

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 870.214 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. ANDRÉ MENDONÇA
AGTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGDO.(A/S)	: VALE S/A
ADV.(A/S)	: ALBERTO SANTOS PINHEIRO XAVIER E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS
ADV.(A/S)	: EDUARDO ANTONIO LUCHO FERRAO
ADV.(A/S)	: LUIZ FELIPE BULUS ALVES FERREIRA
ADV.(A/S)	: ANA CAROLINA ANDRADA ARRAIS CAPUTO BASTOS
ADV.(A/S)	: LUIS FELIPE SALOMÃO FILHO
AM. CURIAE.	: ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS COMPANHIAS ABERTAS ABRASCA
ADV.(A/S)	: LUIZ ANTONIO BETTIOL
ADV.(A/S)	: THIAGO DE CARVALHO E SILVA DO VAL
ADV.(A/S)	: MARCELO MONTALVAO MACHADO
AM. CURIAE.	: SINDICATO DAS INDUSTRIAS DE PRODUTOS QUIMICOS PARA FINS INDUSTRIAIS, PETROQUIMICAS E DE RESINAS SINTETICAS DE CAMAC
ADV.(A/S)	: MUDROVITSCH ADVOGADOS
ADV.(A/S)	: LAIS KHALED PORTO

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Trata-se de Agravo Regimental interposto em face de decisão monocrática da lavra do Eminentíssimo Min. MARCO AURÉLIO, o qual negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pela UNIÃO em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na origem, a COMPANHIA VALE DO RIO DOCE, controladora da Rio Doce Internacional S.A – RDI, domiciliada na Bélgica; da Rio Comércio Internacional, domiciliada na Dinamarca; da BRASILUX,

domiciliada em Luxemburgo; da Rio Doce Europa S.a.r.l, domiciliada em Luxemburgo; e da BRASAMERICA LIMITED, domiciliada nas Bermudas, impetrou Mandado de Segurança requerendo a declaração de seu direito líquido e certo a “não estar sujeita à tributação pelo IRPJ e CSL na forma do art. 74 e parágrafo único da MP nº 2.158-34/01 (e posteriores reedições) tal como regulado na IN 213/02” (Doc. 1, fls. 4-38).

Sustenta, em síntese, que “o art. 74 da MP 2.158-34/01 é incompatível com os tratados internacionais contra dupla tributação celebrados pelo Brasil com os Estados de domicílio das sociedades controladas pela impetrante (Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo), tratados esses que preveem uma competência tributária exclusiva do país de domicílio da sociedade controlada estrangeira” (Doc. 1, fl. 7).

Aduz que houve violação ao art. 43, § 2º, do CTN, o qual, embora permita à lei ordinária fixar as condições e o momento da disponibilidade de receita, não permite a criação de “ficção legal considerando como disponibilizados resultados simplesmente apurados em balanço” (Doc. 1, fl. 7).

Entende que “a tributação somente poderia incidir sobre a parte do resultado de equivalência patrimonial referente aos lucros propriamente ditos” (Doc. 1, fl. 7).

A segurança foi denegada (Doc. 2, fls. 59-66) por sentença confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em acórdão resumido no seguinte cabeçalho de ementa (Doc. 4, fl. 1):

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS COLIGADAS OU CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS POSITIVOS DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR. MP N. 2158-34/2001 E REEDIÇÕES”.

No julgamento do Resp 1.325.709, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA deu provimento parcial ao recurso da impetrante para “afirmar que os lucros auferidos nos países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributadas 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 sujeitas 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”.

O acórdão ficou assim ementado (Doc. 11, fls. 130-132):

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

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

4. O poder estatal de arrecadar tributos tem por fonte exclusiva o sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os operacionais; ainda que uma norma seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios jurídicos gerais e constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais, dentre outras. 5. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em razão da sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (RESP 1.161.467-RS,

Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 01.06.2012).

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

7. No caso da empresa controlada, dotada de personalidade jurídica própria e distinta da controladora, nos termos dos Tratados Internacionais, os lucros por ela auferidos são os próprios e assim tributados somente no país de 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 nas 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 vigente é o do art. 23 do DL 1.598/77, que em nada foi alterado quanto à não inclusão, na determinação do lucro real, dos métodos resultantes de avaliação dos investimentos no Exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é, das contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas.

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

Opostos Embargos de Declaração pela UNIÃO (Doc. 12, fl. 8), foram rejeitados (Doc. 12, fl. 58).

No Recurso Extraordinário (Doc. 12, fl. 75), interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da CF/1988, a UNIÃO alega que o acórdão recorrido decidiu “contrariando a autoridade dos julgamentos desse E. Supremo Tribunal Federal proferidos na ADIN 2.588/DF, no RE 611.586/PR e no RE 541.090/SC, anular dívida fiscal da VALE S/A com valor estimado em aproximadamente R\$ 34.000.000,00 (trinta e quatro bilhões de reais), declarando o direito líquido e certo dessa companhia a não se sujeitar à tributação pelo IRPJ e pela CSLL na forma do art. 74 e parágrafo único da MP nº 2.158-35/01, tal como regulados pela IN/SRF nº 213/02, em relação ao seu lucro auferido no exterior, decorrente dos

investimentos em empresas controladas situadas em Bermudas, Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo” (Doc. 75, fl. 76).

Aduz que “a interpretação que o STJ deu ao artigo VII, parágrafo 1º, do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE (Decreto 72.542/73 - Bélgica, Decreto 75.106/74 – Dinamarca e Decreto 85.051/80 - Luxemburgo), contraria diretamente diversos artigos da Constituição Federal, em especial o 1º, I, 2º, 59, 97, 102, III, 103, 145, § 1º, 150, II e § 6º, 153, III e § 2º, I, e 195, I, “c”, na medida em que a empresa Recorrida reside no Brasil e inequivocamente auferiu disponibilidade econômica de renda, mas foi indevidamente liberada do pagamento do IRPJ e da CSLL” (Doc. 12, fl. 81).

Argumenta que “o art. VII do Modelo de Acordo da OCDE apenas diz que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante somente são tributáveis nesse Estado. Esta singela afirmativa, por si só, não afasta a tributação do lucro de uma empresa controladora sediada no Brasil relacionado à parcela que lhe cabe (acréscimo patrimonial seu, portanto) do lucro de uma empresa controlada, segundo critérios de tributação em bases universais, mediante disponibilidade econômica da renda, sob regime de competência, apurada pelo método de equivalência patrimonial” (Doc. 12, fls. 81-82).

Ressalta que “ao contrário do que entendeu o acórdão recorrido, não há antinomia entre o dispositivo supracitado e os artigos 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP nº 2.158- 35/20012. Isso porque não se pode confundir a tributação do lucro da controlada residente no exterior (o que é vedado pelo Art. VII), com a tributação do lucro da controladora sediada no país, cujos resultados englobam os lucros auferidos por intermédio da empresa estrangeira, nos termos da legislação tributária interna” (Doc. 12, fl. 82).

Destaca que “regra fundamental para fins de interpretação dos tratados para evitar dupla tributação, portanto, é que cada país pode dispor livremente sobre a base de cálculo do imposto de renda devido pelo residente que investe no exterior, desde que impeça a dupla tributação. Essa conclusão está evidenciada no parágrafo 14 dos

comentários ao Art. VII, § 1º, da Convenção Modelo da OCDE (tradução livre), verdadeira interpretação autêntica” (Doc. 12, fl. 84).

Sustenta, nessa linha, que “o acórdão recorrido decidiu que o art. 74 da MP nº 2.158-35/01 incide sobre o lucro da empresa sediada no exterior, o que contraria as posições vencedoras no ADIN 2.588/DF, no RE 611.586/PR e no RE 541.090/SC. Neste ponto, o STJ está usurpando a competência do STF, configurando então a violação direta aos artigos 102 e 103 da CF/88, pois tenta reapreciar a questão com outros fundamentos” (Doc. 12, fls. 86-87).

Afirma que “a decisão do STJ restringiu a competência tributária do País assemelhando-se a uma norma isentiva, na medida em que renda disponível economicamente foi abstraída da base tributária brasileira, em franca violação ao artigo 150, § 6º da CF/88, mormente se a lei brasileira alcançou a renda do nacional, posto que não prevista em lei específica” (Doc. 12, fl. 87).

Ressalta que “não é correto afirmar que a presente causa foi decidida unicamente com base em conflito normativo resolvido pelo critério da especialidade, no sentido de que a norma internacional afastou a aplicação do art. 25 da Lei 9.249/95 e do art. 74 da MP nº 2.158-35/01. 40. Isso porque, se o acórdão recorrido do STJ tivesse realmente acatado a lição do STF (ADIN 2.588/DF, RE 611.586/PR e RE 541.090/SC) a respeito do sentido e do alcance da tributação em bases universais, sequer haveria conflito normativo, já que o art. 7º do Modelo de Acordo da OCDE se limita a dizer que “Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado” (Doc. 12, fl. 89).

No que se refere à controlada sediada nas Bermudas, entende que “desrespeito à autoridade das decisões do STF, intérprete último da Constituição acerca da matéria, é ainda maior, pois o acórdão do STJ invalidou completamente a utilização do método de equivalência patrimonial independentemente da incidência de qualquer convenção internacional” (Doc. 12, fl. 90).

Afirma que “o RE 611.586/PR possuía moldura fática e jurídica em

tudo semelhante à situação da empresa controlada sediada em Bermudas e nele foi decidido não só quanto à constitucionalidade da incidência de IRPJ e CSLL sobre o reflexo positivo no patrimônio de empresa controladora relativo a lucros de controladas no exterior ainda não distribuídos, como também sobre a validade do método de equivalência patrimonial enquanto meio de concretização dessa tributação” (Doc. 12, fl. 91).

Reitera que “o julgado do STJ, na prática, inutiliza completamente o método de equivalência patrimonial e tolhe qualquer possibilidade de aplicação do art. 74 da MP 2.158-35/01. Usurpou, assim, a competência do STF, violando os arts. 102 e 103 da CF/88, na medida em que a constitucionalidade do modelo de tributação previsto no artigo 74 da MP 2.158- 35/01 já havia sido reconhecida por ocasião do julgamento da ADIN 2.588/DF, do RE 611.586/PR e do RE 541.090/SC” (Doc. 12, fl. 91).

Por outro lado, aduz que “ainda que não disponibilizados, os lucros das controladas no exterior refletem positivamente no patrimônio da controladora, valorizando suas ações e demais ativos, a título de exemplo. É esse aumento patrimonial reflexo da controladora, e não o lucro da controlada, que a União tributa. Flagrante, portanto, a diversidade de objetos da tributação” (Doc. 12, fl. 94).

Sustenta que “a tributação sob a técnica prevista no art. 74 da MP 2.158- 25/01 é um ato de SOBERANIA reconhecido como legítimo pela OCDE e que buscou garantir a ISONOMIA FISCAL e a EFETIVIDADE DO IR E DA CSLL exigida pela CF/88. Apenas nos casos em que o Brasil, mediante Tratado, abre mão de sua soberania fiscal quanto às empresas nacionais, é ilegítima a tributação sobre os reflexos patrimoniais na controladora brasileira dos lucros auferidos pela controlada no exterior” (Doc. 12, fl. 107).

Aduz, ainda, que “E a IN SRF 213/2002, em consonância com toda a legislação contábil, comercial (Lei das SAs), fiscal (Lei 9.249/95) e albergada pelo próprio art. 74 da MP 2.158-35/2001, este seu fundamento de validade direto, apenas explicitou a utilização do MEP, até porque não

há outro método que realize os objetivos propostos” (Doc. 12, fl. 115).

O recurso foi admitido na origem (Doc. 12, fls. 176-179).

Na sequência, o então Relator Eminente Min. MARCO AURÉLIO negou seguimento ao RE ao fundamento de que a análise da pretensão recursal demanda o exame da legislação infraconstitucional de regência (Doc. 14).

No presente Agravo Regimental (Doc. 17), a UNIÃO defende que houve violação direta à Constituição Federal. No mais, reproduz os fundamentos do apelo extremo.

Com a aposentadoria do Eminente Min. MARCO AURÉLIO, o processo passou à Relatoria do Ilustre Min. ANDRÉ MENDONÇA.

S. Exa. colocou o Agravo Regimental em votação na Sessão Virtual de 10/5/24 a 17/5/24, propondo o desprovimento do Agravo Interno, pelos seguintes fundamentos: a) a matéria é infraconstitucional; e b) ainda que superado esse óbice, os tratados internacionais sobre a matéria firmados pelo Brasil com a Bélgica, a Dinamarca e Luxemburgo devem prevalecer sobre as normas internas, para evitar a bitributação. O Ministro Relator encareceu a importância da cooperação internacional e da boa-fé, destacando que a tributação dos lucros não pode violar tratados firmados e nem desestimular investimentos no país. Assim, os lucros das empresas controladas domiciliadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo devem ser tributados apenas nesses países, em conformidade com os Tratados Internacionais. Em relação às Bermudas, onde não há tratado bilateral, aplica-se o art. 74 da MP 2.158-35, com a ressalva de que o método da equivalência patrimonial não deve incluir ajustes indevidos.

O Eminente Min GILMAR MENDES pediu vista.

Ao devolvê-la na Sessão Virtual de 4/10/24 a 11/10/24, S. Exa divergiu do Relator, pelos seguintes argumentos: a) a matéria é constitucional; b) os tratados internacionais tributários são instrumentos essenciais para garantir a cooperação internacional e evitar a bitributação; c) no entanto, no caso concreto, a tributação prevista no art. 74 da MP 2.158-35/2001 não afronta os tratados internacionais e é compatível com

os princípios adotados pela OCDE; d) não há violação aos tratados internacionais, pois tratam da dupla tributação jurídica (mesma renda, mesmo sujeito), enquanto o caso em questão refere-se a dupla tributação econômica, que não é objeto dos tratados; e) As normas brasileiras de tributação universal, como o art. 74 da MP 2.158-35/2001, estão em conformidade com os princípios da OCDE; f) A OCDE reconhece a validade das normas CFC (Controlled Foreign Company) como legítimas para proteger a base tributária nacional; g) o Brasil adota o princípio da universalidade, de modo que os tratados não impedem a tributação universal, desde que não haja sobreposição ilegal entre os sistemas tributários.

Pedi vista.

É o relatório.

Inicialmente entendo que a matéria veiculada é eminentemente constitucional, o que atrai a competência desta SUPREMA CORTE nos moldes do art. 102, III, “a”, da Constituição Federal.

O Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no RE 611.586-RG (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tema 537), examinou a repercussão geral da questão constitucional debatida neste recurso e decidiu pela constitucionalidade da aplicação do artigo 74 da Medida Provisória 2158-35/2001 **relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida** (também conhecidos como “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.”

Eis a ementa do julgado:

“TRIBUTÁRIO. INTERNACIONAL. IMPOSTO DE RENDA E PROVENTOS DE QUALQUER NATUREZA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONTROLADORA OU COLIGADA NACIONAL NOS LUCROS AUFERIDOS POR PESSOA JURÍDICA CONTROLADA OU COLIGADA SEDIADA NO EXTERIOR. LEGISLAÇÃO QUE CONSIDERA DISPONIBILIZADOS OS LUCROS NA DATA DO BALANÇO EM QUE TIVEREM SIDO APURADOS (“31 DE DEZEMBRO DE CADA ANO”). ALEGADA VIOLAÇÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE RENDA (ART. 143, III DA CONSTITUIÇÃO). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA EM PAÍS DE TRIBUTAÇÃO FAVORECIDA OU CLASSIFICADO COMO “PARAÍSO FISCAL”. MP 2.158-35/2001, ART. 74. LEI 5.720/1966, ART. 43, § 2º (LC 104/2000). 1. Ao examinar a constitucionalidade do art. 43, § 2º do CTN e do art. 74 da MP 2.158/2001, o Plenário desta Suprema Corte se dividiu em quatro resultados: 1.1. Inconstitucionalidade incondicional, já que o dia 31 de dezembro de cada ano está dissociado de qualquer ato jurídico ou econômico necessário ao pagamento de participação nos lucros; 1.2. Constitucionalidade incondicional, seja em razão do caráter antielisivo (impedir “planejamento tributário”) ou antievasivo (impedir sonegação) da normatização, ou devido à submissão obrigatória das empresas nacionais investidoras ao Método de Equivalência Patrimonial – MEP, previsto na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976, art. 248); 1.3. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade dos textos impugnados apenas em relação às empresas coligadas, porquanto as empresas nacionais controladoras teriam plena disponibilidade jurídica e econômica dos lucros auferidos pela empresa estrangeira controlada; 1.4. Inconstitucionalidade condicional, afastada a aplicabilidade do texto impugnado para as empresas

controladas ou coligadas sediadas em países de tributação normal, com o objetivo de preservar a função antievasiva da normatização. 2. Orientada pelos pontos comuns às opiniões majoritárias, a composição do resultado reconhece: 2.1. A inaplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais coligadas a pessoas jurídicas sediadas em países sem tributação favorecida, ou que não sejam “paraísos fiscais”; 2.2. A aplicabilidade do art. 74 da MP 2.158-35 às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados (“paraísos fiscais”, assim definidos em lei); 2.3. A inconstitucionalidade do art. 74 par. ún., da MP 2.158-35/2001, de modo que o texto impugnado não pode ser aplicado em relação aos lucros apurados até 31 de dezembro de 2001. 3. No caso em exame, a empresa controlada está sediada em país inequivocamente classificado como “paraíso fiscal”. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento.” (RE 611.586-RG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 10/10/2014)

Todavia, no julgamento do RE 541.090, de relatoria do saudoso Min. TEORI ZAVASCKI, o Plenário desta CORTE estendeu a constitucionalidade do dispositivo supramencionado às empresas ***controladas sediadas em países NÃO ENQUADRADOS como “paraísos fiscais”***.

A propósito, vejamos a ementa do aludido julgado:

“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 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”.

Quanto ao resultado positivo pelo Método da Equivalência Patrimonial (MEP), sustenta a agravante, em suma, que a não aplicação da IN 213/2002 viola a Constituição Federal.

Eis o teor do artigo 7º da IN SRF 213/2002:

“Art. 7º A contrapartida do ajuste do valor do investimento no exterior em filial, sucursal, controlada ou coligada, avaliado pelo método da equivalência patrimonial, conforme estabelece a legislação comercial e fiscal brasileira,

deverá ser registrada para apuração do lucro contábil da pessoa jurídica no Brasil”.

Esta CORTE sedimentou o entendimento de que o Método da Equivalência Patrimonial deve ser aplicado para apurar o lucro auferido pelas empresas controladas. Nesse sentido, as considerações do Min. NELSON JOBIM na ADI 2588/DF:

“Antes do exame dessas modificações, faz-se necessário uma rápida incursão na legislação das sociedades anônimas para precisar um método de contabilização por ela previsto.

A L. 6.404, em 1.976, introduziu o MÉTODO DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL (MEP) .

O MEP procura expressar, nos balanços, os vínculos entre empresas de um mesmo GRUPO.

Consiste num método de avaliação dos chamados "investimentos relevantes" de uma EMPRESA - dita INVESTIDORA – em suas COLIGADAS e CONTROLADAS.

O art. 248 da L. das SAs. o disciplina.

[...]

Em síntese, o MEP consiste em determinar o valor do investimento pela aplicação, ao valor do patrimônio líquido da INVESTIDA, da porcentagem de participação da INVESTIDORA no capital social da mesma.

O MEP se aplica em todos os casos de CONTROLADAS”.

Ainda nessa trilha, veja-se trecho do voto do Min. DIAS TOFFOLI nos autos do RE 611.586/PR:

“Essa avaliação dos investimentos relevantes se dá pelo chamado Método de Equivalência Patrimonial (MEP), por força do art. 248 da Lei das Sociedades Anônimas. Para fins societários, a partir do MEP, o lucro auferido pela coligada/controlada estrangeira é automaticamente registrado no balanço societário da coligada/controlada brasileira.

A eventual distribuição desses lucros é irrelevante para se verificar o real crescimento do lucro líquido da brasileira, considerado o regime de competência. 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.

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

Conclui-se, portanto, que a não utilização do Método da Equivalência Patrimonial importa privilégio anti-isonômico às empresas controladas, em violação direta às disposições constitucionais.

Evidenciado o caráter constitucional da controvérsia, cumpre agora analisar os argumentos do Relator, atinentes à prevalência dos acordos internacionais.

Sobre esta questão, manifesto adesão ao posicionamento apresentado pelo Eminente Min GILMAR MENDES.

Conforme delineado por S. Exa., é necessário registrar a relevância dos tratados internacionais tributários como instrumentos fundamentais para garantir a cooperação entre as nações e evitar a bitributação. Dessa forma, o Brasil tem o dever de honrar os acordos firmados, de modo a assegurar o cumprimento das obrigações internacionais e respeitando os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

Contudo, conforme destacado pelo Ilustre Ministro, não há conflito entre a legislação brasileira, mais especificamente a tributação prevista no art. 74 da MP 2.158-35/2001, e os tratados internacionais. A norma brasileira reflete o acréscimo patrimonial da empresa controladora residente no Brasil, sem violar os limites dos tratados, os quais intentam evitar exclusivamente a dupla tributação jurídica, e não a tributação decorrente de distintas situações econômicas.

Além disso, conforme ressaltado, o sistema tributário brasileiro tem como base o princípio da universalidade, no qual o Brasil tem o direito de tributar as empresas ou pessoas residentes no país por todos os rendimentos auferidos, independentemente de qual lugar tais lucros sejam gerados. Dessa forma, a tributação imposta pelo Brasil está em conformidade com os parâmetros definidos pela OCDE, que não impede a tributação universal, desde que não haja sobreposição ilegal entre os sistemas tributários.

Conforme aponta o Ilustre Min GILMAR MENDES, a OCDE reconhece a validade das legislações CFC (Controlled Foreign Company) como mecanismos legítimos para proteger a base tributária nacional de cada país.

Dessa forma, demonstrada a harmonia entre as normas tributárias brasileiras e as diretrizes internacionais e a compatibilidade do art. 74 da MP 2.158-35 com o conceito de renda, acompanho o entendimento firmado pelo Eminent Ministro GILMAR MENDES no sentido de reconhecer a legitimidade da incidência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros obtidos pela empresa controladora no Brasil, decorrentes dos resultados gerados por suas empresas controladas localizadas no exterior.

Por todo o exposto, dou provimento ao Agravo Regimental e ao Recurso Extraordinário para restabelecer o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

É o voto.

RE 870214 AGR / RJ