Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão da lavra do Ministro Marco Aurélio, que negou seguimento a recurso extraordinário interposto pela União, contra acórdão proferido pelo STJ, que trata da incidência de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro (CSLL) sobre lucros auferidos por empresa situada no Brasil (VALE S.A.) por intermédio de empresa controlada sediada no exterior.

Adoto o relatório elaborado pelo atual relator, Ministro André Mendonça, o qual votou pela negativa de provimento ao agravo regimental.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia constitucional e desde logo esclareço, com a máxima vênia, ter uma compreensão distinta daquela exposta pelo eminente relator.

I – DA LEGISLAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO DE LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR

Inicialmente, vale salientar que o tema de fundo da presente ação – validade de norma que dispõe sobre tributação de lucros auferidos no exterior – é considerado um dos mais intricados no âmbito da tributação da renda, em especial, da tributação internacional.

Um dos motivos de tamanha complexidade reside no fato de que se trata de uma legislação de um país que impõe tributação sobre lucros que ainda não foram distribuídos à empresa residente em seu território e que, portanto, encontram-se localizados em outra jurisdição. Lida-se, assim, com ao menos duas empresas com personalidades jurídicas próprias e jurisdições diferentes, além de uma norma que impõe tributação sobre uma renda que está fisicamente localizada no exterior.

Cientes dessa dificuldade, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca dos princípios que norteiam a atuação estatal no tocante à tributação internacional, esta entendida como relações tributárias que se submetem a mais de uma ordem jurídica soberana.

Em se tratando de tributação direta, isto é, aquela que incide sobre a renda e na qual os ônus tributário e econômico recaem sobre a mesma pessoa, fala-se dos princípios da universalidade e da territorialidade.

De acordo com o princípio da universalidade (*worldwide income*

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

taxation), tributa-se toda a renda e patrimônio do contribuinte que tenha relação pessoal – ou subjetiva – com determinado país, tal como nacionalidade ou residência, independentemente do local em que a renda é obtida ou de onde o bem se encontra. Segundo Heleno Torres, "*[j]ustifica-se, assim, a ultraterritorialidade do alcance das normas de Direito Tributário Internacional, para atribuir aos respectivos contribuintes – conexos pessoalmente – as correspondentes obrigações tributárias formadas a partir de fatos imponíveis constituídos mesmo sobre as fontes redituais localizadas no exterior*." (Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 87-88).

Por seu turno, a tributação baseada no princípio da territorialidade ou da fonte (*source income taxation*) é restrita aos bens localizados em determinado território ou à renda obtida nesse mesmo espaço geográfico. Isto é, exige-se um vínculo – ou elemento de conexão – objetivo entre o fato tributário e a jurisdição tributante.

Conforme esclarece Michel Lang, "*Sob muitos sistemas tributários domésticos, a renda mundial de uma pessoa é tributada se existir uma conexão pessoal próxima entre a pessoa tributável e o Estado (princípio da universalidade). Isso é chamado de responsabilidade tributária plena. No entanto, se a conexão for fraca ou consistir apenas de fatores objetivos, somente a renda obtida nesse estado é tributada (princípio da territorialidade). Isso é chamado de responsabilidade fiscal limitada*."[1](LANG, Michael. Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. 2 ed. Wien: Linde, 2013, p. 27/28).

É certo que a opção entre um ou outro princípio, ou regime tributário, é exclusivamente política e baseada nos interesses que o país pretende proteger. Ademais, é natural os países adotarem um ou outro princípio a depender da situação concreta. Fala-se, assim, em princípios complementares, em que a universalidade funciona como um critério que viabiliza a tributação de rendimentos que estão localizados fora da jurisdição tributante. Nesse sentido, o Brasil adota o princípio da territorialidade, quando tributa a renda de um não residente, e o da universalidade, quando se trata de residentes brasileiros.

Conforme bem alertado por Heleno Torres: "*A escolha do princípio de*

1 No original: "under many domestic tax law systems, a person´s worldwide income is taxed if a close personal connection exists between the taxable person and the state (universality principle), This is called full tax liability. However, if the connection is weak or consist only of objective factors, only the income earned in that state is taxed (principle of territoriality). This is called limited tax liability."

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

conexão da universalidade, em alternativa ao da territorialidade 'pura', depende de variáveis de política fiscal muito complexas e responde aos interesses de oportunidade e conveniência à estrutura administrativa, tributária e financeira do Estado, com fundamentação ao alcance de fatos constituídos no exterior" (Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 91).

Destarte, é justamente o princípio da universalidade, plenamente aceito e aplicável internacionalmente, que justifica a edição de normas tais como a contestada na presente ação, em que se computa o resultado positivo (ou lucro) da empresa relacionada no exterior (controlada ou coligada) no resultado da empresa investidora brasileira. No caso brasileiro, o sistema tributário adota o critério da residência para fins de tributação universal corporativa. Em sendo assim, uma pessoa jurídica residente no Brasil deve reportar ao Brasil todo o seu rendimento auferido mundialmente.

Feita essa contextualização do tema, calha transcrever o já revogado art. 74 da MP 2.158-34/35, de 2001, contestado na presente ação:

> "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."

A referida norma, portanto, determina a tributação imediata na empresa investidora brasileira dos lucros auferidos pela empresa investida estrangeira em situações nas quais a empresa brasileira tenha participação societária de modo a caracterizar controle ou influência significativa, conforme definido pela legislação societária brasileira.

Para tanto, utiliza-se do método de equivalência patrimonial (MEP) como forma de calcular os valores a serem computados na empresa investidora brasileira. Essa avaliação do investimento em coligadas e controladas por meio do MEP já era prevista no art. 248 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), o qual assim dispõe:

> "Art. 248. No balanço patrimonial da companhia, os investimentos em coligadas ou em controladas e em outras sociedades que façam parte de um mesmo grupo ou estejam

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

> sob controle comum serão avaliados pelo método da equivalência patrimonial, de acordo com as seguintes normas:
>
> (...)
>
> **II - o valor do investimento será determinado mediante a aplicação, sobre o valor de patrimônio líquido referido no número anterior, da porcentagem de participação no capital da coligada ou controlada;"** (realce atual)

Referido método era até então neutro do ponto de vista tributário, servindo apenas como forma de aferir contabilmente o valor do investimento de uma empresa quando ela possuísse participação em outra. Por meio do MEP, o investimento em outra empresa é inicialmente reconhecido pelo valor de custo e, a partir de então, é ajustado para refletir os resultados obtidos pela empresa investida, proporcionalmente ao valor da participação da investidora. (Pronunciamento Técnico do Comitê de Pronunciamentos Contábeis 18 – R2).

Nesse sentido, o artigo 25 da Lei 9.249/1995 estatui que:

> "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. (Vide Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)".

Em resumo, o MEP calcula o valor do investimento em empresa controlada ou coligada no exterior consoante a participação da empresa brasileira na empresa estrangeira, independentemente de efetiva distribuição da renda. Até então, a aplicação do referido método não produzia consequências tributárias, mas esse cenário foi alterado com a edição da Medida Provisória 2.158-34/35, de 2001. Na didática expressão do Ministro Nelson Jobim quando do julgamento da ADI 2.588, "*[a] legislação tributária, com o objetivo de tornar eficaz a TRIBUTAÇÃO EM BASES UNIVERSAIS, tomou de empréstimo o regime da legislação comercial*."

Naturalmente, a imposição de referida tributação instalou verdadeira celeuma no âmbito empresarial, eis que os valores discutidos são extremamente vultosos. A esse respeito, conforme informação da Receita Federal do Brasil (Nota Cetad/Coest 14, de 2 de fevereiro de 2023), o impacto econômico-financeiro da matéria ora em julgamento é da ordem de R$ 142,5 bilhões, levando em consideração os anos de 2017 a 2021, e de R$ 28,5 bilhões anuais futuros.

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

Passou-se, então, à discussão de que esse tipo de tributação antecipada só deveria ocorrer em casos nos quais o intuito de elisão fiscal estivesse presente, uma vez que a regra deveria ser a consideração individualizada de cada entidade jurídica. Por meio desse raciocínio, amplamente aceito na doutrina brasileira, a tributação antecipada apenas deveria ocorrer de forma excepcional e não como regra.

A esse respeito, deve-se reconhecer que uma das maiores dificuldades em definir os contornos interpretativos em torno desse tipo de legislação – que pode ser denominada simplesmente de tributação em bases universais (TBU), de normas de tributação de lucros auferidos no exterior ou, para alguns, de CFC, sigla de *controlled foreign company* (que, em tradução para o português, seria sociedades estrangeiras controladas) – é a falta de consenso em torno do seu próprio conceito.

Isso porque, desde a sua origem, houve uma disputa em torno de uma característica importante desse tipo de legislação, qual seja, se ela seria uma norma direcionada ao combate de arranjos que buscam retardar a repatriação de recursos para fins de economia tributária, ou se é uma mera regra doméstica de atribuição de renda auferida no exterior. Na primeira situação, haveria um intuito antielisivo, enquanto que, na segunda, haveria um objetivo primordialmente arrecadatório, de tributação em bases universais.

Em outras palavras, a primeira corrente, a qual é adotada massivamente pela doutrina brasileira, argumenta que uma legislação só poderia antecipar a tributação para um momento anterior à efetiva distribuição da renda caso o intuito fosse combater a elisão fiscal. Essa linha de pensamento entende que

> "a tributação dos rendimentos localizados no estrangeiro, que formalmente pertencem a outra pessoa jurídica, é justificada pela existência de uma tentativa de fuga de capital por parte de um contribuinte nacional (OCDE, 2015a, p. 23; Prebble, 1987, p. 5). A lógica por trás desta posição é a de que a renda de empresas estrangeiras deve ser tratada como separada da empresa relacionada doméstica, exceto se houver uma razão justificável para considerar o contrário." (FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. A legislação brasileira de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior: momento para mudanças. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 26, n. 139, Maio/Ago. 2024 , p. 377).

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

De seu turno, a segunda forma de enxergar essa tributação é caracterizá-la como uma regra antidiferimento, a qual evita que a tributação seja postergada para o momento em que a empresa investida resolva remeter os rendimentos para a sua correlacionada no Brasil. Essa corrente doutrinária,

> "considera a legislação CFC como uma mera regra de atribuição doméstica que estabelece quais os tipos de renda estão dentro da base tributária de um determinado país (Lang, 2003, p. 53-54). Em conformidade com este entendimento, a promulgação desse tipo de legislação pode ser vista como uma extensão da base tributária nacional, a fim de incluir uma renda de uma sociedade estrangeira que é controlada por acionistas nacionais. Portanto, o elemento essencial que caracteriza a legislação CFC como tal é a forma como ela funciona, e não o objetivo da legislação. Ou seja, uma regra nacional deve ser classificada como CFC, desde que atribua ao respectivo controlador nacional uma renda que formalmente pertence a uma sociedade estrangeira, e assim proceda com a tributação." (FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. A legislação brasileira de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior: momento para mudanças. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 26, n. 139, Maio/Ago. 2024 , p. 376).

Faço aqui uma pequena digressão no sentido de que esse tipo de legislação tem as suas origens nos Estados Unidos da América, tendo sido criada pelo Governo norte-americano em 1962, sendo conhecida como "Subpart F" Regime. Naquela ocasião, o então presidente Kennedy havia decidido conceber uma legislação ampla, que se consubstanciava em uma mera regra antidiferimento de tributação, em que restavam abarcadas todas as jurisdições e todas as rendas auferidas no exterior. No entanto, o Congresso norte-americano decidiu restringir o âmbito de aplicação dessa legislação, a fim de não prejudicar a competitividade das empresas norte-americanas quando atuarem no âmbito internacional. (US Office of Tax Policy Department of the Treasury."The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations". Washington, DC: 2000, Disponível em: https://home.treasury.gov/system/files/131/Report-SubpartF-2000.pdf, acesso em 1º.10.2024, p. 12-16).

Percebe-se, assim, que essa dicotomia entre a construção de uma norma de tributação de lucros no exterior mais ampla ou uma mais

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

focada em arranjos impulsionados por questões fiscais esteve presente desde a própria construção das normas CFC, sendo a opção por um ou por outro caminho dada por questões de política tributária.

A perplexidade desse tipo de norma reside no fato de que ela antecipa a tributação para um momento anterior ao da efetiva distribuição da renda para a empresa investidora. As normas CFC, como método que resulta na tributação imediata de lucros obtidos no exterior, têm como principal objetivo evitar o adiamento da tributação doméstica. Sem essas normas, o país de residência só poderia tributar esses rendimentos quando ocorresse a repatriação dos recursos por meio da entidade intermediária (como, por exemplo, o pagamento de dividendos). (MENDES, André; RAUSCH, Aluizio Porcaro. O Pilar 2 Da OCDE e As Normas CFC Brasileiras. *In*: **Tributação Internacional e Digitalização da Economia**. Coordenado por Sergio André Rocha. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 739)

Por conta dessa antecipação, fora acrescentado o §2º ao art. 43 do Código Tributário Nacional, a fim de dispor que:

> "Art. 43. O impôsto, de competência da União, sôbre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:
>
> (...)
>
> § 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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)".

Veja-se, contudo, que, ao fim e ao cabo, o que esse tipo de legislação faz é tributar a renda da empresa investidora brasileira, isto é, ela detalha como realizar a valoração de um investimento realizado no exterior por intermédio de uma empresa cujo controle ou influência significativa lhe pertence. Independentemente da existência de uma finalidade de coibir elisão fiscal, fato é que se trata de uma norma doméstica que dispõe como uma renda há de ser atribuída ao residente de seu país, com base no princípio da universalidade.

Conforme bem ressaltado pelo Ministro Dias Toffoli quando do julgamento do RE 541.090:

> "Coube à Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, na forma do § 2º do art. 43, CTN, estabelecer o

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

> momento em que se dará a disponibilidade de rendimentos oriundos do exterior para fins de incidência do imposto. (...) Note-se, pois, que a discussão gira em torno do conceito de disponibilidade, com vistas a aferir se, tal como constante na norma impugnada, a definição do momento (aspecto temporal) em que essa ocorre como fato jurídico suficiente à imposição tributária - por meio do IRPJ e da CSLL - estaria gerando a tributação de um lucro fictício e, consequentemente, desvirtuando a própria materialidade do tributo. (...)Partindo de tais lições, entendo que, no caso em apreço, o que fez o art. 74 da MP nº 2.158-35 foi alterar o momento em que o acréscimo patrimonial das pessoas jurídicas se dá para efeito de tributação, observando o regime de competência, o qual está fundado, no caso, na disponibilidade econômica ou jurídica, aferida por meio do balanço patrimonial. Esse, por sua vez, se destina a evidenciar, quantitativa e qualitativamente, numa determinada data, o patrimônio líquido da entidade, o qual, no caso das empresas controladoras/coligadas no País, deve observar a proporção da participação societária da empresa brasileira investidora nas empresas estrangeiras nas quais investe."

A esse respeito, inclusive, a atual legislação brasileira de tributação de lucros auferidos no exterior, a Lei 12.973, de 13 de maio de 2014, apesar de possuir alguns dispositivos que a tornam, comparativamente à legislação anterior, menos ampla, expressamente afirma que se trata de uma opção pela tributação em bases universais das pessoas jurídicas brasileiras.

Não pretendo reabrir a discussão em torno da constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35, eis que este já foi objeto de decisão por parte desta Suprema Corte, conforme explorarei melhor no próximo tópico. O intuito da digressão, portanto, é apenas bem contextualizar a intricada questão ora posta para análise deste Tribunal.

Com a devida clareza sobre o conteúdo da legislação controvertida nos autos, passo à análise do que realmente está em discussão neste agravo em recurso extraordinário.

II- DO CARATER CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA

O relator, na linha do seu antecessor, Ministro Marco Aurélio, votou no sentido de reconhecer o caráter infraconstitucional da discussão, uma

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

vez que se restringiria à mera interpretação dos tratados internacionais.

Tenho, contudo, que a matéria possui caráter constitucional, tendo em vista que foi afastado um dispositivo legal cuja constitucionalidade havia sido declarada pelo Plenário desta Suprema Corte.

Sobre o tema, rememoro dois julgados que considero essenciais para o deslinde da controvérsia.

O primeiro é a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 2.588, de autoria da Confederação Nacional da Indústria contra o art. 74 da MP 2.158-35. Na referida ação, cujo julgamento se prolongou por mais de dez anos em razão de sucessivos pedidos de vista, a evidenciar o caráter complexo da matéria, não fora alcançada maioria para solução definitiva da celeuma. Em sendo assim, por meio do voto médio, alcançou-se o seguinte resultado:

> 1) Inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35 quando aplicado às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam "paraísos fiscais";
>
> 2) Constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados ("paraísos fiscais", assim definidos em lei);
>
> 3) Manutenção da presunção de constitucionalidade, por não atingido o quórum de maioria absoluta, do art. 74 da MP 2.158-35, quando aplicado às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam "paraísos fiscais;
>
> 4) Manutenção da presunção de constitucionalidade, por não atingido o quórum de maioria absoluta, do art. 74 da MP 2.158-35, quando aplicado às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados. (ADI 2.588, Relatora Min. Ellen Gracie, Redator do acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Dje-10.2.2014).

O presente caso cuida de situação em que há controle e as pessoas jurídicas controladas situam-se em país de tributação considerada normal, isto é, não se trata de países com tributação favorecida ou paraísos fiscais. Nesse sentido, não houve decisão definitiva sobre o tema nos autos da ADI 2.588, havendo mera confirmação de constitucionalidade sem eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

Por esse motivo, o segundo e mais importante julgamento para o presente caso é o RE 541.090, cujo redator para acórdão foi o saudoso Ministro Teori Zavascki, restando vencido o Ministro Joaquim Barbosa, que entendia que esse tipo de legislação só poderia ser aplicada em relação a empresas coligadas ou controladas no exterior, localizadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (paraísos fiscais). **Na oportunidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35 nas situações em que a empresa brasileira controla uma empresa estrangeira localizada em um território de tributação considerada normal. Isto é, não se encontra em país com tributação favorecida nem se beneficia de regime fiscal privilegiado, termos técnicos que a legislação brasileira utiliza para definir o que costumeiramente é denominado de paraíso fiscal.**

Tendo em vista a crucial relevância do julgamento para o presente caso, transcrevo sua ementa:

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCROS PROVENIENTES DE INVESTIMENTOS EM EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001. 1. No julgamento da ADI 2.588/DF, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados 'paraísos fiscais'); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados 'paraísos fiscais'). Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia erga omnes e efeitos vinculantes a essa deliberação. **2. Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do caput do art. 74 da referida Medida Provisória relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido**. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, afirma-se a inconstitucionalidade do seu

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

> parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002. 3. Recurso extraordinário provido, em parte." (RE 541.090, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Redator do acórdão Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014).

Veja-se, novamente, que **esta Corte considerou constitucional a tributação da empresa brasileira relativamente aos lucros auferidos por empesa estrangeira. Vale dizer, o STF disse que era constitucional tributar a renda da empresa controladora. A premissa, portanto, é que a renda é da empresa brasileira, e não da empresa estrangeira.** O que acontece é que a legislação, com base do princípio da tributação universal, considera essa renda auferida no exterior como um reflexo do valor do investimento da empresa brasileira.

Conforme brilhantemente esclarecido pelo saudoso Min. Teori Zavascki quando do julgamento 541.090/SC:

> "**Esclareça-se que a tributação não está prevista para incidir sobre lucro obtido por empresa situada no exterior, mas, sim, sobre os lucros obtidos por empresa situada no Brasil, provenientes de fonte situada no exterior**. Com isso, afasta-se a dupla tributação. Concorre para isso, ademais, a circunstância de que, paralelamente à tributação em bases universais, a Lei institui, no art. 26, um sistema de compensação, a saber: 'Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no BRASIL, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital'".

No mesmo sentido, o Min. Dias Toffoli, de forma não menos brilhante, pontua:

> "Dessa forma**, inegável que o acréscimo patrimonial obtido a partir do ajuste do valor do investimento permanente é renda da empresa brasileira**, tanto assim que pode ser verificado a partir do método da equivalência patrimonial positiva, com consequências comerciais no balanço da empresa brasileira, pois:
>
> '(a) reflete no valor de suas ações comerciáveis em bolsa; (b) é considerado na apuração do próprio valor da

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

BRASILEIRA no caso de opção pela venda de seus ativos' (ADI nº 2.588/DF, Ministro Nelson Jobim).'

Beneficia-se, desse modo, a empresa brasileira dessa renda, uma vez que há repercussão no mercado financeiro, na proporção do investimento realizado."

Claro, portanto, que o **STF considerou que o art. 74 da MP 2.158-35 cuidava de tributação da empresa investidora brasileira e que seria compatível com o conceito de renda**.

Veja-se, contudo, o que restou decidido pelo STJ, em realinhamento de voto do Ministro relator:

"4. Como constou no voto que proferi, **ao meu sentir, para que se tenha como ocorrido o fato gerador do tributo, deve-se exigir que estejam presentes todos os elementos que caracterizam a disponibilidade jurídica – já que a disponibilidade econômica fora subestimada – para que se consolide a hipótese de incidência do IRPJ/CSSL, não havendo como se criar uma ficção jurídica para o fim de considerar disponíveis recursos que não o são, de fato. Deveras, pelo meu entendimento, somente após a distribuição dos lucros é que o patrimônio dos acionistas estaria sujeito à tributação.**

5. Todavia, não se pode olvidar que o STF reconheceu a constitucionalidade da aplicação do caput do art. 74 da MP 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em País que não tem tratamento fiscal favorecido – eufemismo de paraísos fiscais – acoimando-se de inconstitucional apenas o seu parágrafo único, que previu a sua aplicação retroativa (Relator para o acórdão o ilustre Ministro TEORI ZAVASCKI, julgamento concluído em 10.04.2013).

6. Assim, outra alternativa não resta senão aderir a esse entendimento; dessa forma, acolhe-se, integralmente, o raciocínio desenvolvido pelo Ministro ARI PARGENDLER em torno do art. 7o, caput, e § 1o. da IN 213/2002, para considerar que os lucros auferidos pela empresa Brasamerican Limited, em Bermudas, devem ser considerados disponibilizados para a VALE S/A na data do balanço no qual tiverem sido apurados, não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo mérito de equivalência patrimonial, à vista da ilegalidade do art. 7o., caput, e § 1o. da Instrução Normativa 213/2002.

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

> 7. Portanto, ao final, conheço do recurso para dar-lhe parcial provimento, para reformar o venerando Acórdão recorrido e conceder em parte a ordem de segurança postulada, **para afirmar que os lucros auferidos pelas 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, submetem-se 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." (realce atual)

Da ementa do referido acórdão, colhe-se o seguinte item:

> "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."

Com o devido respeito ao entendimento do relator daquele recurso especial, **a afronta ao que fora decidido por esta Corte é clara. Afinal, esta Corte, em sua formação plenária, concluiu que o art. 74 da MP 2.158-35 impõe tributação sobre a renda auferida pela empresa controladora brasileira. Isto é, renda da investidora.**

Veja-se que, mais recentemente, o próprio STJ, em decisão da lavra da Ministra Regina Helena Costa, nos autos do Resp 1.633.513 – SC, apesar de enfrentar a questão dos tratados, reconhece como legítima a tributação com base na utilização do MEP. Confira-se: "*Com efeito, este Superior Tribunal firmou entendimento segundo o qual o Método da Equivalência Patrimonial é legítimo, ressalvado, tão somente que, com base na legislação tributária, o resultado positivo da equivalência patrimonial só pode tributado, na empresa investidora, na proporção decorrente dos lucros da sociedade investida.*"

No mesmo sentido, ao analisar a legislação infraconstitucional, o STJ tem partido do pressuposto constitucional de que quem está sendo

tributada é a empresa brasileira, em consonância com o que decidido por esta Corte:

> "TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IRPJ E CSLL. TRIBUTAÇÃO DE LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADAS E COLIGADAS NO EXTERIOR. RESULTADO POSITIVO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. TRIBUTAÇÃO APENAS NA PROPORÇÃO DECORRENTE DOS LUCROS DA SOCIEDADE INVESTIDA. PRECEDENTES.
>
> 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado a fim de afastar a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros auferidos por empresa no exterior e sobre a receita de equivalência patrimonial reconhecida em decorrência de investimentos em pessoa jurídica no exterior. Em primeiro grau a demanda foi julgada procedente. No segundo grau, o recurso de Apelação da União não foi provido.
>
> 2. A questão foi pacificada no julgamento dos AgInt nos EREsp 1.554.106/BA, Rel. Min. Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 24.5.2021. Consolidou-se o entendimento de que os precedentes das Turmas integrantes desta Primeira Seção não afastam o Método da Equivalência Patrimonial, apenas determinam, com base na legislação tributária, que o resultado positivo da equivalência patrimonial só seja tributado, na empresa investidora, na proporção decorrente dos lucros da sociedade investida.
>
> 3. No mesmo sentido: '1. Esta Corte possui entendimento no sentido de que a aferição do método de equivalência patrimonial positiva importa tributação somente sobre aquilo que constitui lucro. Precedente. (...) (STF, AgR no ARE 1.270.361/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 14.12.2020).
>
> 4. Agravo Interno não provido.(AgInt no AgInt no REsp n. 1.978.599/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 4/11/2022.)"

Vê-se, assim, que o tema parece que tem sido melhor assimilado e acomodado no âmbito do Tribunal da Cidadania, havendo compatibilização com o que decidido, no âmbito constitucional, por esta Corte. Parece-me, portanto, que o caso objeto do presente recurso

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

extraordinário se refere a um julgamento isolado, em que o decidido por esta Corte não havia sido ainda tão bem compreendido, o que é natural diante da complexidade e aridez da matéria.

Vale dizer, **o Plenário do Supremo Tribunal Federal chancelou o mecanismo utilizado pelo art. 74 da MP 2.158-35 de computar, como renda da investidora brasileira, os lucros auferidos por meio de investimentos em empresa controlada estrangeira. Nesse sentido, a análise da legislação infraconstitucional há de partir do pressuposto de que essa fórmula utilizada pelo art. 74 da MP 2.158-35 é constitucional, sob pena de afronta direta ao que decidido por esta Corte**.

III- DA INAPLICABILIDADE DOS TRATADOS CONTRA DUPLA TRIBUTAÇÃO E CONSEQUENTE DESNECESSIDADE DE INTERPRETÁ-LOS

A fim de não deixar dúvidas quanto à desnecessidade de interpretação dos tratados internacionais à presente situação, a reafirmar o caráter eminentemente constitucional da matéria, abro esse tópico apenas como argumento de reforço e para dialogar com o voto do Ministro relator, pois penso que a discussão se encontra resolvida pela aplicação do RE 541.090 ao caso concreto.

Desde logo reconheço a importância dos tratados para as relações internacionais, sobretudo no âmbito tributário. Conforme já registrei em outras oportunidades (vide RE 460.320), especialmente no âmbito tributário, a cooperação internacional viabiliza a expansão das operações transnacionais que impulsionam o desenvolvimento econômico – como o fluxo recíproco de capitais, bens, pessoas, tecnologia e serviços –, combate a dupla tributação internacional e a evasão fiscal internacional, e contribui para o estreitamento das relações culturais, sociais e políticas entre as nações (cf. BORGES, Antônio de Moura. Convenções sobre Dupla Tributação Internacional. Teresina: EDUFPI, 1992. p. 154).

Pontuei ainda que os acordos internacionais demandam 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.

Por esse motivo, já expressei minha opinião contundente no sentido da prevalência dos tratados internacionais tributários sobre o direito

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

interno, dada a necessidade de respeitar o princípio do *pacta sunt servanda*, além da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais.

Entretanto, até em razão da importância dos tratados internacionais, estes devem ser interpretados com cautela. Afinal, deve-se ter em mente que **os tratados contra dupla tributação lidam com conceitos e institutos próprios, que merecem um olhar cuidadoso do intérprete, a fim de não desvirtuar os seus objetivos ou ampliar o seu alcance para além do que ele foi construído.**

Digo isso porque **é conceito elementar de tributação internacional que os tratados contra dupla tributação se destinam a um tipo específico de dupla tributação, qual seja, a chamada dupla tributação jurídica**. A dupla tributação econômica, apesar de importante, não é objeto de regramento por parte dos tratados internacionais, podendo ser evitada por meio da legislação doméstica ou outro acordo bilateral.

A esse respeito, insta relembrar que a diferença marcante entre dupla tributação jurídica e econômica é que, enquanto a primeira exige a regra das quatro identidades (sujeito, objeto, tempo e espaço) a segunda dispensa a identidade subjetiva, eis que recai sobre sujeitos (ou seja, pessoas jurídicas) diferentes (XAVIER, Alberto, XX, p. 24-27). Isto é, trata-se da mesma renda sendo tributada nas mãos de duas pessoas diferentes (LANG, Michael. Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. 2 ed. Wien: Linde, 2013, p. 29).

Vale aqui o alerta de que:

> "a expressão dupla tributação econômica, terminologicamente, é pouco precisa e contraditória. O termo 'dupla tributação' é conotativo de um esquema mais complexo e faz supor a existência de normas, e não apenas de uma mera repercussão fiscal, pelos efeitos de uma dupla cobrança de impostos. Já o termo " econômica", que aparece como uma qualificação à dupla tributação, como se fosse uma forma particular de manifestação daquilo que se define como pluritributação internacional, que acondiciona os elementos *pluralidade de normas em concurso e identidade de fato-evento tributável*, cai em profunda ambiguidade e expõe a definição a especulações alheias ao discurso jurídico." (TÔRRES, Heleno. Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 406-407).

Cientes da imprecisão da expressão *dupla tributação econômica,* fato é

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

que dúvidas não há de que os tratados contra dupla tributação se destinam a evitar a verdadeira dupla tributação da renda transnacional, conhecida internacionalmente como dupla tributação jurídica. Desde a sua introdução, o Modelo de Convenção da OCDE estatui que "*[o]s principais objetivos do Modelo de Convenção da OCDE sobre a Tributação da Renda e do Capital são fornecer um meio de resolver, de forma uniforme, os problemas mais comuns que surgem no campo da dupla tributação jurídica internacional*". No mesmo sentido, os Comentários ao Modelo de Convenção da OCDE esclarecem que:

> "A. Escopo dos Artigos
>
> 1. **Esses Artigos tratam da chamada dupla tributação jurídica, quando o mesmo rendimento ou capital é tributável na mesma pessoa por mais de um Estado. 2. Esse caso tem de ser especialmente distinguido da chamada dupla tributação econômica, isto é, quando duas pessoas diferentes são tributáveis em relação ao mesmo rendimento ou capital.** Caso dois Estados desejem solucionar problemas de dupla tributação econômica, deverão fazê-lo em negociações bilaterais." (realce atual)

Nesse sentido, é forçoso concluir que **a aplicação do art. 74 da MP 2.158-35 não resulta em dupla tributação jurídica**, que é justamente o objeto de avença entre os Estados contratantes ao celebrar tratados tributários. Isso porque **quem está sendo tributado é a empresa investidora brasileira, relativamente aos rendimentos auferidos por meio de um investimento no exterior. Ainda que essa mesma renda seja objeto de tributação pela jurisdição onde a entidade estrangeira encontra-se localizada, estar-se-ia diante de mera dupla tributação econômica, diante da diversidade de sujeitos.**

Nesse sentindo, socorro-me novamente do magistério de Michael Lang:

> "as regras relativas aos métodos de eliminação da dupla tributação não se aplicam se, de acordo com a legislação interna dos dois Estados contratantes de um determinado Acordo para Evitar a Dupla Tributação, o rendimento for atribuído a duas pessoas tributáveis diferentes, cada uma das quais residente de um Estado contratante. Os Acordos para Evitar a Dupla Tributação não fornecem regras autônomas em relação à atribuição de rendimento, mas seguem a classificação dos

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

> Estados contratantes. Casos de dupla tributação, portanto, devem ser aceitos se dois Estados atribuírem o rendimento a pessoas diferentes.[2]" (LANG, Michael. Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. 2 ed. Wien: Linde, 2013, p. 130).

Apenas por amor à retórica, cabe ainda esclarecer que o Brasil confere crédito aos impostos pagos pela empresa residente no exterior, o que também afastaria a alegação de dupla tributação, seja jurídica ou econômica. Nesse sentido, confira-se o disposto no art. 26 da Lei 9.249/1995, i*n verbis:*

> "Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital."

Na realidade, o que ocorre é uma tributação de um investimento auferido por meio de uma entidade relacionada no exterior a uma alíquota máxima brasileira ou estrangeira (a que for maior). Afinal, como o Brasil admite o crédito dos tributos pagos no exterior no limite dos valores devidos no Brasil, o que efetivamente é pago de imposto de renda e CSLL é a diferença entre a tributação estrangeira (caso ela seja inferior) e a brasileira.

Não se ignora, contudo, que efetivamente existe (ou existia) uma dúvida se o art. 7º do Modelo de Convenção da OCDE impediria a aplicação de legislações do tipo CFC por parte do estado de residência da empresa investidora. Em razão dessa dúvida, enorme celeuma se instalou especialmente aqui no Brasil diante da maneira ampla e irrestrita que o art. 74 da MP 2.158-35 foi desenhado, o qual é demasiadamente amplo para ser considerada uma norma antielisiva. Vozes como a de Sérgio

2 No original: *"The rules regarding the methos for elimination of double taxation do not apply id, under the domestic law of the two contracting states of a certain DTC, the income is attributed to two different taxable persons, each of whom is a residente of a contracting state. DTCs do not provide any autonomous rules with respect to the attribution of income but rather follow the classification of the contracting states. Cases of double taxation have thus to be accepted if two states atribute the income to different persons."*

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

André Rocha defendem que o art. 7º do Modelo de Convenção da OCDE estabeleceria uma regra de bloqueio, a proibir a tributação desse mesmo lucro pela legislação brasileira, (ROCHA, Sérgio André. Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior. São Paulo: Quartier Latin, 2022, p. 177).

Entretanto, ao menos no âmbito da OCDE, essa disputa parece ter sido esclarecida, eis que os Comentários ao Modelo de Convenção da OCDE foram atualizados para expressamente dispor que:

> "81. Um número significativo de países adotou disposições de empresas estrangeiras controladas para tratar de questões relacionadas ao uso de empresas de base estrangeira. **Embora a concepção deste tipo de legislação varie consideravelmente entre os países, uma característica comum destas regras**, que agora são internacionalmente reconhecidas como um instrumento legítimo para proteger a base tributável nacional, **é que resultam em um Estado Contratante tributar os seus residentes sobre o rendimento atribuível à sua participação em certas entidades estrangeiras.** Algumas vezes foi argumentado, com base em certa interpretação das disposições da Convenção, como o parágrafo 1 do Artigo 7 e o parágrafo 5 do Artigo 10, que essa característica comum da legislação de sociedades estrangeiras controladas entrava em conflito com essas disposições**. Uma vez que tal legislação faz com que o Estado tribute os seus próprios residentes, o n.º 3 do artigo 1.º confirma que não entra em conflito com as convenções fiscais**. A mesma conclusão deve ser alcançada no caso de convenções que não incluam uma disposição semelhante ao n.º 3 do artigo 1.º; pelas razões explicadas nos parágrafos 14 do Comentário sobre o Artigo 7 e 37 do Comentário sobre o Artigo 10, a interpretação de que estes Artigos impediriam a aplicação de disposições de empresas estrangeiras controladas não está de acordo com o texto do parágrafo 1 do Artigo 7 e o parágrafo 5º do artigo 10. Também não se aplica quando estas disposições forem lidas em seu contexto. Assim, **embora alguns países tenham considerado útil esclarecer expressamente, em suas convenções, que a legislação de sociedades estrangeiras controladas não conflitava com a Convenção, tal esclarecimento não é necessário.** É reconhecido que a legislação de sociedades estrangeiras controladas estruturada desta forma não é

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

> contrária às disposições da Convenção." (realce atual) (OCDE, '2017 Update to the OECD Model Tax Convention', Paris: OCDE, 2017, p. 53-54.)

Veja-se, portanto, que a **própria OCDE peremptoriamente afirma que o art. 7º do seu modelo de convenção não impede a aplicação de qualquer tipo de legislação de tributação de lucros no exterior porque, nessa situação, o que ocorre é uma tributação pelo estado de seus próprios residentes, com base no princípio da universalidade.**

A rigor, o art. 7º do Modelo de Convenção da OCDE lida com tributação residência x fonte, esclarecendo que:

> "Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante serão tributáveis apenas nesse Estado, a não ser que a empresa exerça suas atividades no outro Estado Contratante por intermédio de estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas somente no tocante à parte dos lucros atribuível a esse estabelecimento permanente".

A regra principal que pode ser extraída desse artigo é: Estado de residência tem proeminência para tributar a renda das suas empresas. Por sua vez, a norma secundária é: desde que reste caracterizado um estabelecimento permanente (isto é, a instalação fixa de negócios que permite a uma empresa exercer suas atividades, total ou parcialmente), o estado da fonte (relembre-se, princípio da territorialidade) pode tributar essa renda, mas desde que esteja limitada ao que foi auferido por referido estabelecimento permanente.

Essa, contudo, não é a lógica da legislação de tributação de lucros auferidos no exterior, independentemente de ela ter um caráter de evitar elisão fiscal. **O diferencial dessa legislação, reitere-se, é tributar o aumento do valor de um investimento no exterior em controlada ou coligada por parte de um residente tão logo ele tenha sido auferido. Trata-se, assim, de tributação de residentes, em consonância com o princípio da tributação em bases universais. Está-se diante, portanto, de tributação residência x residência, sendo equivocado concluir que a tributação brasileira ocorre pelo critério da fonte.**

É por isso, portanto, que os comentários ao Modelo de Convenção da OCDE foram alterados para dirimir qualquer dúvida quanto à

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024

inaplicabilidade das regras convencionais a todas as situações em que um país tributa o seu residente relativamente a rendimentos atribuíveis à sua participação em certas entidades estrangeiras. O diferencial da legislação, portanto, não é eventual existência de caráter antielisivo, mas sim o fato de computar uma renda que ainda se encontra no exterior ao residente do ente tributante. Nesse sentido: "*(...) o fato tributável no Brasil é o suposto aumento de renda que uma corporação brasileira teve devido à existência de lucros acumulados através de uma entidade estrangeira controlada*" (FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. A legislação brasileira de tributação de lucros auferidos por controladas no exterior: momento para mudanças. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 26, n. 139, Maio/Ago. 2024 , p. 381).

Conforme registrei quando do julgamento do RE 541.090, o aspecto central está na consideração de que o acréscimo patrimonial positivo, decorrente da apuração dos lucros no exterior, é experimentado imediatamente pela sociedade controladora ou coligada, no Brasil, mesmo antes da distribuição dos lucros.

Em sendo assim, **concluo que a discussão de fundo do presente agravo não lida com interpretação de dispositivos de tratados internacionais, eis que esses são inaplicáveis ao caso. Ao fim e ao cabo, a discussão é sobre a compatibilidade do art. 74 da MP 2.158-35 com o conceito de renda, dispositivo esse que já fora declarado constitucional pelo plenário desta Suprema Corte na situação objeto de discussão (em que há controle da empresa estrangeira por parte da empresa brasileira) e afastado pelo STJ.**

Dessa forma, aplicando o que decidido pelo Plenário desta Corte no RE 541.090, entendo que o caso é de reconhecer a possibilidade de incidência do IRPJ e da CSLL sobre o lucro da controladora obtido por intermédio de empresas controladas situadas no exterior.

IV – CONCLUSÃO

Diante do exposto, divirjo do relator e dou provimento ao agravo regimental, a fim de dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, para reconhecer a possibilidade de computar como acréscimo patrimonial positivo da recorrida os lucros auferidos por suas empresas controladas com sede na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/10/2024