

GRANDES QUESTÕES ATUAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

18º volume

Coordenador

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA

Autores

ALBERTO XAVIER
ALCIDES JORGE COSTA
BETINA TREIGER GRUPENMACHER
CAIO AUGUSTO TAKANO
EDUARDO JUNQUEIRA COELHO
FÁBIO PALLARETTI CALCINI
FERNANDO FACURY SCAFF
GABRIEL LACERDA TROIANELLI
GUILHERME CEZAROTI
HELENO TAVEIRA TÔRRES
HUGO DE BRITO MACHADO
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO
LUÍS EDUARDO SCHOUERI
MARCIANO SEABRA DE GODOI
MISABEL ABREU MACHADO DERZI
PAULO AYRES BARRETO
PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA
RENATO LOPES BECHO
ROBERTO FERRAZ
SACHA CALMON NAVARRO COELHO
SERGIO ANDRÉ ROCHA
VALTER DE SOUZA LOBATO

DIALÉTICA

São Paulo - 2014

Noutras palavras, a citação eletrônica é, sim, possível e mesmo bem-vinda, contanto que espontaneamente escolhida pelo cidadão, a quem cabe eleger o seu domicílio. Permanece a citação pessoal, destarte, a regra, reservando-se a citação eletrônica à opção do jurisdicionado e a citação por edital a casos excepcionais, mediante prévia tentativa de localização do réu. E não haveria de ser diferente, dado o primado constitucional do devido processo legal.

Na forma em que concebido pelas autoridades fiscais paulistas, o DEC não encontra amparo no ordenamento ou paralelo no processo civil. Na contramão do devido processo legal, a notificação fiscal eletrônica já não é facultativa, mas compulsória, tampouco aparecendo como último remédio, à falta de outro meio para encontrar o contribuinte. A notificação compulsória por meio eletrônico de um contribuinte que possui endereço certo e localizado, de pleno conhecimento e acesso da Administração, revela-se, assim, expediente ardiloso, incompatível com o Estado de Direito, tendo por único efeito cercear o legítimo direito de defesa do contribuinte.

A Nova Legislação sobre Tributação de Lucros Auferidos no Exterior (Lei 12.973/2014) como Resultado do Diálogo Institucional Estabelecido entre o STF e os Poderes Executivo e Legislativo da União

MARCIANO SEABRA DE GODOI

Mestre e Doutor em Direito Tributário. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Presidente do Instituto de Estudos Fiscais - Belo Horizonte. Advogado.

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo compreender como o novo sistema brasileiro de tributação de lucros auferidos no exterior (Lei 12.973/2014, que teve origem na MP 627/2013) evoluiu no contexto do histórico legislativo anterior sobre o tema, e, principalmente, como o novo sistema se deixou ou não informar pelas conclusões a que o STF chegou no conturbado julgamento da ADI 2.588. A hipótese investigada no artigo é de que a novel legislação é fruto de um diálogo institucional promovido entre o STF e os Poderes Executivo e Legislativo da União. Para tanto, se utiliza do marco teórico segundo o qual o controle de constitucionalidade nas democracias contemporâneas é mais adequadamente descrito como um *diálogo interinstitucional sem última palavra*.

Para o desenvolvimento do estudo, são examinados, inicialmente, além da legislação, os entendimentos doutrinários a respeito do problema da chamada transparência fiscal internacional e sua constitucionalidade. Em seguida, examinam-se com detalhes os votos proferidos pelo STF no acórdão da ADI 2.588, de modo a verificar o desempenho deliberativo de alguns Ministros em particular, e do Tribunal como um todo. Examinam-se, ao final do estudo, as avaliações críticas que a doutrina especializada começa a desenvolver acerca do novo sistema de tributação.



2. Breve Histórico sobre a Tributação Brasileira dos Lucros Auferidos no Exterior¹

Pelo critério da *renda mundial*, os Estados soberanos tributam tanto as rendas produzidas por seus residentes nos limites de seu território, quanto a renda produzida por seus residentes fora dos limites de seu território². Esta solução privilegia a *generalidade* da tributação da renda e procura garantir a *neutralidade na exportação de capitais*, já que tanto o capital investido no exterior quanto o investido domesticamente terão seus frutos gravados com a mesma intensidade, e desta maneira a pressão tributária não influirá sobre a decisão privada de investir no próprio país ou no estrangeiro.

Já segundo o critério da *territorialidade*, somente o país em que a renda é produzida (país da *fonte* da renda) a tributa. Esta solução privilegia a *neutralidade na importação de capitais*, no sentido de que os lucros gerados em determinado território são tributados com igual intensidade, sejam eles produzidos por capital doméstico ou por capital estrangeiro. Esta segunda solução prepara um campo mais propício à influência das pressões tributárias sobre as decisões privadas de investimento e é mais consentânea aos interesses dos países importadores de capital, pois permite que uma carga tributária menor no *país da fonte* possa efetivamente atrair investimentos externos, o que é dificultado caso o critério da renda mundial seja aplicado pelos países exportadores de capital.

Tradicionalmente, o imposto de renda brasileiro relativo às pessoas jurídicas gravava somente o lucro produzido por atividades desenvolvidas nos limites do território nacional³, o que era natural no longo contexto histórico em que a economia brasileira era meramente importadora de capital. Dispunha o art. 268 do Regulamento do Imposto de Renda consolidado em 1980 (RIR 1980), na linha do que

¹ Este breve histórico legislativo se baseia em nosso trabalho anterior "O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. Vol. 6. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 275-286.

² Sobre o assunto, cf. VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 3ª ed. Haia, Londres e Boston: Kluwer Law International, 1997, Introdução, I., pp. 2-14.

³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; e HILU NETO, Miguel. "Sobre a tributação dos 'lucros disponibilizados' do exterior". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Imposto de Renda - alterações fundamentais*. 2º vol. São Paulo: Dialética, 1998, pp. 115-118.

determinava o art. 63 da Lei 4.506/1964, que "o lucro proveniente de atividades exercidas parte no país e parte no exterior somente será tributado na parte produzida no país". Assim, o imposto de renda brasileiro não alcançava os rendimentos e ganhos de capital obtidos no exterior, seja através de filiais ou sucursais de uma pessoa jurídica domiciliada no Brasil, seja através de empresas controladas ou coligadas.

Em dezembro de 1987, ocorreu a primeira modificação legislativa tendente a abolir o critério da territorialidade no imposto das pessoas jurídicas. O art. 7º do Decreto-lei 2.397, de 1987, dispôs que o imposto de renda gravaria os resultados obtidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no país, inclusive através de filiais, sucursais, agências ou representações. Esta mudança representava a adoção clássica do princípio da renda mundial ou da "tributação em bases universais".

Em fevereiro de 1988, houve nova mudança legislativa que aprofundou a opção pela neutralidade na exportação de capitais. Definuiu-se que também o lucro obtido no exterior por "subsidiárias" de empresas nacionais seria gravado pelo imposto brasileiro (art. 8º do Decreto-lei 2.413)⁴. Esta mudança constituía um passo a mais em relação ao princípio da renda mundial, pois o imposto brasileiro passava a gravar inclusive a renda auferida no exterior por pessoa jurídica distinta (subsidiária) da pessoa jurídica domiciliada no país.

Porém alguns meses após a adoção do critério da renda mundial (Decreto-lei 2.397/1987) e seu aprofundamento no sentido de atingir também as subsidiárias no exterior (Decreto-lei 2.413/1988), a legislação brasileira, não se sabe bem ao certo o motivo, retornou ao antigo critério da territorialidade (art. 11 do Decreto-lei 2.429, de abril de 1988). Em quatro meses, a legislação deixou o critério da territorialidade, adotou o critério da renda mundial, instituiu uma forma de transparência fiscal internacional (tributando os lucros das subsidiárias no exterior) e depois retornou ao critério da territorialidade.

Em 1995, a legislação brasileira voltou a abandonar o critério da territorialidade do imposto de renda das pessoas jurídicas. Tal

⁴ Este artigo também determinava que "o imposto de renda pago no exterior será considerado redução do imposto de renda brasileiro, mas a redução não poderá implicar imposto menor que o que seria devido sem a inclusão dos resultados obtidos no exterior".

movimento refletiu a tendência, àquela época, do capitalismo brasileiro se tornar também um exportador de capital, a tendência de a economia brasileira passar a contar também com empresas multinacionais de capital nacional, tendência que, atualmente, já é uma realidade cada vez mais consolidada. O art. 25 da Lei 9.249 dispôs que “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”. Segundo os parágrafos 2º e 3º desse artigo, o imposto de renda brasileiro alcança o lucro auferido por filiais, sucursais, controladas e coligadas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil.

O sistema previsto no art. 25 da Lei 9.249/1995 é bem semelhante ao previsto no Decreto-lei 2.413/1988, tendo sido adotado o princípio da *renda mundial numa versão ampliada*, visto que atinge inclusive os lucros de pessoas jurídicas estrangeiras (subsidiárias, controladas e coligadas) distintas das pessoas jurídicas residentes no Brasil.

A sistemática estabelecida pela Lei 9.249/1995, no que se refere ao gravame dos lucros das controladas e coligadas, foi considerado inconstitucional pela maioria da doutrina brasileira. A maioria dos autores considerou que a lei ordinária não poderia imputar automaticamente o lucro das controladas e coligadas à sociedade investidora, sob pena de se tributar uma *renda ainda não disponível*, um acréscimo patrimonial em relação ao qual as pessoas jurídicas residentes no país (contribuintes do imposto) ainda não haviam adquirido disponibilidade econômica ou jurídica⁵.

Talvez motivado pela reação fortemente negativa da doutrina, o Poder Executivo federal, primeiro com a Instrução Normativa 38/1996, e depois com a adoção da Medida Provisória afinal convertida na Lei 9.532/1997, determinou que o imposto de renda brasileiro somente alcançaria o lucro das controladas e coligadas estrangeiras no exercício em que esse lucro fosse devidamente *disponibilizado* às sociedades residentes no Brasil, pelo *pagamento* ou pelo *crédito* dos valores em conta representativa de obrigação da empresa no exterior,

⁵ Cf., por exemplo, as opiniões de XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 353-357; e SCHOUERI, Luís Eduardo; e HILU NETO, Miguel. “Sobre a tributação dos ‘lucros disponibilizados’ do exterior”. *Op. cit.*, pp. 120-123.

o que poderia ocorrer segundo diversas formas previstas no parágrafo 2º do art. 1º da Lei 9.532/1997.

Com isso, o sistema até então vigente no Brasil era o da *renda mundial* em seu sentido clássico: no caso das sucursais e filiais estrangeiras (sem personalidade jurídica autônoma), o lucro se considerava disponibilizado para a sociedade brasileira (e, portanto, se tornava passível de gravame) na data do balanço no qual houvesse sido apurado; no caso de sociedade estrangeira controlada ou coligada, o lucro se considerava disponibilizado para a sociedade brasileira na data do pagamento ou do crédito dos recursos, conforme as diversas hipóteses previstas nas Leis 9.532/1997 e 9.959/2000.

Em janeiro de 2001, por iniciativa do Poder Executivo federal, promulgou-se a Lei Complementar 104, que acrescentou dois parágrafos ao dispositivo do Código Tributário Nacional (art. 43) que define a hipótese de incidência do imposto sobre a renda. Abaixo do *caput* do art. 43, que define a hipótese de incidência do imposto de renda como sendo a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, passaram a figurar os seguintes parágrafos:

“§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.”

Baseando-se especificamente no acréscimo do parágrafo 2º do art. 43 do CTN, o Poder Executivo considerou que a nova configuração da legislação complementar passara a permitir à legislação ordinária a adoção dos critérios de universalidade ampliada previstos anteriormente (mas não efetivamente implementados) no Decreto-lei 2.413/1988 e na Lei 9.249/1995. Ou seja, o novo parágrafo 2º do art. 43 do CTN teria conferido ao legislador ordinário uma maior liberdade de configuração para gravar os lucros auferidos por empresas estrangeiras controladas e coligadas. Na avaliação do Executivo, estariam assim criadas as condições jurídicas para que o sistema da *transparência fiscal internacional*, há décadas largamente utilizado

em diversas nações desenvolvidas⁶, fosse também aplicado no Brasil.

Exercitando os poderes que julgava a ele conferidos pelo acima transcrito parágrafo 2º do art. 43 do CTN, o Executivo federal incluiu na 34ª edição da Medida Provisória 2.158, editada em julho de 2001, um dispositivo (art. 74) segundo o qual “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”. O parágrafo único desse art. 74 aduziu que os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 seriam considerados disponibilizados à investidora em 31 de dezembro de 2002, “salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor”.

Portanto, a primeira data-base definida para a imputação dos lucros foi 31 de dezembro de 2002. Menos de três meses antes dessa data, a Secretaria da Receita Federal expediu a Instrução Normativa 213. No art. 7º dessa Instrução Normativa, determinou-se que a tributação dos lucros auferidos no exterior se realizasse por intermédio dos ajustes dos valores dos investimentos conforme o método da equivalência patrimonial. Nos termos do parágrafo 1º do art. 7º, “os valores relativos ao resultado positivo da equivalência patrimonial, não tributados no transcorrer do ano-calendário, deverão ser considerados no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL”. Segundo o art. 8º da mesma Instrução Normativa, os lucros decorrentes dos investimentos que a legislação comercial (Lei das Sociedades por Ações) não manda avaliar pelo método da equivalência patrimonial continuariam a ser tributados pelo imposto brasileiro

⁶ Sobre o tema, cf. SANDLER, Daniel. *Tax treaties and controlled foreign company legislation - pushing the boundaries*. 2ª ed. Haia, Londres, Boston: Kluwer Law International, 1997; Organization for Economic Co-Operation and Development - OCDE. *Controlled Foreign Company Legislation*, Studies in Taxation of Foreign Source Income. Paris, 1996; AULT, Hugh J. (org.). *Comparative income taxation - a structural analysis*. Londres: Kluwer Law International, 1997, pp. 413-422; GADEA, Eduardo Sanz. *Transparencia fiscal internacional*. Madri: Centro de Estudios Financieros, 1996; PADIAL, Ignacio Cruz. *Transparencia fiscal internacional*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000; e MACIEL, Taísa Oliveira. *Tributação dos lucros das coligadas e coligadas estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

somente na proporção em que ocorresse sua disponibilização (crédito ou pagamento do lucro) para a empresa investidora⁷.

3. Os Regimes de Transparência Fiscal Internacional e os Problemas da Sistemática Estabelecida pelo Art. 74 da MP 2.158-35/2001

Chama-se de *transparência fiscal internacional* a legislação tributária que imputa às empresas residentes investidoras, antes mesmo de sua distribuição, o lucro auferido por sociedades controladas e coligadas domiciliadas no exterior. Esse regime, que vigora há décadas na legislação dos países industrializados⁸, foi concebido para atingir situações de planejamento tributário internacional em que empresas residentes desviam para jurisdições com baixa ou nenhuma tributação o lucro que naturalmente fluiria para o seu país de residência.

Em alguns países, define-se que essa sistemática só é aplicável a determinados tipos de rendimentos, os chamados *rendimentos passivos*, tais como *royalties*, juros e dividendos, que não decorrem de uma genuína atividade empresarial e são produzidos por ativos transferidos previamente pela sociedade investidora à sociedade investida. Em outros países, o regime somente é aplicado quando a entidade controlada ou coligada se localiza numa jurisdição fiscal

⁷ A equivalência patrimonial é um método de avaliação de investimentos permanentes que toma por parâmetro o valor do patrimônio líquido da sociedade investida ao longo do tempo. A legislação comercial brasileira determina que as sociedades devem obrigatoriamente seguir esse método de avaliação nos casos de investimentos “relevantes” em sociedades controladas e em determinadas sociedades coligadas. As diferenças entre o valor do patrimônio líquido da sociedade investida (multiplicado pela percentagem de participação no capital da coligada ou controlada) entre um ano e outro refletem imediatamente no resultado da sociedade investidora, independentemente de haver efetiva distribuição de dividendos. No alternativo método de custo, os lucros da sociedade investida somente refletem no resultado da investidora quando os dividendos são declarados e distribuídos, ou provisionados pela sociedade investida. Sobre o tema, cfr. SANTOS, José Luiz dos; SCHMIDT, Paulo; e FERNANDES, Luciane Alves. *Contabilidade avançada. aspectos societários e tributários*. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 9-128; e IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; e GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das sociedades por ações*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, pp. 205-229.

⁸ Para uma comparação entre as técnicas de imposição utilizadas pelos sistemas de imputação dos diversos países, cf. AULT, Hugh J. (org.). *Comparative income taxation - a structural analysis*. Londres: Kluwer Law International, 1997, pp. 413-422.

favorecida (paraíso fiscal), ou desfruta de um regime fiscal privilegiado.

Na quase totalidade dos países que adotam o regime da transparência fiscal internacional, uma entre duas soluções é tomada: ou se aplica o regime somente a determinados tipos de rendimentos (rendimentos imobiliários, *royalties*, juros, dividendos) - o que configura a chamada *abordagem transaccional*, ou se aplica o regime a toda a renda da entidade controlada, com a previsão de exceções a serem aplicadas em determinadas circunstâncias (por exemplo, quando se constata uma política razoável de distribuição de dividendos por parte da empresa controlada, quando se comprova que o estabelecimento da empresa controlada se deu por motivos não fiscais, ou quando há a comercialização em bolsa de valores das ações da empresa controlada). Esta última solução é chamada de *abordagem da entidade*, em contraposição à chamada *abordagem transaccional*⁹.

Outra característica própria dos regimes de transparência fiscal internacional é ser aplicável somente a sociedades estrangeiras efetivamente controladas por empresas residentes. Esse controle pode ser exercido isoladamente por uma só empresa residente, ou por meio de um grupo de empresas e/ou pessoas físicas relacionadas entre si (*constructive ownership*)¹⁰. Há poucos países em que tal controle não é um requisito para a aplicação do regime, mas mesmo nesses casos não há uma aplicação generalizada do regime, que somente se aplica se a sociedade estrangeira desfrutar de um regime fiscal privilegiado ou se localizar em países com tributação favorecida¹¹.

O problema é que a legislação de transparência fiscal internacional foi adotada no Brasil de forma genérica, sem obedecer a determinados critérios e distinções internacionalmente reconhecidos. Por força do art. 74 da Medida Provisória 2.158/2001 e seu regulamento (Instrução Normativa 213/2002), *todos* os investimentos em coligadas e controladas estrangeiras avaliados pelo método de equi-

⁹ Cf. Organization for Economic Co-operation and Development - OCDE. *Controlled foreign company legislation*, Studies in Taxation of Foreign Source Income. Paris, 1996.

¹⁰ Cf. GADEA, Eduardo Sanz. *Transparencia fiscal internacional*. Op. cit., pp. 19-63.

¹¹ Cf. Organization for Economic Co-operation and Development - OCDE. *Controlled foreign company legislation*. Op. cit., pp. 40-45.

valência patrimonial deveriam submeter-se ao regime da transparência fiscal internacional¹².

Os objetivos da legislação sobre transparência fiscal internacional são os de coibir abusos. A própria Presidência da República, em sua manifestação nos autos da ADI 2.588, adiante analisada, afirmou que os objetivos da norma do art. 74 eram “combater a evasão e a elisão fiscal internacional abusiva ou fraude à lei proporcionada pelos estímulos oferecidos em paraísos fiscais” (fl. 8). Contudo, com o advento do art. 74 da Medida Provisória 2.158/2001 e seu regulamento (Instrução Normativa 213/2002), tais objetivos foram distorcidos. Com efeito, estabeleceu-se um regime indiscriminado de atribuição dos rendimentos das entidades investidas às entidades investidoras, sem perquirir sobre o efetivo controle das segundas em relação às primeiras, e sem cogitar do caráter passivo das rendas ou da presença das primeiras em jurisdições de baixa pressão fiscal.

A aplicação generalizada e indiscriminada do regime de transparência fiscal apresenta graves inconvenientes. Por um lado, prejudica desnecessariamente a competitividade das sociedades brasileiras que efetuam no exterior investimentos diretos em atividades genuinamente empresariais. Nestes casos, não há nada que justifique, de um ponto de vista de política econômica ou fiscal, a exigência do imposto à medida que os lucros das controladas e coligadas são auferidos no exterior. Em segundo lugar, a adoção generalizada da transparência fiscal internacional para todo e qualquer investimento no exterior é apontada pela própria OCDE como contrária às normas dos tratados internacionais celebrados para evitar a dupla tributação da renda¹³.

¹² Identificando tal utilização desvirtuada do regime de transparência fiscal internacional pela Lei 9.249/1995, cf. OKUMA, Alessandra. “Da tributação das empresas controladas e coligadas”. In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional aplicado*. Vol. II, São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 504-517; XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. Op. cit., pp. 349-353; SALIBA, Luciana Goulart Ferreira. “Normas tributarias para la prevención de la elusión internacional”. *II Coloquio Internacional de Derecho Tributário*. Vol. II. Buenos Aires: CEU-Universidad Austral, 2000, pp. 633-647; TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional*. São Paulo: RT, 2001, pp. 131-132 e PANDOLFO, Rafael. “Invalidade das alterações promovidas pelo art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-34”. *Repertório de Jurisprudência IOB - I*. Abril de 2002, pp. 249-240.

¹³ Cf. o item 26 dos Comentários ao Art. 1º do Modelo de Convenção (versão de 2010) - OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OCDE, 2010.

3.1. Exagero da doutrina que considera inconstitucional o regime de tributação dos lucros de coligadas e controladas com base nos ajustes do método de equivalência patrimonial

Mesmo os autores que criticam determinados aspectos do regime de transparência fiscal internacional (como sua controversa compatibilidade com as convenções bilaterais para evitar a bitributação da renda¹⁴) reconhecem que, nos dias atuais, seria impensável um sistema fiscal nacional que abrisse mão daquele regime. Daniel Sandler observa que a crescente mobilidade do capital faz com que os residentes de um país tenham cada vez mais facilidades no sentido de escapar à tributação do imposto de renda. Por isso conclui o citado autor: “que tal legislação (transparência fiscal internacional) seja um elemento necessário da legislação do imposto de renda não se discute”¹⁵.

Parece-nos que a modificação que o legislador complementar operou em 2001 na redação do art. 43 do CTN (inclusão do parágrafo 2º) indica um claro propósito de munir o legislador ordinário dos instrumentos jurídicos necessários para combater as práticas de planejamento tributário internacional. Consideramos que, após a LC 104, o art. 43 do CTN autoriza que o legislador ordinário promova a imputação à pessoa jurídica residente dos lucros auferidos por entidades estrangeiras investidas, nos casos em que o investimento deve ser, segundo o direito privado, avaliado segundo o método da equivalência patrimonial¹⁶.

¹⁴ No Seminário intitulado “Tax treaties in the 21st Century”, promovido em outubro de 2001 por Canadian Tax Foundation, Harvard Law School, Maisto e Associati, OCDE e IBFD (International Bureau of Fiscal Documentation), aprovou-se por escassa maioria a proposição segundo a qual a legislação interna que institui o regime de transparência fiscal internacional conflita com as convenções bilaterais para evitar a bitributação que não possuem disposições específicas sobre a matéria - cf. IBFD. *Annual Report 2001-2002*. Amsterdã: IBFD, 2002, pp. 27-29. Nos comentários atuais ao Modelo da OCDE, afirma-se a compatibilidade das regras de transparência fiscal e os tratados, desde que tais regras sejam destinadas especificamente a combater abusos: “As a general rule, these measures should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer” (parte final do item 26 dos comentários ao art. 1º).

¹⁵ SANDLER, Daniel. *Tax treaties and controlled foreign company legislation - pushing the boundaries*. Op. cit., p. 222.

¹⁶ No mesmo sentido é a posição de Marco Aurélio Greco - cf. GRECO, Marco Aurélio; ROCHA, Sergio André et alii. *Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012, pp. 392-397.

O art. 74 da Medida Provisória 2.158/2001 e sua regulamentação promovida principalmente pelo art. 7º da Instrução Normativa 213/2002, apesar de criticáveis conforme os argumentos acima (por seu caráter genérico e indiscriminado), não podem ser reputados como *inválidos*, por ofensa ao art. 43 do Código Tributário Nacional.

O argumento principal dos que defendem a invalidade do sistema é que a sociedade investidora não adquire *disponibilidade econômica ou jurídica* sobre os lucros das sociedades controladas e coligadas enquanto esses não forem distribuídos aos sócios. Ora, se é o próprio direito privado (Lei das Sociedades por Ações, art. 248) que em determinados casos *obriga* as sociedades investidoras a reconhecerem em seu patrimônio o *resultado positivo* decorrente de investimentos antes mesmo da distribuição dos lucros das sociedades investidas, o regime fiscal de imputação de lucros baseado na equivalência patrimonial não contraria a antiga regra (vigente desde o Decreto-lei 1.598, de 1977) de que o “lucro real” a ser tributado pelo imposto de renda é aquele que parte da apuração do *lucro líquido* do período apurado *com observância das disposições das leis comerciais*.

Não é razoável pensar que o direito societário possa *impor* às sociedades (norma de ordem pública que é exceção no direito privado) refletir em seu balanço um acréscimo patrimonial sobre o qual essas mesmas sociedades não tenham adquirido qualquer disponibilidade econômica ou jurídica.

Esta não é a ocasião para aprofundar a indagação sobre o conceito de rendimento tributável¹⁷ ou sobre as diferenças entre os conceitos de *disponibilidade econômica* e *disponibilidade jurídica* contidos no art. 43 do Código brasileiro¹⁸. De todo modo, vale lembrar que a generalidade da doutrina brasileira reconhece que o conceito de *disponibilidade jurídica* não supõe necessariamente *disponibili-*

¹⁷ Cf. BELSUNCE, Horacio García. *El concepto de rédito en la doctrina y en el Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1967.

¹⁸ Sobre o tema, vide os seguintes estudos: COSTA, Alcides. “Conceito de renda tributável”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imposto de Renda*. São Paulo: Atlas, 1996, pp. 24-33; CANTO, Gilberto de Ulhôa. “A aquisição de disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op. cit., pp. 34-40; e LEMKE, Gisele. *Imposto de Renda - os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica*. São Paulo: Dialética, 1998.

dade financeira (dinheiro no caixa da empresa), nem tampouco o fenômeno da *separação da renda*¹⁹. Gisele Lemke, em obra específica sobre esse problema, vincula o *regime de competência* (aplicável à contabilidade das sociedades) ao conceito de *disponibilidade jurídica*, definido pela autora como “uma presunção legal de disponibilidade econômica de renda”²⁰.

A pergunta fundamental é a seguinte: a lei comercial brasileira parte de uma presunção razoável de disponibilidade econômica (da investidora sobre os lucros já apurados, mas ainda não distribuídos, pela investida controlada ou coligada) quando *exige* a avaliação periódica de determinados investimentos pelo método da equivalência patrimonial? Parece-nos que a resposta é desenganadamente afirmativa, pois importantes institutos do direito comercial e societário são baseados exatamente nessa razoável presunção de disponibilidade econômica: a obrigação de registrar os resultados da equivalência patrimonial interfere diretamente no cálculo e na distribuição dos dividendos obrigatórios aos acionistas, implica a valorização imediata e, portanto, interfere no valor de mercado das ações da empresa investidora.

Se tal presunção de disponibilidade econômica não fosse *razoável*, a adoção do método da equivalência patrimonial chocaria com o próprio princípio contábil do *conservadorismo*²¹, que impede que a sociedade reconheça uma receita ou um ganho de duvidosa realização. Contudo, o método da equivalência é aprovado pela ciência contábil, que inclusive o reputa mais acurado de um ponto de vista econômico do que o método de custo²².

Ora, se é muito clara a *disponibilidade jurídica* (no sentido de uma razoável presunção legal de disponibilidade econômica) sobre

¹⁹ Sobre esse conceito e a polêmica que sobre ele se estabeleceu entre Seligman e Vannoni, vide MACHADO, Brandão. “Breve exame crítico do art. 43 do CTN”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, pp. 95-108.

²⁰ Cf. LEMKE, Gisele. *Imposto de Renda - os conceitos de renda e de disponibilidade econômica e jurídica*. *Op. cit.*, pp. 112-120.

²¹ Cf. IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; e GELBCKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das sociedades por ações*. *Op. cit.*, pp. 98-99.

²² Segundo IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; e GELBCKE, Ernesto Rubens (*op. cit.*, p. 205), o método da equivalência patrimonial “apresenta resultados significativamente mais adequados (...) o método da equivalência patrimonial acompanha o fato econômico, que é a geração de resultados e não a formalidade da distribuição de tal resultado”.

os resultados positivos dos investimentos avaliados por equivalência patrimonial, então por que a legislação fiscal brasileira tradicionalmente estabeleceu sua desconsideração para fins de apuração do lucro tributável²³?

No caso de investimentos em sociedades domiciliadas no Brasil, o resultado positivo de equivalência patrimonial é excluído do lucro tributável do investidor para evitar o fenômeno da dupla tributação econômica, mesmo porque, a partir da Lei 9.249/1995 (art. 10), foi criada a isenção dos lucros e dividendos distribuídos por pessoas jurídicas residentes no país.

No caso de investimentos em sociedades domiciliadas no estrangeiro, houve dois momentos distintos. Até a Lei 9.249, a legislação do imposto de renda da pessoa jurídica não adotava o princípio da universalidade, portanto era natural que os resultados positivos dos investimentos permanentes no exterior não fossem incluídos no rendimento tributável²⁴. Com a Lei 9.249, adotou-se o sistema de imputação (que é uma ampliação do princípio da universalidade), o qual seria implementado pela técnica da *adição*²⁵ do lucro da sociedade investida ao lucro da investidora. Ora, com a adição desse lucro à base tributável da investidora, não seria possível considerar na apuração do imposto o resultado positivo decorrente da equivalência patrimonial, sob pena de haver grosseira dupla tributação jurídica. Daí o parágrafo 6º do art. 25 da Lei 9.249 haver determinado (em disposição meramente didática²⁶) que “os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º”.

²³ Cf. art. 23, I e parágrafo 5º, do Decreto-lei 1.598/1977 e art. 389 do Regulamento do Imposto de Renda consolidado em 1999 (Decreto 3.000). Como observou corretamente o Ministro Cezar Peluso em seu voto na ADI 2.588, “o fato de a legislação não prever então [no período anterior à MP 2.158-35] incidência do IR sobre o resultado decorrente de equivalência patrimonial dos investimentos em controladas e coligadas no exterior não impedia nem impede que viesse a prevê-lo” - fl. 214 do acórdão (DJ de 11.2.2014).

²⁴ Daí o art. 23, parágrafo 5º, do Decreto-lei 1.598/1977: “Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização de ágio ou deságio na aquisição, nem os ganhos ou perdas de capital derivados de investimentos em sociedades estrangeiras coligadas ou controladas que não funcionem no País.”

²⁵ A técnica da *adição* é mencionada nos parágrafos 2º e 3º do art. 25 da Lei 9.249/1995.

²⁶ Cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional*. *Op. cit.*, p. 439.

Guilherme Cezaroti²⁷ argumenta que a legislação do imposto de renda tradicionalmente considerou “neutro” o resultado positivo de equivalência patrimonial não pelos motivos apontados acima, mas porque o resultado positivo de equivalência patrimonial não constitui parcela “realizada” do lucro líquido, nos termos do art. 197, parágrafo 1º, da Lei das Sociedades por Ações. Se se admite que as disposições do direito privado são relevantes para indicar se um rendimento é ou não passível de tributação pelo imposto de renda nos termos do art. 43 do CTN, então se deve adotar uma visão integral dos dispositivos da Lei das Sociedades por Ações que tratam do tema da equivalência patrimonial. Fazendo isso, não há dúvidas de que a Lei das Sociedades por Ações considera que há *disponibilidade econômica* sobre tais resultados, que devem necessariamente compor o “resultado do exercício” da sociedade investidora se decorrerem de lucro ou ganho efetivo apurados nas sociedades controladas ou coligadas²⁸. O art. 197, parágrafo 1º, da Lei das Sociedades por Ações não *impede* que se distribua o dividendo obrigatório inclusive sobre o resultado positivo de equivalência patrimonial²⁹, nem compromete a presunção de disponibilidade econômica prevista no art. 248. A “realização” a que se refere o mencionado art. 197 tem a ver com o momento do “recebimento em dinheiro” dos lucros³⁰, com a chamada “disponibilidade financeira”, e não com a disponibilidade econômica ou jurídica mencionada no art. 43 do CTN.

O que nos parece inconstitucional no art. 74 da MP 2.158-35 é seu parágrafo único, que vulnera as regras da irretroatividade e da anterioridade, como de resto acertadamente decidido pelo STF no julgamento da ADI 2.588 (DJ de 11.2.2014), analisado com detalhes na próxima seção. Como observaram corretamente os Ministros Cezar Peluso (fl. 214-216) e Sepúlveda Pertence (fl. 148-149) em seus respectivos votos no referido julgado, o *caput* do art. 74 definiu um novo aspecto temporal para o fato gerador do imposto sobre a renda,

²⁷ CEZAROTI, Guilherme. “Lucros auferidos no exterior: a tributação do resultado da equivalência patrimonial pela IN SRF nº 213/02”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 97. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 57-58.

²⁸ Cf. art. 248, III, da Lei das Sociedades por Ações.

²⁹ O art. 197, *caput*, simplesmente estabelece que, se o montante do dividendo obrigatório ultrapassar a parcela “realizada” do lucro líquido do exercício, a assembleia geral *poderá* destinar o excesso à constituição de reserva de lucros a realizar.

³⁰ Cf. o mencionado art. 197, parágrafo 2º, *in fine*.

e seu parágrafo único determinou a aplicação desse novo aspecto temporal a fatos já ocorridos, o que configura nítida violação da irretroatividade e da anterioridade tributárias.

4. A Decisão do STF na ADI 2.588

A Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 2.588) pleiteando ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade dos já mencionados art. 43, parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional e art. 74 (*caput* e parágrafo único) da Medida Provisória 2.158-35/2001. Os argumentos de fundo da ação direta³¹ podem ser resumidos ao seguinte: o art. 43, parágrafo 2º, do CTN estaria dando poderes ao legislador ordinário para fixar o momento da ocorrência do fato gerador do imposto antes mesmo da efetiva aquisição de renda; e a exigência de imposto de renda da sociedade investidora, antes de distribuídos os lucros auferidos pelas sociedades investidas, tal como determinado pelo art. 74 da MP 2.158-35, seria inconstitucional, visto que configuraria uma incidência sobre algo “que não constitui renda”, já que a investidora ainda não teria adquirido disponibilidade econômica ou jurídica sobre tais recursos. Quanto ao parágrafo único do art. 74, alegou-se sua contrariedade às normas constitucionais da irretroatividade e da anterioridade tributária (arts. 150, III, *a* e *b*, da Constituição).

As posições tomadas pelos Ministros a respeito do tema podem ser reunidas em quatro grupos, lembrando que somente dez Ministros votaram na ADI 2.588 (acórdão, ainda não transitado em julgado, publicado em 11 de fevereiro de 2014), estando o Ministro Gilmar Mendes impedido de votar, visto que o mesmo era Advogado-geral da União quando a ação foi distribuída (2001) junto ao STF.

a) Posição da Ministra Ellen Gracie

A Relatora da ADI 2.588, Ministra Ellen Gracie, proferiu um voto objetivo num razoável período de tempo (a ação foi distribuída à Ministra no início de 2002 e seu voto foi apresentado na sessão de 5 de fevereiro de 2003).

³¹ Além desses argumentos de fundo, também foi alegado, em relação ao art. 74 da MP 2.158-35, que a MP foi editada sem o cumprimento dos requisitos de relevância e urgência da matéria.

A Ministra julgou, quanto ao art. 43, parágrafo 2º, do CTN, que não houve qualquer “carta branca ao legislador ordinário para estabelecer um fato gerador diferente daquele estampado no *caput* do artigo” (fl. 11), ou seja, o legislador ordinário deve definir o momento da disponibilidade da renda oriunda do exterior respeitando a conformação do fato gerador do imposto, conforme definido no *caput* do art. 43. Além disso, a Ministra julgou válida a “ficção legal” de que a controladora possui disponibilidade jurídica sobre os lucros da controlada desde a sua percepção, “no momento da sua apuração no balanço realizado pela controladora” (fl. 13). Isto porque, segundo o raciocínio da Ministra, o destino desses lucros “depende única e exclusivamente da empresa controladora” (fl. 13), que detém amplo poder decisório sobre as deliberações da empresa controlada. Contudo, a Ministra considerou inválido o sistema de imputação no caso dos investimentos em sociedade coligada, pois nessas hipóteses não se configuraria a disponibilidade jurídica da investidora sobre os lucros da investida, antes de sua distribuição. Pode-se sintetizar as razões e a conclusão do seu voto com as seguintes passagens (fls. 14-15):

“Não havendo posição de controle da empresa situada no Brasil sobre a sua coligada localizada no exterior, não se pode falar em disponibilidade, pela coligada brasileira, dos lucros auferidos pela coligada estrangeira antes da efetiva remessa desses lucros para a coligada aqui localizada ou, pelo menos, antes da deliberação que se faça no âmbito dos órgãos diretores, sobre a destinação dos lucros do exercício.
(...)”

Quanto às empresas coligadas, portanto, por ausência de qualquer um dos tipos de disponibilidade previstos no *caput* do art. 43 do Código Tributário Nacional, considero que o *caput* do art. 74 da medida provisória em questão violou o disposto no art. 146, inciso III, alínea *a* da Constituição Federal, que reservou à lei complementar a definição de fato gerador, definição esta que não pode ser ampliada pela legislação ordinária.”

Quanto à alegação de violação do art. 74, parágrafo único, da Medida Provisória, à irretroatividade e à anterioridade tributária, a Ministra a afastou, visto ter considerado que, no caso das empresas controladoras, não teria havido “instituição ou aumento de tributo,

mas simples alteração do momento da sua incidência para efeitos de cobrança, após a ocorrência do fato gerador” (fl. 16).

b) Posição dos Ministros Nelson Jobim, Eros Grau (sem voto escrito), Carlos Britto e Cezar Peluso

Logo após a leitura do voto da Relatora, na sessão de 5 de fevereiro de 2003, o Ministro Nelson Jobim passou a proferir seu voto. Ao contrário da Relatora, que em nenhum momento se referiu às práticas de planejamento tributário internacional que teriam motivado a adoção da legislação questionada na ADI, o Ministro Nelson Jobim iniciou o seu voto colocando bastante ênfase no fato de que “as empresas começaram a se utilizar dos paraísos fiscais, desde a sua instituição no Brasil e no mundo, exatamente para essas evasões fiscais, por meio da criação desses dois tipos de empresas [controladas e coligadas] nesses locais” (fl. 18). Constantemente interrompido pelos Ministros Marco Aurélio, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence, que faziam intervenções voltadas a indicar a inconstitucionalidade da legislação questionada, o Ministro Nelson Jobim, talvez prevendo que seu voto de improviso poderia não ter o potencial de convencimento que ele esperava, decidiu pedir vista dos autos (fl. 26).

Passados quase dois anos da sessão (5 de fevereiro de 2003) em que formulou seu pedido de vista, o Ministro Nelson Jobim apresentou, na sessão de 9 de dezembro de 2004, um longo voto escrito, em que foi analisado de forma detalhada o *pano de fundo* ou o *contexto* socioeconômico no qual se inseria a norma em questão. Ao contrário dos votos dos outros Ministros e também das análises doutrinárias mais difundidas sobre a matéria, o Ministro descreveu concretamente (fls. 41-43) os mecanismos empresariais de desvio de bases tributáveis do Brasil para países com tributação favorecida, bem como as maneiras por meio das quais as empresas investidoras utilizam economicamente os lucros auferidos no exterior por suas investidas, sem que haja sua transferência formal. Também se fez menção detalhada (fls. 46-55) ao longo histórico mundial das legislações de transparência fiscal internacional, bem como ao histórico legislativo brasileiro sobre a tributação dos lucros auferidos no exterior (fls. 55-68).

O Ministro Jobim analisou a validade do art. 74 da Medida Provisória 2.158-35 tomando como premissa fundamental a sua necessária vinculação ao método da equivalência patrimonial na avaliação de investimentos societários, tal como desenhado no direito

privado brasileiro³². É importante ressaltar que, no voto da Ministra Ellen Gracie, não há uma análise clara e concreta da influência dessa questão da equivalência patrimonial sobre a constitucionalidade do art. 74 da MP.

O Ministro Jobim entendeu que a *disponibilidade econômica de renda* existente nas hipóteses do referido art. 74 não é criada ou inventada pelo legislador fiscal, mas decorre do próprio direito privado, que, por força do método da equivalência patrimonial, obriga as sociedades a, em determinados casos, refletirem em seu próprio lucro líquido do exercício os lucros de suas controladas ou coligadas.

A configuração específica da equivalência patrimonial foi o que permitiu ao Ministro Jobim distinguir o caso concreto da ADI 2.588 daquele julgado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 172.058 (Pleno, DJ de 13.10.1995, Relator Ministro Marco Aurélio), em que se julgou inconstitucional a cobrança, do acionista da sociedade anônima, do imposto de renda em momento anterior à distribuição dos lucros. A norma declarada inconstitucional no RE 172.058 (art. 35 da Lei 7.713/1988) atingia a todos os detentores (pessoas físicas ou jurídicas) de participação no capital de pessoa jurídica, determinando *em qualquer caso* a imputação imediata dos lucros. No caso do art. 74 da Medida Provisória 2.158, a imputação seria baseada na existência de efeitos patrimoniais específicos (regulados pelo art. 248 da Lei das Sociedades por Ações) emergentes do próprio direito privado a que se submetem as sociedades. Por isso, o voto do Ministro Jobim, apesar de julgar improcedente a ação, imprimiu ao dispositivo atacado uma “interpretação conforme a Constituição”, no sentido de vincular sua aplicação somente aos casos em que a sociedade investidora está sujeita à avaliação do investimento pelo método da equivalência patrimonial (fl. 114), seguindo exatamente a lógica da IN 213/2002, que, contudo, não foi analisada em seu voto.

O Ministro Jobim também diferenciou os conceitos de *acréscimo patrimonial* e *fluxo de renda*, aduzindo que, no caso da tributação dos ajustes positivos dos investimentos em controladas e coligadas decorrentes da aplicação do método da equivalência patrimonial, haveria tributação de efetivos acréscimos patrimoniais, ainda

³² Sobre o método da equivalência patrimonial e sua influência sobre a sistemática do art. 74 da MP 2.158-35/2001, cf. a seção 2 do presente estudo, especialmente a nota de rodapé n. 5.

que não se trate de tributação de fluxos de renda (resultado operacional das empresas) - fl. 104.

Com relação ao parágrafo único do art. 74, o Ministro considerou que “o *acréscimo patrimonial da brasileira* já ocorrera quando da apuração dos lucros da *estrangeira* em seu balanço, pela aplicação do MEP” (fl. 110). Seguindo esta lógica, o Ministro considerou que o legislador determinou tão somente o encerramento de uma hipótese de diferimento tributário, sem que tenha havido violação à irretroatividade e à anterioridade tributária.

O substancial voto do Ministro Jobim influenciou fortemente os Ministros Eros Grau (que se limitou a acompanhá-lo, sem proferir voto escrito), Carlos Britto e Cezar Peluso.

O Ministro Carlos Britto, após pedir vista dos autos na sessão de 25 de outubro de 2007, tardou nada menos que três anos e meio para devolver os autos (6 de junho de 2011) para julgamento. Quanto ao art. 43, parágrafo 2º, do CTN, Carlos Britto repetiu (fl. 176) a argumentação da Ministra Ellen Gracie (fl. 11), no sentido de que não houve qualquer carta branca ao legislador ordinário para estabelecer um fato gerador diferente daquele estampado no *caput* do artigo 43 do CTN. Quanto ao art. 74 da MP, Carlos Britto seguiu integralmente a senda argumentativa do Ministro Jobim, no sentido de ressaltar a necessidade de combater as manobras empresariais de planejamento tributário internacional e de defender que os dispositivos da Lei 6.404/1976 que tratam do método da equivalência patrimonial têm o efeito de criar disponibilidade econômica, para a investidora, em relação aos lucros produzidos pela investida, mesmo antes de sua distribuição: “ora, os lucros obtidos por empresas controladas e coligadas no exterior repercutem positivamente no balanço da coligada no Brasil, gerando para esta última empíricos acréscimos patrimoniais” (fl. 184).

Em relação ao voto do Ministro Jobim, o voto do Ministro Carlos Britto apresenta duas particularidades: a sistemática do art. 74 da MP foi também justificada com base no princípio da capacidade contributiva (art. 145, parágrafo 1º, da Constituição) e no que o Ministro chamou ora de “justiça social tributária” (fl. 183), ora de “justiça tributária eficaz” (fl. 184). Além disso, o Ministro Carlos Britto afirmou, em determinado trecho do seu voto, a “necessidade de não tributar resultados que não signifiquem propriamente lucro (a variação cambial positiva, por exemplo)”, e chamou a atenção “para o

cumprimento dos mecanismos internos e dos tratados internacionais que têm por finalidade evitar a bitributação" (fl. 186).

O voto do Ministro Cezar Peluso foi bastante claro, preciso e técnico. Registrou inicialmente sua discordância em relação à posição da Ministra Ellen Gracie. Segundo o Ministro, considerar que o controle acionário da controladora sobre a controlada legítima de *per si* a tributação dos lucros nas mãos da controladora implicaria "desconsideração da personalidade jurídica da empresa no exterior, sem prova de fraude, o que não encontra apoio em nosso sistema jurídico" (fl. 197). Em seguida (fls. 199-211), explicitou de forma detalhada seu apoio à proposta do Ministro Jobim, segundo a qual o método da equivalência patrimonial, previsto na legislação comercial e societária, tem o efeito de criar disponibilidade econômica, para a investidora, em relação aos lucros produzidos pela investida, mesmo antes de sua distribuição, daí justificando-se juridicamente a validade do art. 74 da MP 2.158-35.

Em relação ao voto do Ministro Jobim, o voto do Ministro Peluso dele diverge em somente um ponto: o relativo à violação da irretroatividade e da anterioridade tributária. Segundo o Ministro Peluso, o art. 74 da MP alterou o aspecto temporal do fato gerador do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, e tal alteração somente pode ser aplicada para fatos geradores posteriores à publicação da MP 2.158-35, não podendo alcançar os lucros apurados pela investida até 31 de dezembro de 2001³³:

"Em relação a esses lucros deve ser observada a legislação vigente à época, de modo que o reajuste produzido no resultado da empresa brasileira que, nos termos supra expostos (equivalência patrimonial), não foi tributado, não poderá sê-lo retroativamente." (fl. 217)

Finalmente, registre-se que, tal como o Ministro Carlos Britto, o Ministro Peluso observou, no trecho final de seu voto, que nem todo resultado positivo oriundo da equivalência patrimonial poderia ser incluído na base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, "mas apenas aquele advindo do lucro produzido no exterior" (fl. 217).

³³ Como se pode notar, pelas posições que sustentamos na seção 3.1 desse estudo, nosso ponto de vista quanto ao mérito da ADI 2.588 coincide com o do Ministro Cezar Peluso. Contudo, o mais importante nessa seção do estudo é avaliar coletivamente o desempenho deliberativo do Tribunal no julgamento do caso, como ficará claro ao final da seção.

c) *Posição dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello (sem voto escrito)*

O Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos na sessão de julgamento de 9 de dezembro de 2004, após o voto do Ministro Nelson Jobim, e somente proferiu seu voto quase dois anos depois, na sessão de 28 de setembro de 2006.

O voto do Ministro Marco Aurélio foi o único que, preliminarmente, proclamou a invalidade da MP 2.158-35, por suposta ausência de urgência e relevância da matéria nela tratada. Neste ponto, seu voto desviou-se por completo da jurisprudência do STF, que somente em casos excepcionalíssimos se permite censurar o juízo do Presidente da República a respeito da relevância e urgência de determinada matéria objeto de edição de medida provisória.

Quanto ao mérito propriamente dito, o Ministro Marco Aurélio acolheu integralmente as alegações da inicial da ação, no sentido de que, sendo distintas as personalidades jurídicas das empresas investidora e investida, não se pode considerar que a investidora tem disponibilidade sobre os lucros da investida até que esses lucros lhe sejam distribuídos, sob pena de violação dos arts. 146, III, "a", e 153, III, da Constituição. Antes da efetiva disponibilização dos lucros, com sua entrega e ingresso no patrimônio da investidora, haveria "simples expectativa de direito", ou mesmo "aumento presumido, simples presunção ante as artimanhas do mercado, do patrimônio" (fl. 134).

Ao adotar tal entendimento, o voto do Ministro Marco Aurélio se alinhou à posição tradicional da maioria dos tributaristas brasileiros³⁴, posição com a qual não estamos de acordo, conforme visto na

³⁴ Neste sentido, cf., por exemplo: OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "O conceito de renda - inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar nº 104 (a questão da disponibilidade sobre lucros de coligadas e controladas no exterior)". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 73. São Paulo: Dialética, outubro de 2001, pp. 105-115; GONÇALVES, José Artur Lima. "Imposto sobre a Renda - resultados auferidos no exterior por filiais, sucursais, controladas e coligadas". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 74. São Paulo: Dialética, novembro de 2001, pp. 70-81; GOMES, Luís Augusto da Silva. "O Imposto de Renda, o art. 74 da MP nº 2.158/2001 e o conceito de disponibilidade econômica ou jurídica do art. 43 do CTN". *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 77. São Paulo: Dialética, fevereiro de 2002, pp. 87-91; ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. "Tributação dos lucros auferidos por sociedades coligadas ou controladas no exterior: exame da validade constitucional do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-34/2001". *Repertório de Jurisprudência IOB - I*. Outubro de 2001, pp. 569-566.

seção 3.1 do presente estudo. O mais curioso, contudo, é o seguinte. Após o voto do Ministro Jobim, na sessão de 9 de dezembro de 2004, Marco Aurélio não seria o próximo Ministro a votar, dada a aplicação do critério da antiguidade para se definir a ordem de votação dos Ministros. Contudo, dizendo que percebia o voto do Ministro Jobim como “um tanto quanto revolucionário” (fl. 115), pediu permissão aos “colegas que votam antes de mim” para pedir vista dos autos. Quase dois anos depois, apresentou seu voto, mas sem enfrentar, em uma linha sequer, os principais argumentos contidos no voto do Ministro Jobim. É impressionante constatar que nada consta do voto do Ministro Marco Aurélio a respeito dos impactos da aplicação do método da equivalência patrimonial sobre a discussão acerca da configuração de disponibilidade econômica ou jurídica dos lucros da investida antes de sua distribuição para a investidora.

O mesmo se diga quanto à questão da análise do precedente representado pelo RE 172.058. No voto do Ministro Jobim, alinham-se argumentos de peso (fls. 106-108) no sentido de que, dado o efeito das normas de direito privado sobre equivalência patrimonial, o decidido no RE 172.058 não poderia ser aplicado ao caso do art. 74 da MP 2.158-35. Mas no voto do Ministro Marco Aurélio, fruto de um pedido de vista justificado exatamente pela necessidade de analisar com detalhes o voto do Ministro Jobim, não há sequer uma linha para rebater os argumentos que levaram o Ministro Jobim a proceder ao *distinguishing* em relação ao RE 172.058.

Os Ministros Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello (que não proferiu voto escrito) aderiram à posição do Ministro Marco Aurélio, segundo a qual o art. 74 da MP 2.158-35 era inconstitucional, por ter determinado a incidência do imposto em momento anterior à aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica sobre a renda.

Quanto ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski, cujo pedido de vista tardou aproximadamente um ano até que o julgamento fosse retomado, registre-se a ocorrência de equívoco quanto à determinação de aplicação, à MP 2.158-35, do art. 62, parágrafo 2º, da Constituição. Esse dispositivo constitucional, que determina que “medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos (...) só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”, somente entrou em vigor com a Emenda Constitucional 32, pu-

blicada em 12 de setembro de 2001. Quando da publicação da MP 2.158-35, em 27 de julho de 2001, ainda não havia sido promulgada a EC 32, fato que não passou despercebido ao Ministro Cezar Peluso em seu voto (fl. 216).

d) Posição do Ministro Joaquim Barbosa

Na sessão de julgamento de 17 de agosto de 2011, quando foi proferido o nono voto na ADI 2.588, as posições quanto à questão da validade do *caput* do art. 74 da MP 2.158-35 eram as seguintes: quatro votos pela inconstitucionalidade, quatro votos pela constitucionalidade (desde que a aplicação do artigo fosse vinculada aos efeitos do método da equivalência patrimonial) e um voto pela constitucionalidade parcial do dispositivo (válido para as empresas controladoras, mas não para as coligadas). Caso terminasse aí o julgamento, não haveria qualquer decisão vinculante do STF quanto à matéria, porque não se teria chegado a uma maioria de seis votos em relação a nenhuma das posições acima mencionadas. Por isso o Ministro Marco Aurélio cogitou a possibilidade de “extinção do processo sem julgamento do mérito”, e animou os Ministros a pensarem numa “solução para o impasse” (fl. 219). O Presidente, Ministro Peluso, decidiu então aguardar o retorno da licença do Ministro Joaquim Barbosa, para colher o seu voto.

Quase dois anos após essa sessão, o julgamento foi retomado (na sessão de 3 de abril de 2013), colhendo-se o voto do Ministro Joaquim Barbosa. Este voto não se filiou a nenhuma das correntes anteriores, e lançou um novo critério para a aferição da constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35. O novo critério foi o da localização da empresa investida (controlada ou coligada): caso a investida se localize em “países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados” (fl. 237), a aplicação do referido dispositivo legal será válida; caso contrário, sua aplicação será inválida.

Para o Ministro Joaquim Barbosa, a aplicação do método da equivalência patrimonial, conquanto gere efeitos sobre a avaliação do patrimônio das empresas, não “supre a disponibilidade jurídica” (fl. 232) sobre os lucros da investida, visto que “não reflete alterações definitivas nos ingressos patrimoniais do contribuinte investidor” (fl. 231). Em sua posição, o método da equivalência patrimonial mensura somente uma “expectativa de aumento patrimonial”, cuja

confirmação “depende de eventos cuja ocorrência é potencial” (fl. 232).

Por outro lado, o Ministro Joaquim Barbosa considerou que “a sujeição ao MEP para presumir a distribuição dos lucros poderia ser mantida se o objetivo da medida fosse combater a sonegação causada pela distribuição disfarçada dos lucros devidos pelas empresas estrangeiras às controladoras ou coligadas no Brasil” (fl. 236). Ou seja, segundo o Ministro, a localização da empresa investida em paraísos fiscais tornaria “cabível a presunção do intuito evasivo” da empresa investidora (fl. 237).

e) Exame crítico dos votos e do desempenho deliberativo do STF no julgamento da ADI 2.588³⁵

Enquanto alguns votos não investem qualquer esforço investigativo no conhecimento das razões empíricas que levaram à adoção da legislação atacada na ADI, bem como no conhecimento da estrutura empresarial e econômica sobre a qual se aplicará a legislação, outros votos são muito mais abertos em relação a tal tarefa. Em relação ao voto do Ministro Jobim, consideramos que constitui um grande avanço hermenêutico sua análise destinada a tomar pé da finalidade da norma e da realidade sobre a qual a mesma incidirá.

É amplo o consenso doutrinário de que o aspecto teleológico da norma é de fundamental importância para sua interpretação e aplicação. No Direito Tributário, é impossível compreender o aspecto teleológico da norma se o intérprete não se dispuser a compreender a tessitura viva e complexa da realidade social, empresarial e econômica que motivou a elaboração da lei e sobre a qual a norma irá incidir. Não se trata de condicionar a fatores extrajurídicos ou pré-jurídicos a interpretação da lei. Trata-se simplesmente de reconhecer que a norma tributária não é fruto da inventividade ou do capricho de um legislador solitário e entediado em sua torre de marfim. Inter-

³⁵ Na presente seção, buscamos utilizar alguns conceitos teóricos propostos por Conrado Hübner Mendes em sua obra *Constitutional Courts and Deliberative Democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2013), já aplicados empiricamente a acórdãos do STF por Mateus Matos Tormin em sua monografia *Desempenho deliberativo e falhas deliberativas no Supremo Tribunal Federal: esboço de uma análise* (São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2013. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/212_Mateus%20Tormin%20alterada.pdf. Acesso em 7.7.2014).

pretar uma norma jurídica não se pode restringir a relacionar e hierarquizar conceitos extraídos de textos legais mediante os recursos e processos da lógica formal.

Comparando-se a corrente liderada pelo Ministro Jobim com a posição da Ministra Ellen Gracie, o argumento da primeira é muito mais consistente que o da segunda, para fins de fundamentar a existência de efetiva disponibilização de renda para a sociedade investidora. Enquanto Nelson Jobim leva em conta o efeito contábil da aplicação das disposições da própria legislação societária relativas à avaliação de investimentos pelo método da equivalência patrimonial, Ellen Gracie lança a tese problemática segundo a qual, se a controladora tem poder de decidir sobre o destino dos lucros da controlada, então os lucros já lhe estão disponíveis desde sua percepção pela investida. Ellen Gracie afirma que, quanto às coligadas, não há disponibilidade antes da efetiva distribuição, pois, dentre outros motivos, o destino dos lucros está vinculado “às limitações da própria legislação do país em que está sediada a empresa coligada” (fl.15). A Ministra não percebeu que esse mesmo argumento vale plenamente para o caso das empresas controladas.

A Ministra tampouco percebeu que o precedente do RE 172.058, citado em seu voto, não corrobora - e sim desautoriza - seu argumento de que o mero controle sobre uma sociedade autoriza que seus lucros ainda não distribuídos sejam considerados disponíveis ao seu controlador. O essencial no caso do RE 172.058 não foi a distinção controle x não controle societário, e sim as distinções lucros de uma empresa individual x lucros de uma autêntica sociedade, e contrato social prevendo distribuição automática dos lucros aos sócios x contrato/estatuto social sem tal previsão.

No caso da alegação de violação da irretroatividade, o voto de Ellen Gracie é obscuro e contraditório: primeiro se afirma que o art. 74 da MP teria estabelecido o momento de ocorrência do fato gerador do imposto (fl. 12), teria alterado “o momento de incidência do tributo” (fl. 16); depois se afirma que houve simples “alteração do momento da sua incidência para efeitos de cobrança, após a ocorrência do fato gerador” (fl. 16). Ora, alterar o momento de incidência de um tributo é alterar o aspecto temporal de seu fato gerador. Parece ter havido confusão, por parte da Ministra, entre alteração do aspecto temporal do fato gerador e alteração do prazo de pagamento do tributo (daí a referência à expressão “para efeitos de cobrança”).

Parece-nos uma grave falha deliberativa que nenhum dos votos que se opuseram frontalmente ao voto do Ministro Nelson Jobim haja enfrentado o argumento central de seu voto, relacionado à dinâmica e aos efeitos do método de equivalência patrimonial. Essa falha deliberativa é especialmente grave quanto ao voto do Ministro Marco Aurélio, que antecipou pedido de vista especialmente para rebater o voto do Ministro Jobim, passou quase dois anos com os autos em seu gabinete, e finalmente apresentou seu voto sem enfrentar, em uma linha sequer, os argumentos contidos no voto do Ministro Jobim.

Somente o Ministro Joaquim Barbosa rebateu os argumentos dos votos dos Ministros Jobim, Peluso e Britto sobre a questão do método da equivalência patrimonial, argumentando que os efeitos patrimoniais não seriam *definitivos*. A Ministra Ellen Gracie, após o voto de Nelson Jobim, que questionou frontalmente a linha de seu raciocínio, poderia e deveria ter aditado seu voto para analisar a questão, mas não o fez. O Ministro Moreira Alves fazia isso constantemente quando compunha o Tribunal³⁶. Ressalte-se que a Ministra Ellen Gracie somente se aposentou em 2011, e o voto do Ministro Jobim foi apresentado no final de 2004.

Contudo, a maior falha deliberativa contida no julgamento é, sem sombra de dúvida, a perda da noção de colegialidade da decisão. Com algumas exceções, a maioria dos Ministros gastou longos anos, fechado em seu gabinete com suas equipes de assessores, para proferir longos votos escritos que, mostrando-se excessivamente repetitivos e retóricos, deixaram de enfrentar direta e claramente os argumentos contidos nos votos até então proferidos.

A perda da colegialidade também se reflete no quase inacreditável prazo de mais de dez anos entre o primeiro e o último voto no julgamento. O atual sistema de sucessivos, longos e incontroláveis pedidos de vista inviabiliza que o STF cumpra a contento seu papel jurisdicional.

³⁶ Vide, por exemplo, o acórdão do RE 89.876 (Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, DJ de 10.10.1980), em que se tratou da distinção entre taxas e preços públicos. Após o voto do Relator, o Ministro Cordeiro Guerra apresentou voto-vista em sentido contrário, invocando diversos argumentos de peso. Após esse voto-vista, o Ministro Moreira Alves pediu adiamento e, em seguida (apenas uma semana depois), apresentou substancial aditamento ao seu voto anterior, “para poder examinar aspectos invocados pelo Eminentíssimo Ministro Cordeiro Guerra, e de que não tratei em meu voto” (fl. 451).

Veja-se o ocorrido ao término do julgamento, após o Ministro Joaquim Barbosa ter proferido o seu voto (3 de abril de 2013). O próprio Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto, já tinha para si que “a ação direta não nos dá nenhum resultado”, “houve uma dispersão de votos tão grande que...” (fl. 241). A mesma frustração desalentadora foi manifestada pelo Ministro Gilmar Mendes (“eu estou perplexo quanto a ser possível, a não ser que haja ajuste de votos, que haja de fato a possibilidade de se ter um somatório que leve a seis votos” (fl. 242) e pelo Ministro Marco Aurélio (“um voto médio é impossível” - fl. 242). Ou seja, ao término do julgamento, para os Ministros mais antigos da Corte, havia uma convicção de que o Tribunal não teria chegado a conclusão alguma, de que os dez anos de julgamento teriam sido em vão. E isso em se tratando do julgamento sobre a validade de um aspecto fundamental da legislação do principal imposto federal.

Somente na sessão seguinte (10 de abril de 2013), com a intervenção providencial dos Ministros Teori Zavascki e Dias Toffoli (fls. 248-260) no sentido de montar as peças do *quebra-cabeça* representado pelos votos anteriormente proferidos e sugerir um pequeno ajuste no voto do Ministro Joaquim Barbosa³⁷, foi possível se chegar a três posições suportadas por seis votos cada uma, e alcançar os três comandos com efeito vinculante mencionados no item 2 da ementa oficial do acórdão: (1) o comando de que o art. 74 da MP 2.158-35 é constitucional quanto a sua aplicação a empresas nacionais controladas de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais; (2) o comando de que o art. 74 da MP 2.158-35 é inconstitucional quanto a sua aplicação a empresas nacionais coligadas de pessoas jurídicas não sediadas em países de tributação favorecida, ou desprovidos de controles societários e fiscais; e (3) o comando de que é inconstitucional o parágrafo único do art. 74 da MP 2.158-35.

É desconcertante constatar que, após mais de dez anos julgando o caso, os Ministros não tenham definido se o regime de transparência fiscal pode ou não ser aplicado validamente em duas situações: no caso de controladas sediadas fora de paraísos fiscais e no

³⁷ Esse pequeno ajuste consistiu em incluir em seu voto a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 74 da MP 2.158-35 - vide fl. 259 do acórdão.

caso de coligadas sediadas em paraísos fiscais. Nessas duas situações, não houve quórum para uma decisão vinculante do Tribunal.

Vale também ressaltar que o STF não se pronunciou sobre a compatibilidade do art. 74 da MP 2.158-35 com os tratados bilaterais firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, tema sobre o qual a Primeira Turma do STJ se manifestou no Recurso Especial 1.325.709 (Relator o Ministro Napoleão Filho, DJ de 20.5.2014, acórdão não transitado em julgado)³⁸.

5. Última Palavra, Diálogo Institucional e a Resposta dos Poderes Executivo e Legislativo à Decisão do STF na ADI 2.588: MP 627/2013 e Lei 12.973/2014

Como aponta Conrado Hübner Mendes, a visão tradicional da teoria do Direito Constitucional brasileiro é a de que os juízes em geral, e as cortes constitucionais em particular, detêm o *monopólio da última palavra* sobre a interpretação da Constituição³⁹. Numa versão por assim dizer *messiânica* do controle de constitucionalidade, o juiz constitucional, considerado de forma idealizada como a *última trincheira do cidadão*, assume ares de “heroico e impassível defensor de direitos, líder do debate moral, consciência crítica e educadora da democracia”, enquanto o legislador democrático tende a ser caracterizado como “predominantemente egoísta e venal, dedicado exclusivamente ao alpinismo político, à expansão e perpetuação de seu poder”⁴⁰.

Frente a tal visão messiânica do STF como *guardião entrincheirado* e do monopólio judicial da última palavra, as teorias do *diálogo institucional sem última palavra* parecem mais verossímeis, do ponto de vista da sociologia política, e mais adequadas, de um ponto de vista jurídico, às instituições da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito. Os conceitos de “última palavra provisória”, “rodadas procedimentais” e “sequências legislativas” dão uma nova luz e uma legitimidade renovada à instituição do *judicial*

³⁸ Sobre a posição do Fisco a respeito do tema, vide a Solução de Consulta Interna nº 18/2013 - Cosit.

³⁹ Cf. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁴⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

review nas democracias contemporâneas⁴¹. Aqui não é o lugar nem o momento para aprofundarmos o estudo e o debate sobre esses conceitos. Pretendemos somente argumentar que esses conceitos fornecem o marco teórico adequado para se compreender a sequência dialógica entre o julgamento da ADI 2.588 e o processo legislativo que culminou na Lei 12.973/2014. Aliás, na literatura recente, há importante obra relacionando a evolução do Direito Positivo Tributário brasileiro e as teorias do diálogo institucional⁴².

Poucos meses após a sessão plenária do STF (10 de abril de 2013) em que se proclamou o resultado do julgamento da ADI 2.588, o Executivo federal remeteu ao Congresso Nacional a Medida Provisória 627, em cujos arts. 72 a 91 se desenhou um novo sistema de tributação dos lucros auferidos no exterior. As linhas mestras desse novo sistema de tributação foram definidas num claro movimento de diálogo institucional entre o Executivo e o STF, com a posterior participação do Legislativo federal, que converteu a MP 627 na Lei 12.973/2014. Vejamos.

O STF chegou majoritariamente a três consensos mínimos a respeito da legislação anterior⁴³: (1) não se pode tratar com o mesmo regime de tributação o caso das investidas sediadas em paraísos fiscais e o caso das investidas sediadas em países com tributação, digamos, *normal*; (2) não se pode tratar com o mesmo regime de tributação o caso das investidas que sejam *controladas* das empresas nacionais e o caso das investidas que sejam *coligadas* das empresas nacionais; (3) não se pode aplicar a fatos passados uma nova configuração do aspecto temporal do fato gerador do imposto sobre a renda oriunda do exterior.

O consenso (1) descrito acima repercutiu claramente no desenho de diversos institutos do novo sistema de tributação de lucros do exterior. No novo sistema, os lucros relativos às empresas investidas situadas em países de tributação favorecida, que desfrutam de regimes fiscais privilegiados ou de regime de subtributação têm um regime tributário distinto do regime aplicável aos lucros relativos a

⁴¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 237-240.

⁴² OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. *Direito Tributário e diálogo constitucional*. Niterói: Impetus, 2013.

⁴³ Vide itens 2.1 a 2.3 da ementa oficial do acórdão da ADI 2.588 (Redator do acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 11.2.2014).

empresas investidas que não se enquadram nas três situações antes mencionadas⁴⁴. A tributação dos lucros relativos a empresas investidas que não se encaixam nos casos acima mencionados, nem são controladas - direta ou indiretamente - por pessoas jurídicas em tais situações, pode se beneficiar do *regime opcional de consolidação* disciplinado nos arts. 78 a 80 da Lei 12.973/2014, desde que outros requisitos sejam também atendidos⁴⁵. Esse regime de consolidação, que em princípio vigorará até o ano de 2022, permite que os prejuízos de uma investida sejam compensados integralmente com os lucros de outras investidas, compensação que não era permitida no regime anterior, do art. 74 da MP 2.158-35, revogado pela Lei 12.973.

Outra importante diferenciação decorrente do consenso (1) acima mencionado diz respeito à criação do regime opcional do pagamento do imposto de renda e da CSLL na proporção dos lucros distribuídos nos anos subsequentes ao período de sua apuração, tal como disciplinado nos arts. 90 e 91 da Lei 12.973/2014. Esse regime somente pode ser usufruído em relação ao lucro de controladas que não se localizam em países com tributação favorecida, não desfrutam de regimes fiscais privilegiados nem de regime de subtributação⁴⁶. A vantagem desse regime é que o imposto de renda e a CSLL podem ser pagos em até oito anos, na proporção dos lucros distribuídos pela controlada nos anos subsequentes ao período de sua apuração, respeitada uma distribuição obrigatória mínima de 12,5% dos lucros no primeiro ano subsequente à sua apuração. O valor do pagamento será acrescido de juros calculados pela taxa Libor anual - dó-

⁴⁴ Países com tributação favorecida são aqueles descritos no art. 24 da Lei 9.430/1996. Regime fiscal privilegiado é aquele descrito no parágrafo único do art. 24-A da Lei 9.430/1996. Regime de subtributação é aquele definido no art. 84, III, da Lei 12.973/2014.

⁴⁵ Esses outros requisitos são os seguintes (cf. art. 78, caput, da Lei 12.973/2014): (a) o Brasil possuir, com o país de localização da controlada, tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários ou, em sua ausência, a empresa controladora disponibilizar a contabilidade societária em meio digital e a documentação de suporte da escrituração; (b) a investida ter renda ativa própria igual ou superior a 80% de sua renda total.

⁴⁶ Os outros requisitos exigidos para a opção pelo regime são: (a) a controlada no exterior não ter controlador direto ou indireto localizado em país com tributação favorecida ou beneficiário de regime fiscal privilegiado; e (b) a controlada no exterior não ter renda ativa própria inferior a 80% de sua renda total.

lar americano, uma taxa historicamente muitíssimo inferior às taxas de juros vigentes no mercado interno brasileiro⁴⁷.

O consenso (2) descrito acima repercutiu claramente na nova política legislativa de diferenciar a tributação do lucro das coligadas da tributação do lucro das controladas situadas no estrangeiro (arts. 81 e 82 da Lei 12.973/2014), como de resto indicou expressamente a própria Exposição de Motivos da MP, em seu item 82. No caso das controladas, seus lucros são tributados no ano em que forem auferidos, ao passo que, para as coligadas, a regra geral volta a ser a da tributação no ano em que os lucros são *disponibilizados* para a investidora brasileira. Essa regra geral somente deixará de ser aplicada nos casos em que a coligada estrangeira situa-se em países de tributação favorecida, desfruta de regimes fiscais privilegiados ou está sujeita a regime de subtributação, ou então é controlada - direta ou indiretamente - por pessoa jurídica sujeita a regime de subtributação, o que indica, neste particular, a influência conjunta, sobre a nova política legislativa, dos consensos do STF (1) e (2) acima mencionados.

O consenso (3) acima mencionado também foi levado em conta pelos Poderes Executivo e Legislativo, visto que o marco temporal do início de aplicação da nova sistemática foi definido *pro futuro*, respeitando-se, também, a regra constitucional da anterioridade tributária. Com efeito, editada a MP 627 em novembro de 2013, a incidência das novas regras sobre tributação de lucros no exterior foi postergada para 1º de janeiro de 2015 (art. 98 da MP 627 e art. 119 da Lei 12.973/2014), a não ser para as empresas que optarem pela aplicação das novas normas a partir de 1º de janeiro de 2014 (art. 95 da MP 627 e art. 96 da Lei 12.973/2014).

Além da influência marcante dos consensos alcançados pelo STF no julgamento da ADI 2.588, o Direito comparado também influenciou a nova política de tributação dos lucros auferidos no exterior. Com efeito, algumas características importantes das legislações CFC em vigor no mundo foram incorporadas ao sistema brasileiro. Vejamos dois casos.

O primeiro caso é a diferenciação entre rendas ativas e rendas passivas produzidas pelas empresas investidas no exterior, entenden-

⁴⁷ Veja-se a comparação: atualmente, a taxa Libor anual para depósitos em dólar americano é de aproximadamente 0,55%, enquanto a taxa básica de juros no mercado interno (taxa Selic/ano) é de 11%.

do-se por “renda ativa própria” a obtida mediante a exploração de atividade econômica própria, excluindo-se as receitas decorrentes de *royalties*, juros, dividendos, participações acionárias, aluguéis, ganhos de capital, aplicações financeiras e intermediação financeira (art. 84 da Lei 12.973/2014)⁴⁸.

Diversos países do mundo adotam uma diferenciação como essa em suas legislações destinadas a coibir abusos no desvio de lucros do país de residência da pessoa jurídica para jurisdições com tributação favorecida⁴⁹. Procedendo a um exame exaustivo do Direito comparado, o autor espanhol Eduardo Sanz Gadea concluiu que⁵⁰

“El núcleo esencial de los sistemas normativos relativos a la transparencia fiscal internacional está constituido por los preceptos relativos a las rentas susceptibles de ser gravadas en sede de los socios de la entidad no residente (...)

Las rentas pasivas (dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital) son susceptibles de inclusión (Estados Unidos, Alemania y España) o su obtención preponderante determina la no ocurrencia de la excepción a la inclusión (Reino Unido, Francia y Portugal).”

A funcionalidade da diferenciação renda ativa própria x renda passiva, no caso da nova legislação brasileira, é que, tanto para a

⁴⁸ No Congresso Nacional, por ocasião da tramitação da MP 627, flexibilizou-se em grande medida o que se deve considerar como *renda ativa própria*. Na redação final da Lei 12.973, consideram-se também como renda ativa própria: (a) os ganhos de capital auferidos na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos com antecedência de mais de dois anos; (b) os juros e receitas de aplicações e intermediações financeiras de instituições financeiras reconhecidas e autorizadas a funcionar pela autoridade monetária local; (c) os dividendos e receitas decorrentes de participações societárias relativas a investimentos efetuados até 31 de dezembro de 2013 em pessoa jurídica cuja receita ativa própria seja igual ou superior a 80% de sua renda total.

⁴⁹ Organization for Economic Co-operation and Development - OCDE. *Controlled Foreign Company Legislation*, Studies in Taxation of Foreign Source Income. Paris, 1996, pp. 49-54; CÂMARA, Francisco de Sousa; e AYALA, Bernardo. “Portugal CFC Taxation”. *European taxation*. Janeiro de 1996, pp. 21-22; STOFFREGEN, Philip A.; e LIPELES, Stewart R. “United States anti-avoidance measures affecting multinational corporations”. In: CAMPBELL, Dennis (ed.). *International tax planning*. Londres: Kluwer, 1995, pp. 264-275; MONTERO, Juan José Nieto; e GÓMEZ, María Begoña Villaverde. *La imputación de rentas en la transparencia fiscal internacional*. Madri: Edersa, 2002, pp. 112-118.

⁵⁰ GADEA, Eduardo Sanz. *Transparencia fiscal internacional*. Madri: Centro de Estudios Financieros, 1996, p. 230.

fruição do regime opcional da consolidação, quanto do regime opcional do pagamento do IR/CSLL na proporção dos lucros distribuídos nos anos subsequentes ao período de sua apuração, a legislação exige que a investida no exterior tenha pelo menos 80% de sua renda total composta por renda ativa própria.

O segundo caso é a criação da figura da pessoa jurídica equiparada à controladora (art. 83 da Lei 12.973/2014). Essa equiparação legal se dá em relação a pessoas jurídicas residentes no Brasil que detenham participação em coligada no exterior e que, em conjunto com outras pessoas físicas ou jurídicas, residentes e domiciliadas no Brasil ou no exterior, *consideradas a elas vinculadas*, detenham participação superior a 50% do capital votante da pessoa jurídica domiciliada no exterior. Essa equiparação significa que o controle da entidade estrangeira é aferido não de forma isolada, empresa por empresa, mas levando-se em conta a participação de todas as partes que a legislação fiscal considera *vinculadas entre si*. Essa forma de aferir o controle sobre as entidades estrangeiras pode ser considerada como *padrão* no Direito comparado⁵¹.

O Poder Executivo também incluiu na nova sistemática da transparência fiscal internacional a previsão de uma série de deduções - da base de cálculo e do imposto a pagar - voltadas a impedir, ou pelo menos mitigar, o fenômeno da dupla tributação - econômica ou jurídica - da renda, com destaque para a dedução prevista no art. 86 do texto definitivo da Lei 12.973/2014, que anula a dupla tributação provocada pela aplicação cumulativa da legislação de transpa-

⁵¹ Cf. PADIAL, Ignacio Cruz. *Transparencia fiscal internacional*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 55-60; Organization for Economic Co-operation and Development - OCDE. *Controlled Foreign Company Legislation*, Studies in Taxation of Foreign Source Income. Paris, 1996, pp. 37-39. Este último estudo conclui o seguinte: “All of the regimes except those in Denmark, Norway and Portugal contain comprehensive constructive ownership rules. Constructive ownership rules deem a taxpayer to own the shares in the foreign corporation owned by related persons or entities, although the breadth of the rules (*i.e.* how close the connection between the persons must be before they are considered related) does vary.” Sobre o tema da aferição do controle sobre a entidade estrangeira, Sanz Gadea concluiu a partir do estudo do Direito comparado que “el porcentaje de participación más extendido es el 50 por 100. Excepto Francia, que tiene el 10 por 100, los restantes países tienen el 50 por 100”, e que “el porcentaje de participación se refiere a un conjunto de personas o entidades residentes en el país, computándose las participaciones indirectas y fiduciarias” (GADEA, Eduardo Sanz. *Transparencia fiscal internacional*. Op. cit., p. 34 - destacamos).

rência fiscal internacional e da legislação de preços de transferência ou subcapitalização. Algumas dessas deduções já constavam da legislação anterior, mas foram incluídas outras, de modo a evitar com mais eficácia a dupla tributação da renda.

Com relação à atuação do Congresso Nacional no processo de tramitação da MP, seu papel consistiu em flexibilizar, em benefício dos contribuintes, o regime constante do texto da Medida Provisória 627. Essa atuação do Congresso é esperada no regime representativo, em que, no campo da definição da política tributária, o Poder Legislativo tende a ser mais receptivo do que o Poder Executivo às demandas dos contribuintes, especialmente dos contribuintes de maior poder econômico, que contribuem mais significativamente para o financiamento das caríssimas campanhas eleitorais. Exemplo disso foi a criação pelo Congresso de uma dedução, em benefício das controladoras brasileiras, de 9%, a título de crédito presumido, sobre os lucros de pessoas jurídicas no exterior que realizam atividades de fabricação de bebidas e produtos alimentícios, bem como de construção de edifícios e obras de infraestrutura (art. 87, parágrafo 10, da Lei 12.973/2014).

As principais medidas de iniciativa do Congresso Nacional foram, além da mencionada no parágrafo acima, as seguintes:

- explicitar que o objeto da tributação é o *lucro* das empresas investidas, não sendo incluídas as parcelas relativas à variação cambial e outras que influenciam a variação de seu patrimônio líquido, mas não correspondem a seu lucro propriamente dito (art. 77 da Lei 12.973/2014);
- retirar as pessoas físicas residentes no Brasil do âmbito de incidência da legislação sobre transparência fiscal internacional⁵²;
- aumentar o prazo de vigência (de 2017 para 2022) do regime opcional da consolidação dos lucros e prejuízos das controladas, e flexibilizar os requisitos (constantes da MP) segundo os quais tal regime somente poderia ser aplicado em relação aos “resultados de rendas ativas próprias”⁵³ e, caso o

⁵² O tema era tratado nos arts. 89 a 91 da MP 627, que foram rejeitados pelo Congresso Nacional.

⁵³ Tal requisito foi, no texto definitivo da lei (art. 78, IV), transformado na exigência de que a empresa investida tenha renda ativa igual ou superior a 80% de sua renda total.

país da investida mantivesse com o Brasil “acordo em vigor para troca de informações para fins tributários”⁵⁴;

- retirar dos requisitos exigidos para a tributação das coligadas na proporção dos lucros disponibilizados para a investidora a exigência de que a empresa coligada sediada no exterior tivesse renda ativa própria igual ou superior a 80% de sua renda total;

- prever casos em que determinados tipos de ganhos de capital, dividendos e receitas de aplicações e intermediações financeiras se qualificam como *renda ativa própria* (vide nota de rodapé 46 *supra*);

- no âmbito do regime opcional do pagamento do imposto de renda e da CSLL na proporção dos lucros distribuídos nos anos subsequentes ao período de sua apuração, diminuir a exigência de distribuição mínima no primeiro ano (de 25 para 12,5% dos lucros) e alongar o prazo total de cinco para oito anos, estipulando-se a incidência de juros Libor somente a partir do segundo ano subsequente à apuração dos lucros⁵⁵.

Essas alterações promovidas pelo Congresso Nacional no texto original da Medida Provisória não desconfiguraram ou descaracterizaram a teleologia do novo sistema de tributação dos lucros no exterior: submeter aos maiores rigores da legislação de transparência fiscal internacional os casos em que há efetivo controle sobre a empresa investida e os investimentos se dirigem a jurisdições ou regimes com baixa ou nenhuma tributação, reservando-se um tratamento mais benéfico a situações em que a deslocalização do capital se guia pela lógica saudável e desejável da real expansão produtiva e mercadológica.

A conclusão parcial a que se chega é que, ao contrário do que se poderia imaginar, a decisão do STF no controle de constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35 não jogou uma *pá de cal* sobre o assunto, e sim provocou no Legislativo e no Executivo uma série de movimentos destinados a reformar a legislação, levando em conta,

⁵⁴ Tal requisito foi, no texto definitivo da lei (art. 78, I e parágrafo 7º), transformado na exigência de que o Brasil tenha, com o país de localização da controlada, tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários ou, em sua ausência, que a empresa controladora disponibilize à fiscalização a contabilidade societária em meio digital e a documentação de suporte da escrituração.

⁵⁵ No texto original da MP, os juros incidiriam a partir do primeiro ano subsequente.

em parte, determinados pontos de vista contidos na decisão do Tribunal, além de outros pontos de vista e demandas setoriais trazidos à baila pelos contribuintes e pela Administração Tributária no bojo do processo legislativo.

6. Críticas que se levantam contra a Nova Sistemática de Tributação dos Lucros no Exterior

Ainda são muito incipientes as análises técnicas a respeito das mudanças efetivadas pela Lei 12.973/2014 em relação ao sistema anterior de tributação de lucros do exterior. Contudo, as poucas manifestações até agora publicadas não nos parecem fazer justiça aos frutos positivos do importante diálogo institucional entabulado entre o STF e os Poderes Executivo e Legislativo da União.

Roberto Duque Estrada manifestou recentemente uma reação francamente negativa à nova legislação, afirmando que a nova sistemática “consegue ser pior que a anterior, já que tributa automaticamente não só os lucros das controladas diretas no exterior, como também os das controladas indiretas”⁵⁶. Não parece adequado avaliar se a nova legislação é melhor ou pior que a anterior levando em conta somente um aspecto do novo sistema de tributação, o da inclusão ou não das controladas indiretas na transparência fiscal internacional. Mas mesmo em relação a esse aspecto específico, é preciso reconhecer que a nova legislação brasileira segue uma clara tendência do Direito comparado⁵⁷. Aplicar o sistema de transparência fiscal internacional inclusive às controladas indiretas não é uma idiossincrasia da nova legislação brasileira, é quase uma constante na legislação comparada sobre o tema.

O autor prossegue sua análise afirmando o seguinte:

“Assim, por exemplo, uma empresa brasileira que controle diretamente uma sociedade *holding* na Espanha (país muito

⁵⁶ ESTRADA, Roberto Duque. “Brasil só será potência regional com a revisão da tributação das controladas”. *Consultor jurídico*, 25 de junho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-25/brasil-potencia-regional-revisao-tributacao-controladas>. Acesso em 9.7.2014.

⁵⁷ “All of the jurisdictions contain indirect ownership rules, so that control includes indirect control” - Organization for Economic Co-operation and Development - OCDE. *Controlled Foreign Company Legislation*, Studies in Taxation of Foreign Source Income. Paris, 1996, p. 35. No Direito espanhol, cf. MONTERO, Juan José Nieto; e GÓMEZ, María Begoña Villaverde. *La imputación de rentas en la transparencia fiscal internacional*. Madri: Edersa, 2002, pp. 85-88 e 231-237.

utilizado para essas funções, em virtude da extensa rede de tratados tributários e de proteção de investimentos com países latino-americanos), que, por seu turno, controle três sociedades lucrativas (Chile, Colômbia e Argentina) e duas com prejuízos (Equador e Uruguai) (*controladas indiretas*), será obrigada a tributar automaticamente no Brasil os lucros dessas três empresas lucrativas, mas não poderá compensá-los com as perdas registradas nos dois últimos países.”

Como o autor explicita mais à frente em seu próprio texto, a consolidação dos resultados das investidas-controladas indiretas não é peremptoriamente vedada pela nova legislação. O que ocorre é a necessidade de cumprimento de alguns requisitos para se permitir a consolidação. Esses requisitos determinam que as investidas (art. 78 da Lei 12.973/2014): (a) não estejam situadas em países de tributação favorecida, não desfrutem de regimes fiscais privilegiados ou de subtributação, nem sejam controladas por empresas nessas situações; (b) tenham renda ativa própria igual ou superior a 80% de sua renda total; (c) estejam situadas em países com os quais o Brasil possua tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários ou, em sua ausência, que a empresa controladora disponibilize a contabilidade societária em meio digital e a documentação de suporte da escrituração.

De fato são requisitos exigentes, mas não nos parece que sejam “discriminatórios”, como afirma o autor. Os requisitos seguem uma *rationale* básica, que de resto emergiu do próprio julgado do STF: os investimentos que se dirigem a jurisdições ou regimes com baixa ou nenhuma tributação devem receber um tratamento distinto daqueles dirigidos a países com tributação normal; deve-se reservar um regime mais benéfico para situações em que as empresas de fato expandem suas fronteiras produtivas e mercadológicas para além do território nacional, o que não ocorre quando se tem a produção de rendas passivas em paraísos fiscais.

Levando em conta essa *rationale*, não há porque se espantar quanto ao “tratamento VIP dispensado pela nova lei a certas atividades de empresas do setor do petróleo e do gás natural (dispensados da tributação automática - artigo 77, parágrafo 3º) e dos setores de alimentação, bebidas, construção civil e infraestrutura (beneficiários de um crédito presumido de 9% - artigo 87, parágrafo 10)”. A primeira dessas atividades - exploração e prospecção de petróleo e

gás em território brasileiro - é inegavelmente estratégica para a economia nacional, tanto do ponto de vista fiscal (participações governamentais) quanto do ponto de vista macroeconômico do balanço de pagamentos. As outras atividades constituem, hoje, os ramos produtivos pelos quais o capitalismo brasileiro vem se internacionalizando com mais sucesso.

Num ponto estamos de acordo com o autor: a nova lei não incentivará que os grupos multinacionais estrangeiros façam do Brasil um polo "de coordenação dos investimentos regionais, pela atribuição às subsidiárias brasileiras de multinacionais das funções de *holding* de controle das participações societárias em países da América Latina". Mas o Brasil não precisa dessa condição de "hub preferencial para concentração de investimentos na América Latina" para alcançar a condição de "potência regional", condição que, de resto, a economia brasileira já alcançou há muito. Segundo a política econômica ínsita à novel legislação, os investimentos e o capital internacional de que o país mais necessita são os produtivos, relativos ao lado real da economia, que incrementem a infraestrutura e a maturidade tecnológica do país.

7. Conclusão

Por meio de um movimento de diálogo institucional que se iniciou no STF no julgamento da ADI 2.588 e caminhou em direção ao Executivo e ao Legislativo da União no bojo do processo legislativo da MP 627 e sua conversão na Lei 12.973/2014, substituiu-se um sistema de genérica e indiscriminada tributação automática dos lucros de controladas e coligadas estrangeiras por um novo esquema de tributação que, muito mais alinhado com a experiência e institutos do Direito comparado em seu combate aos planejamentos tributários internacionais abusivos, submete aos maiores rigores do regime de transparência fiscal internacional aqueles casos em que há efetivo controle da empresa investidora sobre a empresa investida, e em que os investimentos se dirigem a jurisdições ou regimes com baixa ou nenhuma tributação, preservando aquelas situações em que a deslocalização do capital pelo globo terrestre se guia não pela busca de refúgios livre de impostos, mas sim pela dinâmica saudável e desejável da real expansão produtiva e mercadológica.

Da Imunidade das Subvenções para Investimento nas Parcerias Público-privadas

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

Professora Titular de Direito Tributário e Financeiro da UFMG e das Faculdades Milton Campos. Doutora em Direito pela UFMG. Presidente Honorária da Associação Brasileira de Direito Tributário - Abradt. Consultora e Advogada.



Misabel Abreu Machado Derzi

SACHA CALMON NAVARRO COELHO

Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ (Faculdade Nacional de Direito). Doutor em Direito Público pela UFMG. Presidente da ABDF. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Tributário das Faculdades Milton Campos. Consultor e Advogado.



Sacha Calmon Navarro Coelho

EDUARDO JUNQUEIRA COELHO

Mestre em Economia pela UFV. Ex-Auditor da Receita Federal. Consultor e Advogado.



Eduardo Junqueira Coelho

VALTER DE SOUZA LOBATO

Professor de Direito Tributário das Faculdades Milton Campos. Mestre e Doutor pela UFMG. Consultor e Advogado.



Valter de Souza Lobato

1. Delimitação do Objeto

Ao abordarmos, neste texto, a imunidade das subvenções para investimento nas parcerias público-privadas, somente poderíamos considerar a imunidade recíproca dos entes estatais tributantes, que compõem a República Federativa do Brasil. Como é sabido, para delimitar negativamente a competência de cada um deles, no que tange à renda, o patrimônio e os serviços uns dos outros, dispõe a Constituição, no seu art. 150, VI, "a":

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre: