de 2014), o Supremo ponderou a incidência da norma do art. 74 a partir do nível de ingerência da controladora na empresa radicada no estrangeiro (se coligada, com menor controle; se controlada com maior controle), além de dispor sobre a situação que, objetivamente, denota um subterfúgio evasivo maior, qual seja a fixação da empresa em paraísos fiscais (ou, com tributação favorecida).

77. Logo, a maioria decidiu como *inconstitucional* a tributação pelo art. 74 quando uma empresa coligada esteja instalada num país sem tributação favorecida, e como *constitucional* a incidência tributária no caso de uma controlada situada num país com tributação favorecida.

78. A tese para o Tema nº 537 do ementário da Repercussão Geral, a propósito, teve sua redação restrita à aplicação da norma em relação a empresas controladas em paraísos fiscais:

> "**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.

III.II. DA MATERIALIDADE TRIBUTÁRIA DO ART. 74

79. Como tratei acima, as regras de CFC visavam coibir a evasão de capital para países com reduzida ou nenhuma tributação, a partir do fenômeno da expansão das empresas além das fronteiras nacionais.

80. Nesta linha, os países mais bem desenvolvidos, há muito, promovem a expansão de suas fronteiras comerciais a partir do adensamento de suas relações externas, **o que em nada se confunde com**

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

a leniência a expedientes que visem apenas a evasão fiscal — os quais, por óbvio, são contrários ao interesse estatal de arrecadar tributos.

81. Daí, **tal qual idealizadas as regras de CFC, é razoável que o seu campo de incidência esteja restrito a debelar atos com o propósito único de realocar recursos e dissimular lucros transpostos a Estados com tributação favorecida.** Conforme ressaltou o e. Ministro Joaquim Barbosa, Redator do acórdão da ADI nº 2.588/DF, "*a presunção do intuito evasivo somente é cabível se a entidade estrangeira estiver localizada em países com a tributação favorecida, ou que não imponham controles e registro societários rígidos ('paraísos fiscais')."*

82. Noutro vértice, muito se fala que o art. 74, como expressão da legislação antielisiva nacional, não visa à tributação do lucro por controladas e coligadas no exterior, mas a tributação da renda obtida por empresa brasileira investidora, *"a partir da reavaliação positiva dos investimentos realizados em sociedades controladas e coligadas"*(trecho do voto do e. Ministro Dias Toffoli em alusão ao argumento fazendário no RE nº 541.090/SC).

83. Tal argumento pretende encontrar base, justamente, no Método de Equivalência Patrimonial (MEP), como forma de avaliação específica (e distinta) da apuração pura e simples do lucro havido no exterior com reflexo na controladora.

84. Em que peses o esforço, é inócua a salvaguarda argumentativa. Como dito, o **art. 74 da MP apenas reforçou a aplicabilidade do art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995**, que se manteve vigente. E, como pontuei, **o § 6º do art. 25 previa a manutenção do método de equivalência patrimonial conforme as regras até então previstas pela legislação tributária** (*§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º*).

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

85. Desse modo, o fato é que **a aplicação do MEP, conforme as regras gerais de tributação vigentes, não imporia alteração na base de cálculo ou mesmo na hipótese de incidência do art. 74, porquanto se manifesta neutra a incidência do método em relação a outras variações patrimoniais a par do lucro (variação cambial, mutações patrimoniais, por exemplo, são excluídas da tributação do lucro após a filtragem operada pelo MEP).**

86. Logo, **o que se tributa a partir do art. 74 é, indiscutivelmente, o lucro**: ***(i)*** **seja pela redação categórica do dispositivo ao se reportar a essa grandeza,** ***(ii)*** **seja porque determina "*a simples adição dos resultados estrangeiros aos lucros apurados no Brasil*"** (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 438), ***(iii)*** **bem como porque se mostra neutra a incidência do método de equivalência patrimonial.**

87. Como criticado por Schoueri, **o método de equivalência patrimonial trata de técnica contábil para verificar o reflexo dos investimentos nas empresas controladas, e não resolve a questão primordial da disponibilidade do valor**. Confira-se:

> "**Revela ignorar o fato de que o MEP não tem a função de apontar qualquer disponibilidade de renda para os acionistas. O MEP, enquanto técnica contábil, apenas avalia investimentos em coligadas e controladas sem implicar, por isso, disponibilização**.
>
> Mais do que isso: nos trechos apontados acima, fica claro que os referidos Ministros buscaram fortalecer as suas teses com base na premissa de que o MEP, enquanto sistemática de reconhecimento de variação patrimonial de investimentos em coligadas e controladas, representa uma forma legítima de se assegurar o respeito ao 'regime de competência', o qual, por sua

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

vez, somente vem a reforçar o fato de estarem os lucros disponíveis.

A fragilidade de tal premissa está justamente no reconhecimento de que 'regime de competência' e 'disponibilidade', assim como ocorre com o MEP, nem sempre caminham de mãos dadas e tampouco são conceitos que se confundem entre si."

(SCHOUERI, Luís Eduardo. *Lucros no Exterior e Acordos de Bitributação: Reflexões sobre a Solução de Consulta Interna nº 18/2013*. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 219, Dez. 2013, p. 69; destaques acrescidos).

88. O voto do e. Ministro Joaquim Barbosa é oportuno neste tema:

"O **MEP** está previsto na Lei das Sociedades por Ações e ele tem por **objetivo registrar contabilmente o reflexo do lucro auferido ou do prejuízo sofrido pela empresa que investiu** (a estrangeira controlada ou coligada) **na perspectiva patrimonial da empresa investidora** (a contribuinte controladora ou coligada). Trata-se de uma **forma de avaliação de investimentos**.

Essa avaliação de investimentos não reflete alterações definitivas nos ingressos patrimoniais do contribuinte investidor. Por exemplo, **a legislação tributária proíbe que o prejuízo apurado pela empresa estrangeira que investiu reduza o imposto de renda devido pelo contribuinte investidor (art. 25, § 5º, da Lei 9.249). Se o lucro da empresa estrangeira é suficiente para representar acréscimo patrimonial para o contribuinte brasileiro, a contrapartida de senso comum é o prejuízo representasse decréscimo patrimonial relevante para efeitos tributários**.

Segundo reporta a literatura técnica nacional, a aplicação do MEP às empresas controladas ou coligadas nacionais

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> **também é neutra para fins de imposto de renda**. Quer dizer, se um contribuinte nacional controla ou está coligado a outra empresa nacional, **o MEP não modifica o imposto de renda devido.** (...) Parece-me que **o MEP é útil para mensurar uma expectativa de aumento patrimonial**, proveniente das relações mantidas com a empresa em que se investiu, mas cuja confirmação depende de eventos cuja ocorrência é potencial."

89. A meu sentir, improcedem os argumentos trazidos no sentido de que o lucro da controlada estrangeira repercute como lucro próprio da controladora investidora, em razão da parcela positiva do investimento, conforme o método de equivalência patrimonial. **A lei brasileira (art. 74) jamais tributou o ajuste positivo de equivalência patrimonial, mas a mera adição de lucros na empresa controladora, indistintamente.**

90. O que se nota na evolução legislativa é mais uma acomodação de conceitos com o fito de tributar o lucro como mera *adição* ao balanço da controladora, conforme me referi à lição de Alberto Xavier. Tal qual previa o art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, remanesceu com o art. 74 a mesma **tributação automática dos lucros de empresas controladas no exterior**, haja vista a ideia da disponibilidade direta. O mesmo parece haver em relação à atual Lei nº 12.973, de 2014, que, em seu art. 77, revolve-se a um conceito da equivalência patrimonial ("*parcela do ajuste do valor do investimento*"), tal qual a IN nº 213, de 2002, **sem que substancialmente tenha sido alterada a materialidade da tributação: o lucro.**

91. Nesta linha, valho-me, uma vez mais, do extensivo trabalho doutrinário de Sérgio André Rocha, em citação de André Martins de Andrade, Lívia Pinheiro Lopes, Paulo Ayres Barreto e Caio Takano:

> "A mesma crítica foi feita por Paulo Ayres Barreto e Caio Augusto Takano. Em suas palavras, '**logo se vê ser**

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

absolutamente equivocada a interpretação de que a nova legislação não alcança os lucros das controladas e coligadas no exterior, mas apenas o seu reflexo no patrimônio da investidora, pelos resultados positivos da equivalência patrimonial. Trata-se de mero jogo de palavras, em tentativa de se camuflar uma tributação sobre os lucros no exterior, que conflita com o artigo 7º dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação'

Não divergem desta visão André Martins de Andrade e Lívia Pinheiro Lopes, conforme se infere da passagem abaixo transcrita:

> 'Quaisquer que sejam os quatro elementos hermenêuticos que se leve em conta (gramatical ou semântico, histórico, sistemático e teleológico), e, ainda mais, quando se combinam tais elementos em busca de uma harmonização do entendimento, **exsurge a toda vista a evidência de que a incidência em questão gira em torno do auferimento dos lucros que acabam por compor economicamente os resultados da investidora brasileira**, **e não em torno do recebimento (efetivo ou presumido) desses resultados**. **É que a própria base de cálculo** (aspecto quantitativo da hipótese de incidência), como já consagrado pelo STJ, **diz respeito à apuração dos lucros**, independentemente de o país de origem desses resultados permitir ou não sua distribuição integral.
>
> Ou seja, **verificada a impossibilidade de tributação de mero ajuste contábil de valor do ativo, sem supedâneo na disponibilização econômica ou jurídica dos valores correspondentes a este ajuste, há de concluir-se que o núcleo material da hipótese de incidência prescrita na Lei n. 12.973, artigo 77, só pode ser os lucros auferidos no exterior indiretamente pela sociedade controladora residente no Brasil**, os quais compõem-se exclusivamente dos lucros obtidos pelas

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

sociedades controladas estrangeiras, diretas ou indiretas.'

Parece-nos que a discussão sobre a inconstitucionalidade da tributação automática de lucros auferidos por empresa controlada no exterior segue inalterada, de modo que os mesmos argumentos que existiam para o questionamento do artigo 74 da MP 2.158, debatidos no item I.2 deste livro, são igualmente aplicáveis ao artigo 77 da Lei 12.973. **O regime novo, assim como o anterior, segue tributando como acréscimo patrimonial disponível uma mera variação da avaliação**, não definitiva, do investimento no exterior, que não configura renda ou proventos de qualquer natureza."

(ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 172-173; destaques acrescidos).

III.III. DA OPÇÃO BRASILEIRA PELOS TRATADOS BILATERAIS

92. Constatada a identificação do objeto da tributação (lucro da controlada ou coligada no exterior), emerge o conflito entre a norma nacional — *in casu*, art. 74 da MP nº 2.158 — e os acordos firmados pelo Brasil com Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo.

93. Como visto, e na esteira do decidido pelo STF no Tema RG nº 537 e na ADI nº 2.588/DF, é constitucional o art. 74 caso instalada a controlada em país com a tributação favorecida. Com efeito, **seria mesmo desarrazoado o Brasil permitisse a sustação de sua lei doméstica, quando presumido o propósito evasivo, ante a fixação de uma empresa controlada num paraíso fiscal.**

94. Nada impede, conquanto se possa questionar os benefícios ao País, que se faça um compromisso bilateral internacional com países com tributação favorecida e, assim, seja avençado acordo para tributação distinta das normas antielisivas nacionais.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

95. Tanto assim que, no acordo bilateral celebrado entre Brasil e Emirados Árabes Unidos (país com tributação favorecida conforme regulamentação brasileira), promulgado pelo Decreto nº 10.705/2021, constou expressamente, em seu protocolo: "*Fica entendido que as disposições da Convenção não impedirão que um Estado Contratante aplique sua legislação interna voltada a combater a evasão e elisão fiscais, incluindo as disposições de sua legislação tributária relativas a subcapitalização ou para evitar o diferimento do pagamento de imposto sobre a renda, tal como a legislação de sociedades controladas estrangeiras (legislação de 'CFC') ou outra legislação similar*".

96. O fato é, entretanto, que os próprios países com tributação favorecida ficam, no mais das vezes, alheios a esse concerto internacional voltado a evitar a evasão de capital - de que se beneficiam.

97. Lado outro, estão os acordos em que **o Brasil estipulou pactos para evitar a dupla tributação da renda**. Como transcrevi, foram acordos bilaterais firmados na década de 70, nos quais adotado o **princípio da residência para tributação exclusiva no Estado em que a empresa controlada esteja permanentemente fixada** (art. 7).

98. Uma vez pactuados, não se admite *(i)* o descumprimento do tratado de maneira unilateral pelo Brasil, ou *(ii)* a sua utilização abusiva pelas empresas em malversação do conteúdo do acordo internacional.

99. No primeiro ponto, cumpre observar a regra do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, internalizada no Brasil a partir do Decreto nº 7.030, de 2009, que prevê, basicamente, o princípio da *pacta sunt servanda* em âmbito internacional: "***Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado***. *Esta regra não prejudica o artigo 46*."

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

100. Em substancioso voto sobre a importância do adimplemento dos tratados, o e. Ministro Gilmar Mendes retrata, no julgamento do RE nº 460.320/PR, o escrutínio meticuloso de seu processo de pactuação e a assunção pelo Brasil de uma ideia de Estado Cooperativo como vetores para o adimplemento desses pactos. Confira-se:

> "No caso específico dos **tratados** para evitar a dupla tributação – como o acordo internacional em comento –, o Professor Klaus Vogel ensina, em clássico estudo, **que constituem meio pelo qual os Estados-partes se obrigam reciprocamente a não exigir, no todo ou em parte, tributos reservados ao outro Estado, criando verdadeira restrição ao direito tributário interno** - Beschränkung des innerstaatlichen Steuerrechts – (VOGEL, Klaus. 'Einleitung' Rz. 70/72 in VOGEL & LEHNER. Doppelbesteuerungsabkommen. 4ª ed. München: Beck, 2003. p. 137-138).
>
> Assim, tais acordos internacionais demandam um extenso e cuidadoso processo de negociação, com participação não só de diplomatas, mas de funcionários das respectivas administrações tributárias, de modo a conciliar interesses e a concluir instrumento que atinja os objetivos de cada Estado, com o menor custo possível para sua respectiva receita tributária.
>
> **Essa complexa cooperação internacional é garantida essencialmente pelo *pacta sunt servanda*.**
>
> (...)
>
> **Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, <u>principalmente quanto ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no</u>**

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

cenário internacional.

É precisamente o caso dos autos. Enquanto o acordo com a Suécia, ao menos em tese, permitiu a entrada de investimentos e de tecnologia – possivelmente por meio dos próprios contribuintes ora recorrentes –, a preponderância da legislação interna posterior desestimula o novo ingresso de capitais externos, gera insegurança dos investidores, dificulta a negociação de novos tratados não só com a Suécia, mas com todos os sujeitos de direito internacional, além de oportunizar eventuais retaliações em outras formas de cooperação." (grifos acrescidos).

101. É nesse sentido que também pontua Alberto Xavier, pela **sustação ou bloqueio da lei interna por força da celebração de um compromisso internacional**:

"Entretanto, na interpretação do ordenamento jurídico no seu conjunto a constitucionalidade, até hoje não impugnada, da Convenção de Viena e, em especial, do seu art. 27, é uma manifestação de abertura de atmosfera jurídico-política a uma versão mais propensa aos ideais do 'Estado Cooperativo', de que falou o Prof. Haberle, tantas vezes citados pelo Ministro Gilmar Mendes. Atmosfera essa que hoje se diria em inglês coloquia 'internationally friendly'.

A conclusão a que queremos chegar é que, ainda que se sustentasse que a Constituição de 1988 mantinha uma posição de neutralidade, equidistância ou indiferença em relação ao tema do lugar ocupado pelos tratados em ração às leis, ínsita na tese da 'paridade normativa', parece-nos que a inserção do art. 27 da Convenção de Viena no ordenamento nacional fez pender de modo decisivo a balança da neutralidade no sentido de reconhecer a constitucionalidade da supremacia hierárquica dos tratados e a impossibilidade de defender a sua inconstitucionalidade."

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

(XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 96).

102. Não bastasse a lucidez dessa compreensão, não é demais repetir que o próprio art. 25, § 6º, da Lei nº 9.249, de 1995, previa a manutenção de disposições anteriores — no que também se incluem esses tratados bilaterais.

103. No segundo aspecto, também não se pode anuir com o abuso dos acordos de tributação, hipótese em que utilizado um tratado com finalidade fraudulenta.

104. Alerte-se, de antemão, que **consequência natural da positivação de normas é a indução ou o desestímulo a determinados comportamentos**. É mandatório que o trabalho legiferante se efetive a partir de uma previsão dos efeitos potencialmente produzidos pela norma a ser posta ou retirada da ordem jurídica.

105. **Nos acordos que objetivam evitar a bitributação, seria um contrassenso ignorar a criação de um estímulo a empresas para que se instalem no país contratante, assim como para que estrangeiras invistam em terras brasileiras**. Não por outra razão, existe minuciosa ponderação anterior à aprovação desses tratados, não se podendo condenar, *a posteriori*, operações estruturadas pelo contribuinte para se beneficiar das vantagens oferecidas a partir de avenças contra dupla tributação (*treaty shopping*).

106. **Hipótese distinta é a organização da empresa de maneira artificiosa, voltada a camuflar resultados e, ao cabo, evadir seus recursos** a partir da possibilidade de instalação em país diverso, que será o único competente para a imposição tributária.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

107. A evidência, o art. 7 da convenções bilaterais, conquanto chancele a tributação apenas no país da residência permanente, contém ressalva no item 4 caso o estabelecimento permanente apenas se ocupe "*de comprar mercadorias para a empresa*" — hipótese que, obviamente, não se traduz num complexo operacional gerador de renda naquele país.

108. Em análise sobre os julgados do Carf, Luís Eduardo Schoueri e Raphael Assef Lavez tratam justamente do abuso de acordos de bitributação, nos quais, **especialmente em países com os quais o Brasil possua um tratado em vigor, e não se refiram a Estados com tributação favorecida, é mister a comprovação do intuito fraudatório**. Em acréscimo, sendo um tipo societário admitido na lei brasileira — e não ressalvado no acordo celebrado —, "*o simples fato de se tratar de uma* sociedade holding *e seus ativo limitar-se ao investimento em outras sociedades não basta, por si só, para fundamentar a acusação de falta de substância*". (SCHOUERI, Luís Eduardo; LAVEZ, Raphael Assef. *Abusos de acordos de bitributação na jurisprudência do Carf: o que os estados contratantes acordaram?*. In: *Tributação sobre a renda (IRPJ/CSLL).* Fredy José Gomes de Albuquerque (Coord.). Indaiatuba: Foco, 2022, p. 303).

109. Sergio André Rocha aponta, ainda, no multicitado julgamento da **ADI nº 2.588/DF**, que na oportunidade de aferição do voto-médio **não houve a declaração expressa da imperatividade dos tratados internacionais em detrimento do art. 74 da MP nº 2.158, conquanto atingida uma maioria de seis votos nesse sentido** :

> "Com efeito, em passagem já comentada de seu voto, o **Ministro Ayres Britto** chamou a atenção 'para o cumprimento dos mecanismos internos e dos tratados internacionais que têm por finalidade evitar a bitributação'. Ora, entendendo-se que o Ministro ressalvou expressamente a aplicação dos tratados internacionais e aplicando o mesmo sistema do voto médio aplicado no caso das controladas em paraíso fiscal e das

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> coligadas em país com tributação regular, chegaríamos a seis votos pela aplicação dos tratados. De fato, **a posição pela prevalência dos tratados está contida nos votos dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa.** Assim, pelo sistema do voto médio também teria sido alcançada a maioria de seis votos. Contudo, a despeito do exposto, há de se reconhecer que o STF não declarou expressamente a inconstitucionalidade do artigo 74 da MP 2.158 nos casos em que exista tratado internacional. Não tendo sido a matéria objeto de embargos de declaração, resta-nos aguardar uma eventual nova manifestação do Tribunal, ainda mais expressa, sobre a matéria."
>
> (ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 68; destaques acrescidos).

110. Convém ressaltar, ainda, que a doutrina é amplamente majoritária no sentido da abdicação expressa do Brasil de tributar a renda ou lucros por força dos pactos internacionais. Cabe destacar:

> "Com respeito aos países com os quais o Brasil tenha celebrado acordo para evitar a dupla tributação da renda, há que se aplicar o estatuído em cada tratado. **Nos termos do art. 7º da Convenção-Modelo da OCDE, reproduzido em todos os vinte e nove tratados atualmente em vigor no Brasil, há a renúncia da competência do país de residência do investidor em favor do país de domicílio da subsidiária para a tributação dos resultados auferidos pela referida subsidiária.**"
>
> (ANDRADE, André Martins de. *Por uma Interpretação da Tributação em Bases Universais Conforme a Constituição*. In: Direito Tributário e Ordem Econômica: Homenagem aos 60 Anos da ABDF. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 688; destaques acrescidos).

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

"**Na combinação dos dispositivos constantes dos art. 7º e 10 da CDT, exsurge o impedimento à tributação de lucros ou dividendos antes de sua efetiva distribuição, sob condição de disponibilidade então qualificada como 'dividendo pago', como medida para eliminar eventual dupla tributação ou tratamento discriminatório**, que são os fins primordiais desses tratados."

(TÔRRES, Heleno Taveira. *Tributação de Controladas e Coligadas no Exterior e seus Desafios Concretos*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Direito Tributário Internacional Aplicado: VI Volume. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 435-436; destaques acrescidos).

"Portanto, **consoante os tratados que seguem a Convenção Modelo, os lucros de uma sociedade (ainda que 'aparente') só poderiam ser tributados no outro Estado (o da residência do sócio) se a sociedade tivesse um estabelecimento permanente** neste – o que não é o caso na situação analisada."

(MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos Lucros das Coligadas e Controladas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 128; destaques acrescidos)

"Consequentemente, **uma legislação das CFCs, que institua a tributação dos lucros da sociedade investida – desconsiderando a sua personalidade jurídica ou considerando-a transparente para esse fim específico –, é claramente contrária ao artigo 7º, parágrafo 1º, da Convenção Modelo, por extrapolar a competência tributária que lhe foi conferida pelo tratado**."

(BIANCO, João Francisco. *Transparência Fiscal*

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> *Internacional*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 149; destaques acrescidos).

111. Argumento contrário que ainda remanesce é aquele atinente às próprias orientações dadas pela OCDE sobre convenções-modelo, o que se verá, ainda assim, não acode à Fazenda Nacional no caso dos autos.

III.IV. AS EVOLUÇÃO DAS CONVENÇÕES-MODELO PELA OCDE

112. Muito se argumenta sobre a posição apresentada pela OCDE em relação ao modelo das convenções bilaterais, no qual encontramos o comentado art. 7, relativo à bitributação da renda, bem assim o art. 10, concernente à bitributação dos dividendos (abalizado pelo Supremo no RE nº 460.320/PR).

113. Posições contrárias ao *bloqueio* de normas domésticas, no mais das vezes, encontradas no âmbito dos julgamentos administrativos do Carf, apontam que a própria OCDE afirma que a legislação CFC não conflita diretamente com os acordos bilaterais.

114. *Prima facie*, é necessário ter em mente que os acordos bilaterais possuem suas peculiaridades, ainda que partam de uma modelagem prévia. Logo, é fundamental ter como ponto de partida para se elaborar alguma "máxima" o texto específico do acordo bilateral a respeito do qual se faz tal conjectura. Vale advertir, no ponto, que o esforço interpretativo sobre um compromisso internacional deve se ater a um contexto, sem buscar emendá-lo por uma suposta redução teleológica (v. VOGEL, Klaus. *Abkommensvergleich als Methode bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsbkom-men.* In: *Steuerberater-Jahrbuch*. V. 84, pp. 375-377).

115. Outrossim, cumpre salientar que os comentários da OCDE **não ostentam qualquer efeito vinculante**, embora possam auxiliar na

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

comentada contextualização dos tratados.

116. Em recente estudo sobre as regras antiabuso nos tratados que evitam a dupla tributação, Raphael Lavez aponta para uma guinada de orientação de extrema sensibilidade na OCDE a partir de 2003.

117. Até então, a organização internacional reportava-se ao "*uso apropriado*" das convenções com o fito de **promover as trocas e serviços mediante a eliminação da dupla tributação internacional, tal qual a circulação de bens e pessoas, sem, todavia, abrir caminho para a elisão e a evasão.**

118. Em 2003, todavia, passou a OCDE a se pronunciar pela "*contenção à elisão (tax avoidance), e à evasão (tax evasion) fiscais*", elevada ao *status* de objetivo principal dos compromissos de bitributação; a par dos demais objetivos até então propalados. Buscava-se obter, conforme aponta Lavez, uma regra interpretativa (não expressa) inerente a todos os tratados, o que **recebeu reservas expressas de países como Luxemburgo, Irlanda, Portugal, Holanda e Suíça**. (cf. LAVEZ, Raphael. Tese de Doutorado: *Regras Gerais Antiabuso nos Acordos de Bitributação à luz dos Princípios da Igualdade e do Devido Processo Legal*. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023, p. 48-50).

119. No ponto, cumpre observar que **os tratados anteriores a essas alterações de orientação da OCDE foram idealizados a partir de sua concepção anterior, e não poderiam ter seu significado transmutado por uma mudança de paradigma da organização <u>não acompanhada por uma alteração literal do texto dos acordos</u>**. Conforme remissão ao escólio de Vogel, não é dado alterar o texto sob o intento de produzir drástica redução teleológica.

120. Ademais, é certo que, com o projeto **BEPS** (*Base Erosion and Profit Shifting*), de 2015, a OCDE passou a estimular não só a alteração dos

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

tratados para inclusão expressa de regras gerais antiabuso (*principal purpose test*), como também regras de limitação de benefícios (*limitation on benefits*).

121. Em vista dos inúmeros tratados bilaterais existentes, a OCDE sugeriu uma Convenção Multilateral para Implementação de Medidas para Prevenir a Erosão da base Tributável e a Transferência de Lucros, ao que, porém, **não aderiu o Brasil.** (SCHOUERI, Luís Eduardo; LAVEZ, Raphael Assef. *Abusos de acordos de bitributação na jurisprudência do Carf: o que os estados contratantes acordaram?*. In: *Tributação sobre a renda (IRPJ/CSLL).* Fredy José Gomes de Albuquerque (Coord.). Indaiatuba: Foco, 2022, p. 312).

122. A opção é entendida como **a intenção de o Brasil renegociar individualmente os tratados bilaterais, ao invés de buscar harmonizar os propósitos perante um universo multitudinário de Estados**. A propósito, o Brasil fez tal renegociação nos acordos pactuados com Argentina e Suécia. Enquanto que, com Suíça, Emirados Árabes Unidos e Singapura, foram celebrados novos tratados após o projeto BEPS.

123. Logo, remanescem com o art. 7, tal qual supratranscrito, os acordos bilaterais firmados entre o nosso País e Luxemburgo, Bélgica e Dinamarca — neste último caso, inclusive, houve uma renegociação sem a alteração do art. 7, e sem qualquer inclusão de cláusula voltada especificamente ao propósito antielisivo.

124. Cumpre anotar que a falta dessas cláusulas não se traduz em legalismo exacerbado, visto que não se defende, em qualquer situação, a malversação dos tratados de cooperação econômica. Essa hipótese, reitero uma vez mais, está abrangida pelo que decidiu o STF quanto à constitucionalidade do art. 74 na ADI nº 2.588/DF.

125. Porém, à falta de alteração expressa dos tratados bilaterais, não

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

se pode, por um mero esforço internacional sem adoção do Brasil, subverter o que pactuado - o que, repito, em nada diz com a aceitação da evasão de capitais brasileiros.

126. Ademais disso, **a se alterar retroativamente a interpretação de um tratado, além de interpretação *contra legem*, estar-se-ia a frustrar a confiança dos países e das empresas que pautaram suas decisões naqueles tratados** — sobre os quais nem sequer há notícia de renegociação.

III.V. O ART. 74 COMO NORMA DE CFC

127. Ainda, muito se questiona a respeito do posicionamento da OCDE quanto à inexistência de antagonismo dos tratados bilaterais com as normas CFC dos demais países.

128. A doutrina nacional, conforme pontuei acima (*v.g.* Tôrres, Xavier), nem sequer considera o art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, e o art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, como normas CFC.

129. Mais do que se imiscuir no debate sobre a classificação da norma brasileira, não se pode transportar todos os comentários da OCDE diretamente ao caso do Brasil, visto que, de modo indiscutível, nossa lei é muito distinta da legislação estrangeira - relembre-se, expressamente pautada no critério da localização (método de localidade) e no critério da natureza das rendas — passivas — (método de transação).

130. Nesta linha de intelecção, a tese trazida por Sergio Rocha:

> "Com efeito, independentemente de serem qualificadas como CFC, ou não, **as regras brasileiras certamente não foram consideradas como típicas regras CFC pelos referidos Comentários**.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> De fato, como já ressaltamos, a maioria dos países membros da OCDE não pode incluir em sua legislação regras com o alcance da regra brasileira, uma vez que elas seriam contrárias às liberdades funda mentais da União Europeia.
>
> **Está claro que os Comentários da OCDE e da ONU não tinham como paradigma modelos como o brasileiro. Esse fato é ressaltado no Relatório da Ação 3 do Projeto BEPS, que demonstrou grande preocupação com os limites para a adoção de regimes CFC pelos países da União Europeia**.
>
> Assim sendo, nossa conclusão neste capítulo é que, de um lado, as regras brasileiras de Tributação em Bases Universais são regras CFC. Porém, de outro lado, **tal caracterização não afasta, de forma alguma, a interpretação de que os Comentários da OCDE e da ONU às suas Convenções Modelo não consideraram sistemas como o brasileiro em sua formulação**."
>
> (ROCHA, Sergio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 3ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 384; destaques acrescidos).

III.VI. DA EXTRAFISCALIDADE DOS ACORDOS BILATERAIS

131. Não por acaso, o Brasil firmou os multicitados acordos bilaterais, em sua maior parte, nas décadas de 70 e 80. O País abria suas fronteiras para receber crescentes aportes de investimentos mundiais.

132. Com pujante mercado consumidor, mão de obra suficiente, e amplos espaços territoriais com vasta gama de riquezas naturais e energéticas — que recebiam grande investimento estatal, na época —, o País tinha muito a arrecadar com a chegada de novas empresas.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

133. Uma vez positivado o critério (ou princípio) da residência para a tributação, tenderia o País a aumentar sua fonte arrecadatória a partir de empresas transnacionais e, ainda assim, viabilizar a expansão das companhias nacionais no estrangeiro.

134. É claro que a equação não é simples, porque as variáveis dependem do país com os quais se estipularão tais cláusulas, se interessantes ao fomento das atividades nacionais, e, ainda, se proveitoso o acolhimento de empresas multinacionais em nosso mercado interno.

135. Nada obstante, como afirmei, **muito tinha (e tem) a ganhar o País com a tributação de multinacionais aqui estabelecidas, sendo certo, porém, que se abre mão de parcela da arrecadação sobre as empresas nacionais, com vistas ao recebimento do capital, do produto e da tecnologia das estrangeiras**. **E é justamente neste contexto que se insere o trecho do voto supracitado do e. Ministro Gilmar Mendes no caso da tributação de dividendos da Volvo em nossas divisas (RE nº 460.320/PR)**.

136. É de clareza solar a colocação feita pelo e. Ministro Marco Aurélio neste aspecto, quando do julgamento da ADI nº 2.588/DF, *in verbis:*

> "**Que estímulo é esse a investimentos no exterior, à busca de divisas? Tem-se, sim, inoportuna, descabida e inconstitucional voracidade fiscal, na contramão do almejado crescimento das empresas brasileiras, da necessária, porque salutar, projeção do Brasil no cenário internacional. A imposição tributária em análise, além de fugir ao figurino próprio, é um contra-senso, nada tendo de razoável**.
>
> **Esta ação, o pedido veiculado, longe está de visar à redução da hoje insuperável carga tributária, mas ao afastamento de distorção a colocar em xeque o próprio**

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> **sistema do imposto de renda, isolando as empresas, forçando-as a recuo considerada a presença indireta no exterior, inibindo-as na atuação sempre bem vinda no plano internacional**.
>
> Hoje o Brasil está no 65º lugar no ranking da competitividade internacional. **Se a empresa é obrigada a recolher o tributo sem o aporte da renda em seu balanço, sem a disponibilidade, certamente terá que tirar o numerário respectivo de algum lugar, perdendo, ante a inexistência de ônus sem contrapartida, mais e mais, a competitividade**. E ainda se fala em pacto federativo visando à tão esperada reforma tributária. Para tanto, desnecessário é ir ao fundo do poço. A visão que desaguou na medida provisória, na instituição de novo tributo ou fato gerador via tal instrumento, quando o normal seria lei complementar, na distorção vernacular do que se entende como disponibilidade econômica ou jurídica de renda, **alcançando como tal o antônimo, a indisponibilidade,** em contrariedade ao arcabouço normativo próprio – artigos 146, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, 43 e 110 do Código Tributário Nacional –, **mostrou-se de miopia cegante, apenando não os sonegadores, no que sempre encontram meio de driblar o burocrático fisco, mas empresas sérias que buscam projetar, com inegáveis riscos e sacrifícios, além das fronteiras nacionais, o nome do Brasil, tornando-o merecedor da consideração e respeito internacionais**."

137. Com relação às interpretações feitas pela OCDE e, agora, por este órgão máximo do Judiciário brasileiro, **considera-se uma espécie de *tempus regit actum* para a aplicação dos tratados no contexto interpretativo dentro do qual efetuadas as pactuações, e verificados os fatos geradores no caso concreto**.

138. Frustra-se, em eventual reviravolta, a própria confiança do

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

contribuinte em face da alteração interpretativa açodada, quando, relembro, a literalidade dos tratados direciona ao bloqueio das normas internas tributantes do lucro.

139. A gravidade de se admitir um descumprimento está tanto para o relacionamento internacional público, considerados os países com os quais foram assinados os acordos, como para a legitimação privada, a afugentar o investimento externo ante o claro aceno à volatilidade de nossas instituições.

140. Ainda, é perniciosa a postura não apenas em relação aos próprios contribuintes, como também ao próprio Estado de Direito. A doutrina tributária moderna tem se debruçado sobre a **confiança** como princípio que, na sua dimensão subjetiva, tem a **função instrumental de resguardar os direitos fundamentais de liberdade do cidadão-contribuinte** e, na sua vertente objetiva, opera com **função estruturante do Estado de Direito enquanto Estado de Confiança, ou seja, resguarda a própria credibilidade do sistema jurídico-tributário**. Nesse último caso, atua como pilar da **moralidade administrativa** e **garantia do Estado de Direito**, de modo a objetivar a ordem jurídica com credibilidade suficiente para não desconstituir comportamento induzido ao contribuinte à sombra do ordenamento jurídico vigente. (SILVA, Rômulo Cristiano Coutinho da. Tese de Doutorado: *O princípio da proteção da confiança em face das alterações legislativas em matéria tributária*. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2024, p. 83-94; 138-197).

IV. Conclusões

141. Numa discussão tão sensível e complexa, normalmente, é mais simples criticar do que, efetivamente, assentar uma solução. Mas ao STF, como a qualquer outro órgão jurisdicional, não é dado lançar dúvidas, mas dirimi-las. Por isso, valho-me do distanciamento crítico-temporal de assentadas anteriores deste Pretório Excelso, sem classificar com o menor

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

desdouro posicionamentos pretéritos (e atuais) externados nesta ou em outras Cortes. Ainda, ressalto, que não estou aqui a propor o rejulgamento de quaisquer ações anteriores, mas apenas a deduzir minhas conclusões no que tange ao caso concreto especificamente.

142. Como balizei acima, entendo, primeiramente, que a discussão se restringe a um **debate eminentemente infraconstitucional**, no que tange à aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, em confronto com o art. 7 dos tratados bilaterais firmados entre Brasil e Dinamarca, Bélgica e Luxemburgo (respectivamente, Decreto nº 75.106, de 1974; Decreto nº 72.542, de 1973; e Decreto nº 85.051, de 1980).

143. A aplicação dessas normas, ainda, pressupõe um debate sobre institutos legais, atinentes à técnica da tributação, como o método de equivalência patrimonial, previsto no art. 248 da Lei nº 6.404, de 1976, na Instrução Normativa nº 213, de 2002, Lei nº 12.973, de 2014, além da técnica para se conhecer a incidência dos tratados internacionais perante a lei brasileira — que não diz sobre uma questão constitucional imediata.

144. Entretanto, caso se possa entrever uma questão constitucional diretamente ligada ao assunto, talvez, com relação à internalização dos tratados internacionais à luz do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, analisa-se a situação concreta em seu mérito.

145. Com o fenômeno globalizante, no qual se verifica a circulação de capitais e pessoas para além das fronteiras nacionais, surgiu a preocupação dos Estados em salvaguardar a arrecadação fiscal de suas empresas, eventualmente, seduzidas por países com baixa ou nenhuma tributação (*paraísos fiscais* ou *países com tributação favorecida*).

146. Neste mister, os Estados passaram a produzir regras de incidência específica aos casos em que suas matrizes nacionais passassem a se instalar no estrangeiro, principalmente, *(i)* quando voltadas a

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

repassar uma **renda passiva** (juros, dividendos, *royalties*) a qualquer pessoa do globo e *(ii)* **quando instaladas naqueles países com tributação favorecida**.

147. Diferentemente da legislação brasileira, esses países formularam suas regras *Controlled Foreign Companies* (CFC), para **empresas controladas que incidissem nesses comportamentos específicos, voltados a um expediente artificioso de evadir recursos, camuflar lucros, e diferir indeterminadamente o recolhimento fiscal**.

148. No Brasil, por sua vez, o **art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, e art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001**, **não carregam critérios para uma tributação excepcional**, em hipóteses em que se possa presumir o intuito elisivo (ou evasivo). Diz-se que as normas nacionais ostentam uma forma de tributação da renda em *full inclusion* dos lucros auferidos por empresas coligadas ou controladas no exterior. Basta, segundo tais normas, a adição dos lucros obtidos no estrangeiro pelas controladas, ao balanço de suas controladoras radicadas no Brasil, o que foi denominado de "Tributação em Bases Universais".

149. Conquanto se argumente, a tributação do IRPJ e da CSLL ocorreria sobre a matriz nacional pela simples adição ao seu balanço do lucro das controladas ou coligadas (diretas) no estrangeiro, como é o caso da Vale do Rio Doce, em relação a suas controladas na Dinamarca, Bélgica e Luxemburgo.

150. O fato é que, **o Brasil possui tratados internacionais com esses três países, datados dos anos de 1970, que preveem o bloqueio da tributação da renda pelo país da *fonte*, quando a companhia possuir um *estabelecimento permanente* no outro país contratante**. São acordos bilaterais feitos nos termos das Convenções-Modelo da ONU e da OCDE, que, expressamente, visam evitar a bitributação.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

151. A regra, no que se refere ao caso concreto, está inscrita no art. 7, dessas convenções-modelo celebradas pelo Brasil:

> "1. Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis 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 na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente**.
>
> 2. Com ressalva das disposições do parágrafo 3, quando uma empresa de um Estado Contratante exercer sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado, serão atribuídos em cada Estado Contratante a esse estabelecimento permanente os lucros que obteria se constituísse uma empresa distinta e separada, exercendo atividades idênticas ou similares, em condições idênticas ou similares, e transacionando com absoluta independência com a empresa de que é um estabelecimento permanente." (destaques acrescidos).

152. A celeuma está em saber se o referido art. 7 obstrui a aplicação das normas domésticas voltadas a tributar, em *full inclusion*, a renda e o lucro das controladas ou coligadas no exterior.

153. Afirmou-se que, com a adoção do método de equivalência patrimonial, técnica contábil que identifica uma possível e vindoura variação (acréscimo ou decréscimo) do patrimônio a partir do "*ajuste do valor do investimento no exterior em filial, sucursal, controlada ou coligada*" (art. 7º, IN nº 213, de 2002), não haveria conflito entre a aplicação dos tratados bilaterais. Isso porque, ao contrário dos tratados (que visam evitar a dupla tributação dos lucros), estar-se-ia a norma nacional a tributar apenas a variação patrimonial refletida na matriz nacional a

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

partir do lucro das estrangeiras.

154. Entretanto, não é o que consta da expressa redação do art. 25 da Lei nº 9.249, de 1994, nem mesmo do art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, que veio a reforçar o texto do primeiro, *in verbis*:

> L. 9.249/95. Art. 25. "Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano."

> "Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei no 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."

155. O fato é que o art. 25, § 6º, ainda previa a manutenção da aplicação do Método de Equivalência Patrimonial nos moldes das leis anteriores ainda vigentes ao tempo de sua promulgação ("*§ 6º Os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º*").

156. Neste esteio, é certo que **a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial, como instrumento de avaliação contábil de empresas estrangeiras em relação ao patrimônio da matriz nacional, não refletiria base de cálculo diversa que o próprio lucro ou renda das empresas**. Isso porque sua aplicação é de **neutralidade** em relação ao

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

lucro real tributável pelo IRPJ e pela CSLL, dado que, em sua sistemática, por exemplo, excluem-se valorações como variação cambial no exterior, mutações patrimoniais das controladas.

157. Por isso, **a lei nacional apenas visa (e visou) a tributação do lucro, hipótese expressamente obstada pelos acordos internacionais bilaterais firmados pelo Brasil** com aqueles três Estados analisados no caso concreto.

158. É irrelevante para a hipótese os comentários que a OCDE faz sobre as regras CFC. A uma, porque o Brasil possui uma legislação muito distinta do padrão de regras CFC encontradas nos demais países — reitero, em sistema de *full inclusion*. A duas, porque, ainda que encontrada alteração nos comentários da OCDE, especialmente a partir de 2003, **os acordos bilaterais não sofreram expressa alteração em seu texto — e, ademais, os fatos geradores do caso ocorreram em momento anterior a essa guinada interpretativa da OCDE**, que, antes, afirmava que as normas CFC visavam ao comércio internacional e, em segundo plano, o caráter antielisivo, daí por que se entende pelo conflito do art. 7 com as normas CFC em determinados casos.

159. Não estou aqui a admitir qualquer leniência com o ardil de empresas que buscam maquiar seu lucro no exterior, ou, ainda, instalarem-se em paraísos fiscais, apenas, com o intuito de evadir suas divisas para serem tributadas nesses locais. Para tais casos, a questão se resolve pela aplicação do que decidido pelo STF na ADI nº 2.588/DF e no tema RG nº 537, atinente à constitucionalidade do art. 74 da MP na hipótese em que a controlada esteja fixada em país com tributação favorecida. *In verbis*:

> "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

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/05/2024 08:27

> fiscais adequados, sendo inconstitucional o parágrafo único do mesmo dispositivo legal, o qual não incide sobre os lucros apurados até 31.12.2001."

160. A respeito do julgamento, a doutrina aponta que foi alcançada a maioria de seis votos quanto ao bloqueio do art. 74 pelo art. 7 dos acordos internacionais bilaterais, em que pese não constar do voto-médio aprovado pela Corte.

161. Fato é que, como manifestado pelo e. Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 460.320/PR, o Brasil atrai investimentos ao pactuar acordos como os presentes. Eventual redução na arrecadação da tributação sobre matrizes nacionais compensa-se com o influxo de multinacionais estrangeiras que aqui se instalam.

162. Ao se afastarem os efeitos do art. 7 desses tratados, além do inadimplemento unilateral do pacto, frustra-se a confiança dos contribuintes que estruturaram suas operações à luz da legislação e da interpretação sobre ela vigentes ao tempo de suas operações.

163. Dessarte, e por qualquer ângulo que se possa visualizar a questão, não colhe razão ao recurso da União.

164. Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental**. Deixo de fixar a verba honorária de sucumbência, nos termos do enunciado nº 512 da Súmula do STF.

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**
Relator