

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 NUNES MARQUES: Analiso agravo regimental interposto contra decisão de negativa de seguimento em recurso extraordinário da União.

Passo a breve contextualização da demanda.

Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela Companhia Vale do Rio Doce S/A com o objetivo de afastar a incidência do IRPJ e da CSLL sobre os lucros auferidos por sociedades controladas

domiciliadas no exterior. Em suma, a demanda questiona a tributação dos resultados positivos de equivalência patrimonial, considerando os termos do art. 74, *caput* e parágrafo único, da MP n. 2.158-34/01.

Após a denegação da segurança em juízo de primeiro grau, a sentença foi posteriormente mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2). Em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu parcialmente a pretensão do contribuinte 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”.

Interposto recurso extraordinário pela União, a Fazenda Nacional argumenta, em suma, que o Acórdão impugnado contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), sobretudo quanto ao reconhecimento da constitucionalidade do método de equivalência patrimonial (MEP) nos julgamentos da ADI 2.588/DF, do RE 611.586/PR e do RE 541.090/SC, além da inaplicabilidade do art. 7º dos tratados internacionais contra a dupla tributação. A Fazenda Nacional pontua, ainda, que a decisão do STJ viola os princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da efetividade da tributação, ao permitir que empresas com investimentos no exterior desconsiderem os lucros que, embora não distribuídos, já refletem no seu patrimônio. Por fim, destaca a repercussão econômica da demanda, tendo em vista os valores envolvidos no auto de infração impugnado (aproximadamente R\$ 34 bilhões).

A parte recorrida argumenta, em contrarrazões, ausência de prequestionamento, inexistência de repercussão geral, ofensa indireta à Constituição, além da adequada aplicação dos tratados contra bitributação, tendo em vista o seu caráter especial em face da legislação ordinária. O contribuinte alega que o STJ afastou a tributação de elementos que não constituem lucro efetivo, concluindo, assim, pela inaplicabilidade do método de equivalência patrimonial. Também refutou as alegações de violação à isonomia e à capacidade contributiva, eis que inexistente tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e a tributação continua possível no momento da distribuição de lucros.

Admitido o recurso na origem, o Ministro Marco Aurélio, então Relator, negou provimento ao recurso extraordinário sob o fundamento de que a análise da demanda pressupõe o cotejo da legislação infraconstitucional.

Após a interposição de agravo interno pela União e apresentação de contrarrazões pelo contribuinte, o Ministro André Mendonça, atual Relator, apresentou voto no sentido do desprovimento do recurso, ante a natureza infraconstitucional da matéria impugnada, bem como a prevalência dos tratados internacionais sobre as normas internas.

É o relatório essencial. Adoto, no mais, o formalizado pelo eminente Relator. **Passo ao voto.**

Peço vênias para divergir do ilustre Ministro Relator para **dar provimento ao agravo regimental e, conseqüentemente, ao recurso extraordinário da União, restabelecendo o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conforme divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes. Explico.**

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastou a tributação do imposto de renda (IRPJ) e da contribuição social sobre lucro líquido (CSLL) da recorrida, empresa controladora, em relação a valores oriundos de empresas controladas sediadas em países com tributação regular. A Corte Superior concluiu pela prevalência dos Tratados contra a Dupla Tributação.

De início, cumpre asseverar que a legislação estabeleceu a tributação em bases universais como o modelo a ser observado em relação às pessoas jurídicas sediadas no Brasil (*e.g.*, art. 25 da Lei n. 9.249/95, art. 21 da Medida Provisória 2158-35/2001 e art. 87 da Lei nº 12.973/14). Como resultado, a renda global da empresa residente será tributada integralmente pelo ordenamento jurídico pátrio, independentemente da sua fonte (interna ou externa).

Por esse critério, prevalece a vinculação da residência fiscal da pessoa jurídica e a sua sujeição à tributação dos rendimentos oriundos tanto em âmbito doméstico quanto estrangeiro. Por outro lado, conforme posteriormente explicitado, os efeitos de mencionada regra poderão ser mitigados quando confrontados com as disposições constantes dos acordos internacionais.

No âmbito da legislação doméstica, o art. 74 da Medida Provisória 2158-35/2001 estabeleceu as balizas para a apuração da base de cálculo do imposto de renda (IRPJ) e da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) da pessoa jurídica controladora em relação aos valores oriundos dos lucros auferidos pela empresa controlada/coligada no exterior. *In verbis*:

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.

Percebe-se que o dispositivo estabelece a data do balanço patrimonial como o momento em que materializada a disponibilidade da renda da pessoa jurídica controladora. Portanto, o art. 74 da Medida Provisória 2158-35/2001 tornou desnecessária a etapa de distribuição prévia de dividendos pela empresa controlada para a concretização da incidência tributária.

O dispositivo valeu-se de instrumento há muito previsto, na seara mercantil, inclusive internacional, para a aferição do balanço patrimonial das sociedades empresárias, qual seja, o “método de equivalência patrimonial”, MEP, (art. 248, da Lei n. 6.404/76). Por meio do MEP, calcula-se o montante do valor investido em participações societárias, inclusive o lucro ou prejuízo da investida.

Assim, conforme exigido pelo conceito constitucional de renda (CF, art. 153, III), a tributação do IRPJ e da CSLL ocorrerá quando verificado o balanço patrimonial positivo da pessoa jurídica controladora. Oportuno ressaltar que não se trata de legitimar a incidência tributária sobre mero registro contábil da pessoa jurídica, mas, sim, legitimar a exação em razão da apuração de resultados positivos, os quais traduzem capacidade contributiva e verdadeiro acréscimo patrimonial.

Sobre o ponto, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já convalidou a utilização do regime de competência (art. 177 da Lei n. 6.404/76) como a regra de apuração dos resultados das empresas para fins tributários. Esse o entendimento firmado no julgamento do RE 586.482, paradigma do Tema n. 87 de Repercussão Geral. Portanto, no âmbito do

Sistema Tributário Nacional, as despesas e receitas das empresas devem ser contabilizadas no momento em que ocorrerem, independentemente da operacionalização financeira do seu recebimento ou pagamento, tal qual exigido pelo regime de caixa.

Considerando, assim, tais parâmetros, o registro contábil do lucro no balanço da empresa brasileira representa aumento real do seu patrimônio e, portanto, renda tributável. Não se trata de riqueza fictícia ou meramente potencial, a contrariar o postulado da capacidade contributiva, mas de resultados que impactam positivamente no valor de mercado da empresa, possuindo a natureza de ativo permanente e viabilizando, inclusive, a distribuição de dividendos.

Assim, a apuração de resultado positivo no balanço da controladora, reconhecido contabilmente por meio do método da equivalência patrimonial (MEP), exterioriza efetivo acréscimo patrimonial para fins fiscais, ainda que pendente a distribuição financeira do valor apurado pela empresa controlada.

Oportuno pontuar que a celeuma sobre a constitucionalidade da sistemática prevista no art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35/2001 já foi objeto de diversos questionamentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Enfrentada a questão pelo Plenário, prevaleceu a presunção de constitucionalidade do caput do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, inclusive quanto à utilização do MEP na apuração do balanço patrimonial (*e.g.*, ADI 2.588, RE 611.586, paradigma do Tema n. 537 em repercussão geral, e o RE 541.090).

Considerando o delineamento fático dos autos, que abrange pessoa jurídica controladora situada no Brasil e empresas controladas situadas em países com tributação regular (*i.e.*, Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo), as conclusões do RE 541.090 mostram-se ainda mais

precisas ao assentar “**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**” (RE 541.090, Tribunal Pleno, relator para acórdão, Ministro Teori Zavascki, DJe de 30 de outubro de 2014).

Corroborando, ainda, a conclusão da legitimidade de tributação incidente sobre o resultado positivo apurado por meio do método de equivalência patrimonial, cito outros precedentes: ARE 1270361 AgR, Primeira Turma, Ministro Luís Roberto Barroso, DJe de 14 de dezembro de 2020; e, ARE 1191424 AgR, Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, DJe de 9 de setembro de 2020.

Sendo assim, o caput do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 mostra-se consonante com a jurisprudência da Corte, bem como o conceito constitucional de renda, inclusive aos princípios da universalidade e capacidade contributiva.

Diante de tal cenário, **há de se reconhecer a natureza constitucional da controvérsia e a contrariedade do acórdão impugnado ao entendimento da Suprema Corte**, tendo em vista o afastamento do dispositivo ao caso concreto.

Sobre a aplicabilidade dos tratados contra a dupla tributação, entendo relevante destacar a importância do respeito aos acordos internacionais firmados pelo Estado Brasileiro, sobretudo em temas relacionados ao comércio exterior e à tributação. As convenções internacionais têm por objetivo criar um ambiente de negócio mais favorável para investimentos e, conseqüentemente, representam importante mecanismo de promoção do desenvolvimento nacional.

Eventual desrespeito às regras acordadas pelos Estados contratantes

pode ensejar, além da denúncia formal dos tratados, o nefasto cenário de insegurança das relações econômicas e internacionais, impactando na confiabilidade dos investidores estrangeiros no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, também se mostra indispensável um cuidado na invocação das normas dos tratados, de forma a privilegiar uma correta observância do seu escopo, sujeitos abrangidos e parâmetros firmados, evitando-se, assim, o seu uso indevido. Para além dos equívocos comuns de interpretação às normas internacionais, deve-se ter especial atenção a eventuais desvirtuamentos decorrentes de planejamentos tributários abusivos, inclusive, *treaty shopping*.

Considerando tais premissas, **adiro às considerações do Ministro Gilmar Mendes quanto à inaplicabilidade do Acordo contra Bitributação ao caso concreto**. De fato, a demanda ora apresentada não se mostra abrangida no bojo de incidência dos tratados. Explico.

Conforme detalhadamente explanado no voto do Min. Gilmar Mendes, o fenômeno da dupla tributação, em âmbito internacional, pode ocorrer tanto do ponto de vista jurídico, quanto econômico.

A doutrina especializada enumera alguns elementos essenciais para a aplicação dos tratados sob a perspectiva da dupla tributação jurídica, sendo indispensável averiguar-se: (i) pluralidade de jurisdições; (ii) identidade do sujeito passivo; (iii) identidade do elemento material do fato gerador; (iv) identidade do imposto; e, (v) identidade do período.

Em suma, sob a perspectiva jurídica, observa-se a dupla tributação quando presentes todos os elementos acima detalhados (pessoal, material e temporal). Em tais situações, uma mesma pessoa jurídica é tributada por dois Estados contratantes em relação a determinada renda ou

patrimônio num determinado período.

Por outro lado, a dupla tributação econômica dispensa a identidade de todos os elementos, recaindo, em regra, sob pessoas jurídicas diversas. Nesse caso, duas pessoas diferentes são tributadas em relação à mesma renda ou patrimônio. O elemento de tangenciamento, portanto, recai sob a renda e não no sujeito passivo.

Em recente publicação trazendo recomendações direcionadas aos formuladores de políticas públicas de natureza fiscal, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), do qual o Brasil é Estado-membro, explicitou a diferenciação entre os dois fenômenos, destacando que os tratados têm por escopo, tão somente, a proteção contra a dupla tributação jurídica. Veja-se:

Por exemplo, nos termos dos DTTs, dividendos pagos por uma empresa a um acionista estrangeiro podem ser tributados em ambos os Estados. Nessa situação, surge a **dupla tributação jurídica**, pois os dividendos são tributados nas mãos da **mesma pessoa** — o acionista — tanto no Estado da empresa distribuidora (por meio de retenção na fonte) quanto no Estado de residência do acionista estrangeiro, quando do recebimento. A **dupla tributação econômica**, por sua vez, ocorre porque a empresa no Estado de origem já pagou imposto de renda sobre seus lucros. Esses lucros (já tributados) são então distribuídos como dividendos e tributados novamente. Nesse segundo caso, **a mesma renda é tributada em momentos diferentes nas mãos de pessoas diferentes. Os DTTs tratam apenas da primeira forma de dupla tributação.** (tradução livre, grifos acrescidos)

Sob a perspectiva da exação impugnada, entendo que inexistente situação ensejadora de aplicação dos tratados, sob o ângulo jurídico, ante

a diversidade do elemento pessoal (*i.e.*, pessoa jurídica tributada).

Nesse sentido, o Estado Brasileiro estabeleceu, por meio de sua legislação doméstica, a tributação da pessoa jurídica controladora, em bases universais, de renda considerada própria, ainda que a fonte seja oriunda do exterior (*i.e.*, artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001). Mencionada previsão legal – cuja presunção de constitucionalidade foi declarada pelo Supremo – não implica, por si só, qualquer violação a tratado ou dupla tributação jurídica, eis que dispõe, apenas, sobre a tributação em âmbito nacional da empresa controladora.

No caso, observa-se, na realidade, uma preocupação com a dupla tributação econômica da renda, ante a diversidade de circunstâncias que poderiam resultar na cobrança de tributos para as empresas controladora e controladas (*e.g.*, lucro, dividendos, salários etc.).

Não obstante reconhecer a legitimidade da preocupação e os potenciais impactos negativos do ponto de vista negocial, sobretudo nas complexas cadeias dos grupos econômicos, este não é o escopo dos tratados contra dupla tributação. Revela-se inviável antever – e ressaltar – toda a cadeia de potenciais tributações do ponto de vista econômico.

Nessa linha, a mitigação dos efeitos da dupla tributação econômica traduz um desafio de política fiscal que deve ser enfrentado pela legislação doméstica. Assim, o Estado deverá prever mecanismos de ajustes com intuito de combater eventuais circunstâncias que impactem negativamente suas empresas nacionais. Nessa linha, cita-se, a título ilustrativo, o art. 87 da Lei nº 12.973/14 e o art. 26 da Lei n. 9.249/95, os quais já estabelecem instrumentos de compensação, aptos a minimizar tal problemática, nos seguintes termos:

Lei nº 12.973/14

Art. 87. A pessoa jurídica poderá deduzir, na proporção de sua participação, o imposto sobre a renda pago no exterior pela controlada direta ou indireta, incidente sobre as parcelas positivas computadas na determinação do lucro real da controladora no Brasil, até o limite dos tributos sobre a renda incidentes no Brasil sobre as referidas parcelas.

Lei n. 9.249/95

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.

§ 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.

§ 2º Para fins de compensação, o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.

§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.

Oportuno, ainda, destacar que a antecipação da tributação

diretamente na empresa controladora traduz o escopo principal das regras de “empresas estrangeiras controladas” ou *controlled foreign companies* (CFC). Sobre a matéria, os comentários anexos à Convenção Modelo da OCDE legitimam a taxação antecipada da pessoa jurídica controladora, afastando, expressamente, a aplicação do art. 7, parágrafo 1, dos Tratados. Pela sua pertinência, transcreve-se o trecho correlacionado ao tema.

Comentários ao art. 7, parágrafo 1, da Convenção Modelo contra a Dupla Tributação da OCDE.

14. O objetivo do parágrafo 1 é limitar o direito de um Estado Contratante de tributar os lucros empresariais das empresas do outro Estado Contratante. Conforme confirmado pelo parágrafo 3 do Artigo 1, **o parágrafo não limita o direito de um Estado Contratante de tributar seus próprios residentes sob as regras estabelecidas em sua legislação doméstica sobre empresas estrangeiras controladas, mesmo que esse imposto aplicado a esses residentes possa ser calculado com base na parte dos lucros de uma empresa residente no outro Estado Contratante que seja atribuível à participação desses residentes nessa empresa.** O imposto assim cobrado por um Estado sobre seus próprios residentes não reduz os lucros da empresa do outro Estado e, portanto, não pode ser considerado como tendo sido cobrado sobre tais lucros (grifos acrescidos, tradução livre).

Apesar de os comentários à Convenção Modelo da OCDE não serem vinculantes, eles são uma importante fonte de interpretação do sentido e alcance da própria convenção e, por consequência, orientam, suplementarmente, a aplicação de tratados contra dupla tributação por tribunais e autoridades de Estados Contratantes.

Tal prática, aliás, está em consonância com o art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – que dispõe sobre os meios suplementares de interpretação de tratados internacionais – incorporado ao ordenamento pátrio por meio do Decreto n. 7.030/2009. Sendo assim, podem ser considerados como verdadeiros instrumentos de *soft law*, eis que traduzem as diretrizes majoritariamente aceitas pela comunidade internacional sobre a interpretação e aplicação dos tratados.

Por fim, pontuo que a sistemática do art. 74 da Medida Provisória 2158-35/2001, de fato, se diferencia de uma típica norma antielisiva, ante seu caráter abrangente de antidiferimento. Entretanto, a norma traduz uma opção política de modelo de gestão fiscal relacionado à tributação internacional pelo Estado brasileiro.

Ultrapassar a atuação desta Corte como legislador negativo implicaria a invasão no exame da discricionariedade política. O Poder Judiciário deve atuar, em princípio, com deferência às decisões técnicas de órgãos governamentais, máxime em razão da maior capacidade institucional para o equacionamento da discussão (SL 1.425 AgR, ministro Luiz Fux, Presidente, Tribunal Pleno, DJe de 2 de junho de 2021; SS 5.564 AgR, ministro Luiz Fux, Presidente, Tribunal Pleno, DJe de 27 de junho de 2022).

Ante os princípios da separação dos poderes, da eficiência administrativa e da razoabilidade, cabe ao Supremo agir com cautela em face das soluções encontradas no debate legislativo e nas discussões técnicas quando da elaboração e implementação de políticas públicas (ADPF 825, ministro Marco Aurélio, Redator do acórdão ministro Nunes Marques, DJe de 26 de novembro de 2021).

Ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, impõe-se ao Judiciário certa autocontenção quanto às

valorações realizadas pelos órgãos especializados, mormente o Parlamento, ainda mais na ausência de vício de inconstitucionalidade na legislação (RE 1.359.139, piloto do Tema n. 1.231/RG, ministro Luiz Fux, Presidente, DJe de 8 de setembro de 2022; ADI 6.362, ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 9 de dezembro de 2020).

Ante o exposto, pedindo vênias ao ilustre Ministro Relator, **dou provimento ao agravo regimental e, conseqüentemente, ao recurso extraordinário da União, restabelecendo o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, conforme divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes.**

É como voto.