

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 870.214 RIO DE JANEIRO

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

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Trata-se, na origem, de mandado de segurança preventivo impetrado pela Companhia Valor do Rio Doce contra ato do Ilmo. Dr. Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro.

Relatou a impetrante que é controladora direta de cinco empresas: a Brasilux e a Rio Doce Europa S.a.r.l., que estão domiciliadas em Luxemburgo; a Rio Doce Internacional S/A - RDI, na Bélgica; a Rio Doce Comércio Internacional, na Dinamarca; e a Brasamerican Limited, nas

Bermudas.

Disse a autora que está sujeita ao art. 74, **caput** e parágrafo único, da MP nº 2.158/34. O **caput** estipularia que, para fins de determinação da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, 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. Indicou que a IN nº 213, de 7 de outubro de 2002, teria adotado o conceito de resultado positivo de equivalência patrimonial.

Consignou que o primeiro objetivo da impetração é afastar a aplicação dos dispositivos aos resultados positivos de equivalência patrimonial apurados pela impetrante a partir de 2002. Argumentou que aquele artigo seria incompatível com os tratados contra a dupla tributação, o CTN não permitiria ao legislador ordinário criar ficção legal e a tributação não poderia atingir realidade distinta da parte do resultado de equivalência patrimonial, como seria o caso da variação do valor do investimento imputável à desvalorização cambial da moeda brasileira.

Aduziu que o segundo objetivo de impetração é afastar o parágrafo único do art. 75 da MP nº 2.158-35/01, que teria previsto a tributação automática, no balanço de 31/12/02, dos lucros anteriores a sua entrada em vigor. Anotou que, consoante a legislação anterior, os “referidos lucros somente seriam tributáveis caso ‘disponibilizados’”. De sua óptica, houve retroatividade tributária.

A sentença foi pela denegação da segurança (e-doc. 2, p. 59/66). Apelou a parte autora.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento ao apelo (e-doc. 3, p. 107/126; e-doc. 4, p. 1/3). Opostos embargos de declaração, foram eles parcialmente acolhidos “apenas para sanar as omissões verificadas e prestar os necessários esclarecimentos” (e-doc. 4, p. 112/124; e-doc. 5, p. 1/18).

A impetrante interpôs recurso especial (e-doc. 5, p. 23/88) e recurso extraordinário (e-doc. 6, p. 51/127).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu parcial provimento ao recurso especial para conceder, em parte, a segurança, nos termos da reformulação do voto do Relator, Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho** (e-doc. 11, p. 56/132). Determinou a Corte Superior que “os lucros auferidos nos Países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributados apenas nos seus territórios”. Nesse ponto, indicou o Relator que deveriam ser respeitados os tratados internacionais, bem como o art. 98 do CTN. Em relação aos lucros apurados pela controlada domiciliada nas Bermudas, a Corte Cidadã decidiu que eles “estão sujeitos ao art. 74, *caput* da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial”. O julgado foi assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO NA ORIGEM. APELAÇÃO. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. PRECEDENTE. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS RECORRIDOS POR IRREGULARIDADE NA CONVOCAÇÃO DE JUIZ FEDERAL. NÃO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IRPJ E CSLL. LUCROS OBTIDOS POR EMPRESAS CONTROLADAS NACIONAIS SEDIADAS EM PAÍSES COM TRIBUTAÇÃO REGULADA. PREVALÊNCIA DOS TRATADOS SOBRE BITRIBUTAÇÃO ASSINADOS PELO BRASIL COM A BÉLGICA (DECRETO 72.542/73), A DINAMARCA (DECRETO 75.106/74) E O PRINCIPADO DE LUXEMBURGO (DECRETO 85.051/80). EMPRESA CONTROLADA SEDIADA NAS BERMUDAS. ART. 74, CAPUT DA MP 2.157-35/2001. DISPONIBILIZAÇÃO DOS LUCROS PARA A EMPRESA CONTROLADORA NA DATA DO BALANÇO NO QUAL TIVEREM SIDO APURADOS, EXCLUÍDO O RESULTADO DA CONTRAPARTIDA DO AJUSTE DO VALOR DO INVESTIMENTO PELO MÉTODO

DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CONCEDER A SEGURANÇA, EM PARTE. 1. Afasta-se a alegação de nulidade dos acórdãos regionais ora recorridos, por suposta irregularidade na convocação de Juiz Federal que funcionou naqueles julgamentos, ou na composição da Turma Julgadora; inocorrência de ofensa ao Juiz Natural, além de ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356/STF. Precedentes desta Corte. 2. Salvo em casos excepcionais de flagrante ilegalidade ou abusividade, ou de dano irreparável ou de difícil reparação, o Recurso de Apelação contra sentença denegatória de Mandado de Segurança possui apenas o efeito devolutivo. Precedente: AgRg no AREsp. 113.207/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 03/08/2012. 3. A interpretação das normas de Direito Tributário não se orienta e nem se condiciona pela expressão econômica dos fatos, por mais avultada que seja, do valor atribuído à demanda, ou por outro elemento extrajurídico; a especificidade exegética do Direito Tributário não deriva apenas das peculiaridades evidentes da matéria jurídica por ele regulada, mas sobretudo da singularidade dos seus princípios, sem cuja perfeita absorção e efetivação, o afazer judicial se confundiria com as atividades administrativas fiscais. 4. O poder estatal de arrecadar tributos tem por fonte exclusiva o sistema tributário, que abarca não apenas a norma regulatória editada pelo órgão competente, mas também todos os demais elementos normativos do ordenamento, inclusive os ideológicos, os sociais, os históricos e os operacionais; ainda que uma norma seja editada, a sua efetividade dependerá de harmonizar-se com as demais concepções do sistema: a compatibilidade com a hierarquia internormativa, os princípios jurídicos gerais e constitucionais, as ilustrações doutrinárias e as lições da jurisprudência dos Tribunais, dentre outras. 5. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que as disposições dos Tratados Internacionais Tributários prevalecem sobre as normas de Direito Interno, em

razão da sua especificidade. Inteligência do art. 98 do CTN. Precedente: (RESP 1.161.467-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 01.06.2012). 6. O art. VII do Modelo de Acordo Tributário sobre a Renda e o Capital da OCDE utilizado pela maioria dos Países ocidentais, inclusive pelo Brasil, conforme Tratados Internacionais Tributários celebrados com a Bélgica (Decreto 72.542/73), a Dinamarca (Decreto 75.106/74) e o Principado de Luxemburgo (Decreto 85.051/80), disciplina que os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse mesmo Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante, por meio de um estabelecimento permanente ali situado (dependência, sucursal ou filial); ademais, impõe a Convenção de Viena que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (art. 27), em reverência ao princípio basilar da boa-fé. 7. No caso de empresa controlada, dotada de personalidade jurídica própria e distinta da controladora, nos termos dos Tratados Internacionais, os lucros por ela auferidos são lucros próprios e assim tributados somente no País do seu domicílio; a sistemática adotada pela legislação fiscal nacional de adicioná-los ao lucro da empresa controladora brasileira termina por ferir os Pactos Internacionais Tributários e infringir o princípio da boa-fé na relações exteriores, a que o Direito Internacional não confere abono. 8. Tendo em vista que o STF considerou constitucional o caput do art. 74 da MP 2.158-35/2001, adere-se a esse entendimento, para considerar que os lucros auferidos pela controlada sediada nas Bermudas, País com o qual o Brasil não possui acordo internacional nos moldes da OCDE, devem ser considerados disponibilizados para a controladora na data do balanço no qual tiverem sido apurados. 9. O art. 7º, § 1º. da IN/SRF 213/02 extrapolou os limites impostos pela própria Lei Federal (art. 25 da Lei 9.249/95 e 74 da MP 2.158-35/01) a qual objetivou regular; com efeito, analisando-se a legislação complementar ao art. 74 da MP 2.158-35/01, constata-se que o

regime fiscal vigente é o do art. 23 do DL 1.598/77, que em nada foi alterado quanto à não inclusão, na determinação do lucro real, dos métodos resultantes de avaliação dos investimentos no Exterior, pelo método da equivalência patrimonial, isto é, das contrapartidas de ajuste do valor do investimento em sociedades estrangeiras controladas. 10. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, concedendo em parte a ordem de segurança postulada, para afirmar que os lucros auferidos nos Países em que instaladas as empresas controladas sediadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, sejam tributados apenas nos seus territórios, em respeito ao art. 98 do CTN e aos Tratados Internacionais em causa; os lucros apurados por Brasamerican Limited, domiciliada nas Bermudas, estão sujeitos ao art. 74, caput da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial” (REsp nº 1.325.709/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe de 20/5/14.)

A União opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados (e-doc. 12, p. 56/66).

Após, interpôs recurso extraordinário, fundado na letra “a” do permissivo constitucional. Alegou ter havido ofensa aos arts. 1º, inciso I; 2º; 59; 97, 102, inciso III; 103; 145, § 1º; 150, inciso II e § 6º; 153, inciso III e § 2º, inciso I; e 195, inciso I, alínea “c”, da Constituição Federal.

Mediante decisão monocrática, o Ministro **Marco Aurélio**, Relator original, negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pela União, sob a argumentação de que o STJ teria decidido a controvérsia com base na interpretação de normas legais, inclusive quanto à higidez da IN nº 213, de 7 de outubro de 2002.

Nas razões do agravo regimental, a União sustentou a necessidade da observância da orientação prevalecente no julgamento da ADI nº 2.588/DF, do RE nº 611.586/PR e do RE nº 541.090/SC, ressaltando que, se

esses precedentes tivessem sido observados, não haveria que se falar em conflito entre a legislação interna e os tratados internacionais mencionados nos autos, pois “ficaria claro que não se está a tributar o lucro da controlada, mas sim da controladora” (grifo do autor). Anotou que o entendimento da Suprema Corte seria pela constitucionalidade do art. 74 da MP nº 2.158-35/01. Ressaltou que, no voto do Ministro **Teori Zavascki** no RE nº 611.586/PR, foi afastada a ideia de bitributação. Alegou, assim, que o STJ teria partido de premissa equivocada.

A União argumentou também que a Corte Superior teria violado a Constituição ao livrar a agravada do pagamento de IRPJ e CSLL sobre valores que incrementaram seu patrimônio. Consignou que tem viés constitucional o “exame do acórdão recorrido e do disposto no Acordo Internacional para fins de análise da constitucionalidade da interpretação conferida àquele normativo pelo STJ, e do desrespeito aos precedentes desta e. Suprema Corte” (grifo do autor). Asseverou que a norma decorrente da interpretação conferida pelo STJ ao art. 7º, parágrafo 1º, dos tratados internacionais indicados nos autos teria violado o texto constitucional.

A agravante também consignou que o Ministro **Ayres Britto**, na ADI nº 2.588/DF, teria indicado que a tributação sobre bases universais seria adotada pelos países-membros da OCDE. Nesse contexto, aduziu que a simples afirmativa de que os lucros de uma empresa de um estado contratante somente são tributáveis nesse estado não afastaria a tributação do lucro da empresa controladora sediada no Brasil relacionado à parcela que lhe cabe do lucro obtido por intermédio de uma empresa controlada, apurado na data do balanço e ainda não distribuído (tributação em bases universais, segundo a disponibilidade econômica da renda). Aduziu que o acórdão recorrido teria extrapolado os limites dos tratados, restringido a competência tributária do país e contrariado a base material de incidência do IRPJ e da CSLL. Apontou também que houve violação da isonomia, pois a tributação com base na territorialidade daria margem à injustiça social.

Discorreu a agravante, ainda, sobre a inutilização do método da equivalência patrimonial pelo acórdão recorrido. Da perspectiva da União, o STJ teria invalidado, em larga medida, o art. 74 da MP nº 2.158-35/01 e a tributação por tal método. Citou o RE nº 611.586/PR, a ADI nº 2.588/DF e o RE nº 541.090/SC. Anotou que o método da equivalência patrimonial seria, atualmente, “o único meio previsto na legislação contábil e fiscal destinado a contabilizar investimentos permanentes, independentemente da distribuição dos lucros”. Pontuou que seria “inconciliável taxar o método de ilegal e, ao mesmo tempo, assumir a eficácia do art. 74 da MP 2.158-25/2001”. Destacou que o acórdão recorrido teria afastado o regime de competência e o princípio de tributação da renda da pessoa jurídica em bases universais. Alegou ainda que a Corte Superior teria tornado mais vantajosa para o contribuinte “a manutenção de ativos no exterior em comparação àqueles existentes no Brasil”.

Na sessão virtual de 10/5/24 a 17/5/24, o Relator, Ministro **André Mendonça**, votou pela negativa de provimento ao agravo regimental. Pediu vista o Ministro **Gilmar Mendes**. Na sessão virtual de 4/10/24 a 11/10/24, Sua Excelência abriu divergência, dando provimento ao agravo regimental a fim de dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, reconhecendo a possibilidade de computar como acréscimo patrimonial positivo da recorrida os lucros auferidos por suas empresas controladas com sede de Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo. Pediu vista o Ministro **Alexandre de Moraes**. Na sessão virtual de 7/2/25 a 14/2/25, Sua Excelência acompanhou a divergência, dando provimento ao agravo regimental e ao recurso extraordinário para restabelecer o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Pediu vista o Ministro **Nunes Marques**. Na sessão virtual de 6/6/25 a 14/6/25, Sua Excelência acompanhou a divergência, dando provimento ao agravo regimental e ao recurso extraordinário para restabelecer o acórdão regional. Pediu vista o Ministro **Luiz Fux**. Na sessão virtual de 7/11/25 a 14/11/25, Sua Excelência acompanhou o Relator, negando provimento ao agravo regimental. Pedi

vista dos autos para melhor apreciar a controvérsia.

É o breve relatório.

Inicialmente, anoto que, no RE nº 460.320/PR, já defendi ter caráter infraconstitucional controvérsia análoga a esta. Não obstante isso, evoluo no entendimento, por vislumbrar matérias eminentemente constitucionais em jogo, como explicarei nos próximos tópicos.

Adianto, desde logo, que o agravo regimental não merece ser provido na parte em que trata das rendas e dos lucros das controladas domiciliadas na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, países sem tributação favorecida e que têm tratado contra dupla tributação firmado com o Brasil.

De outro giro, entendo que o recurso deve ser provido na parte em que trata das rendas e dos lucros da controlada domiciliada nas Bermudas, jurisdição com tributação favorecida e de regime fiscal privilegiado, segundo a Receita Federal (IN nº 1.037, de 4 de julho de 2010), sem tratado contra a dupla tributação firmado com o Brasil.

QUESTÕES DE CARÁTER CONSTITUCIONAL EM DISCUSSÃO, CASO SUPERADO OS ÓBICES ANTERIORES

Verifica-se que está em jogo a dupla tributação internacional sobre a renda e o lucro.

Segundo Alberto Xavier, em casos assim um mesmo fato é regido por duas normas tributárias (na espécie, de diferentes jurisdições internacionais). Em outros termos, é necessário haver, nessas situações, a identidade do fato e o concurso de normas. Saber quais critérios devem ser adotados para se firmar tal identidade é questão tormentosa. Não obstante isso, o jurista ensina que “[a] doutrina que se tem ocupado da construção do conceito de dupla tributação formulou [...] a *regra das quatro identidades*”. Nessa senda, seria preciso, em regra, se ter a identidade quanto aos aspectos material, subjetivo, espacial e temporal.

Contudo, ainda haveria importante divergência no tocante ao aspecto subjetivo. Alguns doutrinadores afirmariam ser desnecessária a

igualdade quanto a isso. Citou, nesse cenário, Manlio Udina, para quem a identidade do fato se caracterizaria a partir da avaliação do aspecto objetivo ou material das tributações. Dessa perspectiva, existiria dupla tributação “se o mesmo rendimento fosse tributado por normas tributárias distintas, da quais uma o atinge na sociedade, pessoa jurídica onde se gerou, e outra no sócio a quem foi distribuído” (p. 35). Segundo Xavier, essa dupla oneração haveria sempre que “o mesmo fato (ou aspecto material do fato) [for] tributado cada vez que muda o titular, operando-se, assim o que se tem designado por dupla tributação por discriminação de contribuintes” (p. 35).

Na ausência da identidade quanto ao aspecto subjetivo, há o que se chama de dupla tributação econômica. Para a Vale S/A, os tratados internacionais apontados nos autos (Brasil-Bélgica, Brasil-Dinamarca e Brasil-Luxemburgo) vedariam esse fenômeno e, portanto, a aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/01. Na essência, os lucros e as rendas da empresa controladora, os quais o Brasil visa tributar, seriam os mesmos que experimentaram as empresas controladas e estão sujeitos às normas fiscais dos países em que elas estão domiciliadas (Bélgica, Dinamarca ou Luxemburgo). Embora a controladora e as controladas não se confundam (ausência de identidade quanto ao aspecto subjetivo), o fato tributado pode ser entendido como um só: a renda ou o lucro, que apenas trocam de mão.

Caso configuradas aquelas quatro identidades, incluindo, portanto, a atinente ao aspecto subjetivo, tem-se o que se conhece como dupla tributação jurídica, que incorreria no presente caso. Isso porque as jurisdições internacionais estariam tributando as rendas e os lucros das empresas controladas domiciliadas em seus territórios, e não da Vale S/A. Por seu turno, o Brasil estaria tributando as rendas e os lucros dessa última, a qual está aqui domiciliada, e não daquelas. Para a União, os tratados internacionais apontados nos autos vedariam apenas a dupla tributação jurídica (que, reitere-se, inexistiria na espécie), mas não a dupla tributação econômica. Seria possível, assim, a aplicação do art. 74 da MP

nº 2.158-35/01, para tributar a riqueza que estaria nas mãos da Vale S/A.

Por fim, quanto a esse dispositivo, as partes controvertem a respeito da possibilidade do uso do método da equivalência patrimonial em sua aplicação. Esse assunto deve ser enfrentado mesmo que se conclua que os tratados internacionais apontados nos autos (Brasil-Bélgica, Brasil-Dinamarca e Brasil-Luxemburgo) vedam a dupla tributação econômica, na medida em que ele ainda seria aplicável em relação às rendas e aos lucros atinentes à controlada domiciliada nas Bermudas, jurisdição que não tem tal tipo de tratado com o Brasil.

As questões em discussão, portanto, consistem em: (i) saber se os tratados internacionais contra a dupla tributação devem, invariavelmente, se limitar a impedir a dupla tributação jurídica, ou se podem vedar a dupla tributação econômica; e (ii) saber se, caso seja admitida essa vedação, os tratados internacionais que a estabeleçam devem prevalecer em relação ao art. 74 da MP nº 2.158-35/01, ainda que internalizados anteriormente ao início da produção de seus efeitos; (iii) saber se é válido o uso do método da equivalência patrimonial na aplicação desse artigo.

Passo a enfrentar os pontos em alusão.

POSSIBILIDADE DA VEDAÇÃO DA DUPLA TRIBUTAÇÃO ECONÔMICA EM TRATADOS INTERNACIONAIS

Julgo que é constitucional a existência de tratado internacional contra a dupla tributação econômica, e não simplesmente contra a dupla tributação jurídica.

Se é certo que o estado tem o poder de tributar, também é verdade que ele tem o poder de criar desonerações. Nesse sentido, pode, dentro de seu poder de conformação, estabelecer hipóteses em que determinada tributação não incidirá. Como ensinou José Souto Maior Borges: “No poder de tributar se contém o poder de eximir, como o verso e o reverso de uma medalha”¹. É evidente que esse poder de eximir não se restringe,

¹ BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30.

no contexto dos tratados internacionais, apenas à vedação da dupla tributação jurídica, podendo alcançar, logicamente, a vedação da dupla tributação econômica.

A própria União reconhece essa possibilidade. Nas razões do recurso extraordinário, claramente pontuou que somente se “Brasil, mediante Tratado, abre mão de sua soberania fiscal [sic] quanto às empresas nacionais é ilegítima a tributação sobre os reflexos patrimoniais na controladora brasileira dos lucros auferidos pela controlada no exterior” (e-doc. 12, p. 97). Faço apenas uma ressalva de entendimento no sentido de que, em casos assim, o Brasil não abre mão de sua soberania. Na realidade, ele a exerce e, com isso, desonera determinada realidade de uma tributação que, **a priori**, lhe cabe.

Portanto, nada há de inconstitucional na vedação da dupla tributação econômica.

Cumpra perquirir se o art. 7º dos tratados internacionais indicados nos autos, firmados entre Brasil e Bélgica (Decreto nº 72.542/1973), Brasil e Dinamarca (Decreto nº 75.106/1974) e Brasil e Luxemburgo (Decreto nº 85.051/1980), vedaram a dupla tributação econômica ou apenas a dupla tributação jurídica.

Em primeiro lugar, anote-se que, embora esses tratados tenham seguido o Modelo de Convenção da OCDE, esse organismo internacional não detém o monopólio da interpretação jurídica dessas avenças. Acompanho, portanto, o entendimento do Relator, Ministro **André Mendonça**, que assevera que os comentários da OCDE em relação ao referido modelo, no que dizem respeito ao ponto em debate, não têm efeito vinculante. Creio que somente terão o caráter vinculativo se o Brasil se comprometer formalmente, perante as comunidades internacional e interna, em adotá-los. Nesse sentido, o fato de a organização ter comentado que o art. 7º daquele modelo vedaria apenas a dupla tributação jurídica não impede que o país adote outra interpretação ao examinar os tratados que internalizou.

Em segundo lugar, é importante considerar que esse comentário não

constava das primeiras versões anotadas do Modelo de Convenção. Registre-se que os dois primeiros tratados indicados nos autos foram internalizados na primeira metade da década de 70 (Decreto nº 72.542/1973 — Brasil e Bélgica; e 75.106/1974 — Brasil e Dinamarca), tendo como base o modelo de 1963; e terceiro o foi em 1980 (Decreto nº 85.051/1980 — Brasil e Luxemburgo), quando já existia o modelo de 1977.

Em 1987, a OCDE publicou relatório sobre as “convenções de dupla tributação e o uso de companhias de base” (tradução livre). Tais companhias seriam, grosso modo, aquelas que, domiciliadas em outra jurisdição, teriam objetivo de coletar rendimentos que normalmente fluiriam para o contribuinte residente no país de referência. No documento em alusão, o Comitê de Assuntos Fiscais sinalizou que esse país poderia, em tese e conforme sua legislação nacional, atribuir ao contribuinte os rendimentos da companhia de base, visando, *v.g.*, coibir práticas abusivas ou atender a prevalência da substância sobre a forma. Em suma, esse trecho do relatório, ao que tudo indica, possibilitava a dupla tributação econômica. Segundo o comitê, vários membros da organização tinham regras nessa direção.

No entanto, **o comitê também ressaltou que haveria posição divergente a respeito do entendimento em alusão. De acordo com a divergência, tais regras estariam sujeitas às disposições gerais dos tratados contra a dupla tributação, pois, caso prevalecesse a legislação interna em detrimento dos tratados, seria corroída a proteção dos contribuintes contra a pluralidade de incidência tributária. Por ser esclarecedor, transcrevo parte do relatório:**

“38. Embora reconhecendo que a empresa base, enquanto pessoa jurídica, tem sua sede de administração efetiva no país onde foi constituída e não possui estabelecimento permanente no país de residência do contribuinte, este último país poderia, ao menos, de acordo com sua legislação tributária nacional, atribuir aos

contribuintes as atividades e/ou a renda da empresa base. Essa abordagem não seria contrária ao Modelo da OCDE se a empresa base atuasse como mera intermediária, agente, fiduciária ou representante do contribuinte (cf., por exemplo, a noção de beneficiário efetivo nos Artigos 10 a 12 do Modelo da OCDE). **Contudo, surge a questão de saber se, de maneira geral, as normas internas sobre quem é considerado o destinatário de uma renda específica para fins tributários são compatíveis com os tratados.** Essa questão se coloca especialmente no caso de regras ‘antiabuso’ ou ‘prevalência da substância sobre a forma’, segundo as quais não é a própria empresa base, mas sim seu acionista, que é considerado o verdadeiro destinatário da renda transferida para a empresa base.

39. A grande maioria dos países membros da OCDE considera que regras desse tipo fazem parte das normas internas básicas estabelecidas pela legislação tributária nacional para determinar quais fatos dão origem a uma obrigação tributária. Essas regras não são abordadas em tratados tributários e, portanto, não são afetadas por eles. Poder-se-ia invocar o espírito da Convenção, que seria violado apenas se uma empresa, que é uma pessoa jurídica nos termos da Convenção, acabasse sem nenhuma ou quase nenhuma atividade e/ou renda atribuída a ela, e os Estados Contratantes adotassem posições divergentes sobre o assunto, resultando em dupla tributação econômica, com a mesma renda sendo tributada duas vezes nas mãos de dois contribuintes diferentes (cf. Artigo 9, parágrafo 2). **Uma visão divergente, por outro lado, sustenta que tais regras estão sujeitas às disposições gerais dos tratados tributários contra a dupla tributação, especialmente quando o próprio tratado contém disposições destinadas a combater seu uso indevido.**

40. Não é fácil conciliar essas opiniões divergentes na teoria, nem em procedimentos de acordo mútuo sobre casos

específicos. O principal problema parece ser se princípios gerais como o da ‘prevalência da substância sobre a forma’ são inerentes às disposições dos tratados, ou seja, se podem ser aplicados em qualquer caso ou apenas na medida em que sejam expressamente mencionados em convenções bilaterais. **Segundo o ponto de vista divergente, dar precedência às normas internas sobre as normas dos tratados quanto a quem, para efeitos fiscais, é considerado o beneficiário, prejudicaria a proteção dos contribuintes contra a dupla tributação (por exemplo, quando, ao aplicar essas regras, o rendimento da empresa base é tributado no país dos acionistas, mesmo que não haja um estabelecimento permanente da empresa base nesse país).** No entanto, a ampla maioria entende que tais regras, e os princípios subjacentes, não precisam ser confirmados no texto da convenção para serem aplicáveis. Os problemas que surgem aqui são muito semelhantes aos que surgem no caso de medidas específicas de compensação (ver parágrafo 47 abaixo)”.

Nas considerações finais, o comitê chegou a algumas conclusões provisórias, entre as quais a de que **os estados, ao adotarem medidas de contrabalanço às companhias de base, deveriam evitar, “tanto quanto possível, causar inconvenientes às atividades econômicas de ‘boa-fé’”**. Ademais, indicou que pretendia continuar a explorar os problemas, discutir novos desenvolvimentos e “retomar o tema quando considerar possíveis emendas à Convenção Modelo de 1977”. Por seu turno, a Suíça observou que, como havia divergência sobre até que ponto as regras internas de cada país de contrapeso às companhias de base contrariariam o art. 7º do Modelo de Convenção, elas não poderiam ser implementadas sem consulta prévia aos países parceiros, cujos interesses deveriam ser considerados.

Em 1992, a OCDE incluiu o parágrafo 23 aos comentários ao art. 1º do Modelo de Convenção, trazendo o conteúdo do item 39 daquele

relatório.

Nos idos de 1996, a OCDE, em relatório sobre empresas estrangeiras controladas (**Controlled Foreign Companies - CFC**), apontou que mais de uma dezena de membros adotava regras CFC, atribuindo certos rendimentos dessas entidades a seus acionistas para fins de tributação pelo país em que eles residem. O objetivo, na essência, seria combater a evasão fiscal. Em 1998, a organização recomendou a adoção das regras CFC².

Em 2003, a OCDE alterou o parágrafo 23 dos comentários ao artigo 1º do Modelo de Convenção para indicar que “a utilização de ‘companhias de base’ também pode ser tratada através de normas sobre sociedades controladas no exterior” (regras CFC) e que vários países membros já as teriam adotado. Ainda nesse novo comentário, a organização afirmou que o Modelo de Convenção aceitaria as regras CFC e expressou que elas não conflitariam com o art. 7º. Também a organização acrescentou o parágrafo 10.1 aos comentários desse último artigo, externalizando que ele não limitaria o direito de um país tributar seus próprios residentes ao abrigo de suas regras CFC, ainda que a tributação pudesse ser calculada com base nos lucros de uma empresa residente no outro país contratante atribuíveis à participação daqueles nessa empresa: a cobrança não reduziria os lucros da empresa controlada e, assim, não poderia ser considerada como incidente sobre eles. Tais comentários, como se nota, foram construídos a partir da noção de simples dupla tributação jurídica, admitindo, com isso, a dupla tributação econômica.

Após algumas emendas e renumeração, a ideia do parágrafo 23 dos comentários ao art. 1º foi deslocada para o parágrafo 81, e a do parágrafo 10.1 dos comentários ao art. 7º passou o parágrafo 14 no Modelo de

² OECD. **Harmful tax competition: an emerging global issue**. Paris: OECD, 1998. Disponível em: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/1998/04/harmful-tax-competition_g1ghgc60/9789264162945-en.pdf. Acesso em: 9 jan. 2026.

Convenção atualizado em 2017³.

O que se nota, portanto, é que, anteriormente, havia margem interpretativa para se entender que as regras CFC, ao admitirem a dupla tributação econômica, se chocariam com os tratados contra a dupla tributação (relembre-se do item do item 40 do relatório “convenções de dupla tributação e o uso de companhias de base”, de 1987, e das observações da Suíça). Após, tal espaço interpretativo desapareceu.

Convém ainda registrar a opinião mais contundente de Alberto Xavier sobre o assunto. Para o renomado tributarista, o art. 7º do Modelo de Convenção da OCDE, na realidade, sempre teria vedado a dupla tributação econômica. Sendo assim, para ele, os novos comentários da organização, admitindo esse fenômeno no contexto das regras CFC, conflitariam com o texto e o espírito dos tratados. Cito trecho de sua doutrina. Embora o exemplo mencionado indique empresa controladora domiciliada em Portugal, é evidente que os ensinamentos também se aplicam à situação de empresa controladora aqui domiciliada:

“O artigo 7.º dos referidos tratados (que segue a redação do artigo 7.º da Convenção Modelo da OCDE), dispõe no seu

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

n.º 1.º, que ‘os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua actividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento estável aí situado. Se a empresa exercer sua actividade deste modo, os seus lucros podem ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento estável’.

Estabelecimento estável é, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, dos tratados (seguindo também o artigo 5.º da Convenção Modelo da OCDE) ‘uma instalação fixa onde a empresa exerça toda ou parte da sua actividade’, compreendendo notadamente um local de direcção, uma sucursal, um escritório, uma fábrica, uma oficina, uma mina, um poço de petróleo ou gás, ou uma pedreira.

São, pois, ‘estabelecimentos estáveis’, para efeito dos tratados, as sucursais destituídas de personalidade jurídica própria.

Aplicando este preceito ao caso de uma empresa portuguesa (EP) que tenha, por exemplo, em país que designaremos por X, uma sucursal (SX) ou controlada (CX), podem extrair-se as seguintes conclusões:

a) Portugal pode tributar os lucros da SX, por esta constituir um estabelecimento estável no exterior (1.º frase, 2.ª parte, do § 1);

b) X pode tributar os lucros da SX, unicamente na medida em que forem imputáveis a esse estabelecimento (2.ª frase do § 1);

c) Só X (‘competência exclusiva’), *pode tributar os lucros auferidos em X pela CX, pois CX é empresa de X (1.ª frase, 1.ª parte do § 1);*

d) Portugal não pode tributar os lucros auferidos em X, pela CX, pois só pode tributar estabelecimentos estáveis no exterior e não entidades com personalidade jurídica própria existentes no outro Estado.

A confirmar esta última afirmação, está o n.º 7 do artigo 5.º dos tratados (e do Modelo OCDE), segundo o qual ‘o facto de uma sociedade-residente de um Estado Contratante, controlar ou ser controlada, por uma sociedade residente do outro Estado Contratante ou que exerce a sua actividade nesse outro Estado, quer seja através de um estabelecimento estável, quer de outro modo, não é, por si, bastante para fazer de qualquer dessas sociedades estabelecimento estável da outra’ (*anti-single-entity clause*).

[...]

O artigo 7.º, n.º 1 contém uma *norma de reconhecimento de competência exclusiva* do país em que se encontra domiciliada a sociedade afiliada, controlada ou coligada, como resulta claramente da expressão literal ‘só podem ser tributados’.

Infringiria, por isso, frontalmente, os tratados qualquer tentativa de aplicação de preceito legal que determinasse a imputação ao lucro da sociedade portuguesa dos lucros próprios da sociedade afiliada ou participada, domiciliada em outro Estado contratante, pois tal, significaria, Portugal arrogar-se uma competência tributária *cumulativa*, quando o tratado é expreso em atribuir ao Estado de domicílio da afiliada, controlada ou coligada no exterior uma competência tributária *exclusiva*.

Um argumento em favor da compatibilidade das legislações do tipo CFC com os tratados internacionais, invocados nos Comentários da OCDE (artigo 7.º, § 10.1), alega que não se estaria tributando as sociedades estrangeiras, mas

as investidoras nacionais, embora com referência aos lucros das primeiras. E acrescenta-se: 'o imposto cobrado por um Estado sobre os seus próprios residentes, não reduz os lucros das empresas do outro Estado e não se pode, por conseguinte, dizer que foi lançado sobre esses lucros'.

Tal argumento, colide, porém, com a letra e o espírito dos tratados, que têm por fim impedir a dupla tributação do mesmo lucro, ainda que nas mãos de dois sujeitos passivos distintos, reservando a competência tributária exclusiva ao Estado de domicílio das participadas. Acresce que a tributação dos lucros das participadas estrangeiras equivale à desconsideração da personalidade jurídica desta última, desconsideração esta que os tratados não consentem, tanto mais que eles próprios definem o conceito de pessoa, como 'uma pessoa singular, uma sociedade ou qualquer outro agrupamento de pessoas', não sendo possível a um Estado recusar unilateralmente a personalidade jurídica de uma sociedade regularmente constituída no outro Estado. Enfim, a argumentação em causa conduziria a que o alcance efectivo primeira parte do artigo 7.º (aliás, o 'coração' dos tratados tributários) ficasse esvaziado de conteúdo, pois não se concebe num mundo moderno e civilizado que um Estado se possa arrogar a tributação dos lucros de sociedade estrangeira, que não seja pela consideração do seu reflexo na sociedade nele domiciliada, pois de contrário isso significaria o exercício extraterritorial de poderes públicos, como a liquidação e a cobrança, ofensivos da soberania do Estado estrangeiro. Em que hipóteses se poderá verificar a absurda hipótese, invocada pelos Comentários da OCDE, de o imposto de um Estado reduzir os lucros do outro?"⁴ (grifo nosso).

O que foi dito até aqui demonstra que não era unívoca a ideia da

⁴ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional*. Lisboa: Almendina, 2014. p. 419/422

possibilidade da dupla tributação econômica no contexto dos tratados firmados com base no Modelo de Convenção da OCDE e das regras CFC. O tema era espinhoso e admitia visões distintas e razoáveis.

Considerando, portanto, a viabilidade de múltiplas interpretações do art. 7º dos tratados apontados nos autos, entendendo que aquela que foi adotada pelo STJ, impedindo a dupla tributação econômica, é razoável, está alinhada com importante doutrina e não fere o texto constitucional. Reitero: não há qualquer impedimento a que o Brasil, nos tratados internacionais contra a dupla tributação, impeça esse tipo de pluralidade de cobrança tributária. Não vejo, portanto, motivos para censurar o julgamento do STJ.

De outro giro, não posso deixar de considerar que (i) a OCDE fechou a possibilidade de, tendo presentes as regras CFC, interpretar que o Modelo de Convenção vedaria a dupla tributação econômica no art. 7º; (ii) esse posicionamento tende a ser adotado mundo afora e (iii) o Brasil tem buscado se integrar a tal organização. Sendo assim, faço as seguintes observações.

É verdade que mudanças interpretativas em textos jurídicos é possível. Mas, no ordenamento jurídico brasileiro, alterações importantes, como a que ocorreu quanto à possibilidade de se interpretar que os tratados vedariam a dupla tributação econômica, somente seriam possíveis com a adequada **proteção à segurança jurídica, à confiança e à boa-fé**, especialmente em relação àquelas que militam a favor das empresas controladoras aqui domiciliadas que, com base nas avenças internacionais, acreditavam estar livres da dupla tributação econômica e fizeram vultosos investimentos.

Corroborando o entendimento, anote-se que o art. 23 da LINDB contém disciplina em sentido convergente. Diz esse dispositivo que a decisão administrativa, controladora ou judicial que conferir nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, criando dever ou condicionamento de direito, “deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou

condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”. Coadunando-se com aquela visão, registre-se que o CPC prevê, para a proteção da segurança jurídica e do interesse social, a modulação de efeitos da decisão que acarreta alteração de entendimento jurisprudencial: a nova orientação passa a valer apenas para frente.

Na espécie, uma maneira de se admitir aquela mudança interpretativa e, ao mesmo tempo, proteger a boa-fé, a segurança jurídica e a confiança que militam em favor das empresas controladoras aqui domiciliadas é garantir que a dupla tributação econômica, no contexto das regras CFC e dos tratados internacionais editados com base no Modelo de Convenção, somente poderá ocorrer a partir de um momento futuro, respeitadas as anterioridades e a irretroatividade tributárias. Dá-se, assim, segurança quanto ao passado, ao presente e ao futuro. Fatos geradores já ocorridos, os que estão ocorrendo e os que vierem a ocorrer antes do referido marco devem ficar livres da dupla tributação econômica. Apenas os fatos geradores que ocorrerem a partir daquele momento poderão sofrê-la (ficando vedada, evidentemente, a dupla tributação jurídica).

Nessa toada, entendo que somente com (i) a internalização da Convenção Multilateral para Aplicação das Medidas Relativas aos Tratados Tributários Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferências de Lucros — também conhecida como Instrumento Multilateral (**Multilateral Instrument - MLI**) —, ao qual o país aderiu recentemente⁵, (ii) o cumprimento das diligências nela previstas e (iii) a observância das anterioridades e da irretroatividade tributária, passa a ser aplicável o entendimento quanto à possibilidade da dupla tributação

⁵ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Nota à imprensa nº 490: Adesão do Brasil à Convenção Multilateral da OCDE para prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros - Nota Conjunta MRE/MF. MRE, 20 out. 2025. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/adesao-do-brasil-a-convencao-multilateral-da-ocde-para-prevenir-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-nota-conjunta-mre-mf. Acesso em: 9 jan. 2026.

econômica no contexto das regras CFC e dos tratados firmados com base no Modelo de Convenção.

Note-se que, com a internalização do MLI e o cumprimento das diligências estabelecidas, evidencia-se que o Brasil formalmente se compromete, observado o texto constitucional, a alinhar o direito interno (no que se inclui a interpretação das normas) à orientação da OCDE sobre as regras CFC e o Modelo de Convenção, no que admite a dupla tributação econômica (mas não a dupla tributação jurídica). Segundo o informação publicada no sítio eletrônico do Ministério das Relações Exteriores, o MLI contribuirá para a atualização de 26 acordos internacionais contra a dupla tributação firmados pelo Brasil, assegurando que eles “cumpram com a finalidade de eliminar a dupla tributação, sem criar brechas para não tributação ou para tributação reduzida por meio de evasão ou elisão fiscais”⁶.

Visto isso, passo a examinar a condição jurídica dos tratados internacionais indicados nos autos — que impedem a dupla tributação econômica, ao menos até o cumprimento dos requisitos acima mencionados — frente ao art. 74 da MP nº 2.158-35/01.

PREVALÊNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Não se desconhece a controvérsia sobre a condição jurídica dos tratados internacionais em matéria tributária em relação ao direito interno. Nesse contexto, Regina Helena Costa pontua, em obra doutrinária, que “várias correntes de pensamento pretendem explicar em que medida normas tributárias introduzidas por meio de tais atos

⁶ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Nota à imprensa nº 490: Adesão do Brasil à Convenção Multilateral da OCDE para prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros - Nota Conjunta MRE/MF. MRE, 20 out. 2025. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/adesao-do-brasil-a-convencao-multilateral-da-ocde-para-prevenir-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-nota-conjunta-mre-mf. Acesso em: 9 jan. 2026.

normativos sobrepõem-se à legislação interna”⁷.

Alberto Xavier é um dos grandes defensores da superioridade hierárquica dos tratados internacionais em matéria tributária em relação às leis internas do Direito brasileiro. Como o próprio doutrinador expõe, essa tese está amparada em seis argumentos: (i) o texto constitucional de 1988 (art. 5º, § 2º,) adotaria a teoria monista, de maneira que os tratados são internalizados não como leis, e sim tal como o são, e só podem ser revogados ou denunciados de acordo com seus próprios mecanismos; (ii) tratados internacionais em matéria de direitos e garantias fundamentais, no que se incluiria a matéria tributária, já teriam superioridade hierárquica reconhecida na Constituição; (iii) os Tribunais do país aplicariam os tratados tal como o são, e não como leis internas (sobre esse ponto, Xavier cita os arts. 102, inciso III, alínea **d**; 105, inciso III, alínea **a**; e 109, inciso III, da Constituição Federal); (iv) o Poder Legislativo não poderia, por ato exclusivo, revogar os tratados, na medida em que são celebrados por atuação desse Poder em conjunto com o Poder Executivo; (v) o CTN expressaria a superioridade hierárquica dos tratados internacionais, sem distinguir suas espécies (tratados normativos ou tratados-contratos); (vi) atos praticados pelo Congresso Nacional (decreto legislativo) e pelo Presidente da República (decreto) não teriam o condão de transformar os tratados em leis internas.

No julgamento do RE nº 460.320/PR, de cujo acórdão fui designado Redator, a Suprema Corte sinalizou a possibilidade da adoção da compreensão de que, na esfera tributária, os tratados internacionais internalizados pelo Brasil, sejam tratados-contratos, sejam tratados normativos, prevalecem em relação às leis federais internas, ainda que essas seja posteriores e, aparentemente, contrárias àqueles.

A respeito do assunto, vale conferir o posicionamento do Ministro **Gilmar Mendes**, que defendeu que: (i) os tratados internacionais seriam espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, não se

⁷ COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

confundindo com normas federais, tais como decretos-legislativos, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares; e (ii) o texto constitucional não respaldaria a teoria dualista. Em seu voto, o decano da Corte ainda realçou a necessidade de o país observar o **pacta sunt servanda** no contexto dos acordos internacionais firmados pelo Brasil:

“Essa complexa cooperação internacional é garantida essencialmente pelo pacta sunt servanda.

[...]

Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, principalmente quanto ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional.

[...]

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante ‘pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’.

[...]

Como enfatizei no voto do RE 466.343/SP, o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente

remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Referi-me, naquela oportunidade, aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

Além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II, e § 2º, 49, I, 84, VIII, da Constituição Federal.

Especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de atos normativos internos [...]

Na realidade, os mencionados dispositivos não tratam da mera incorporação, no plano interno, mas da própria criação das normas internacionais.

Com efeito, no plano internacional, é essencial que os Estados-partes tenham a intenção de criar obrigações legais entre elas mediante seu acordo, daí a imprescindibilidade do consentimento para a norma internacional. (SHAW, Malcom. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 812).

[...]

[...] a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não pode assumir obrigações, nem criar normas jurídicas internacionais, à revelia da Carta Magna, mas deve observar suas disposições e requisitos fundamentais para

vincular-se em obrigações de direito internacional.

[...]

Ora, se o texto constitucional dispõe sobre a criação de normas internacionais e prescinde de sua conversão em espécies normativas internas – na esteira do entendido no RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Pleno, DJ 25.8.1971 – deve o intérprete constitucional inevitavelmente concluir: (i) que os tratados internacionais constituem, por si sós, espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, que não se confundem com as normas federais, tais como decreto-legislativo, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares; e (ii) que a Carta Magna não respalda o paradigma dualista.

Tanto é assim, que o art. 105, III, 'a' da Constituição Federal reserva a possibilidade de interposição de recurso especial contra decisão judicial que 'contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência'. Note-se que a equiparação entre 'tratado' e 'lei federal' no mencionado dispositivo não indica paridade com "lei federal ordinária", mesmo porque o termo 'lei federal' contempla outras espécies normativas, como decreto, lei complementar, decreto-legislativo, medida provisória etc.

Na verdade, a equiparação absoluta entre tratados internacionais e leis ordinárias federais procura enquadrar as normas internacionais em atos normativos internos, o que não tem qualquer sustentação na estrutura constitucional. Constitui solução inadequada à complexa questão da aplicação das normas internacionais, conforme já apontara o saudoso Min. Philadelpho de Azevedo no julgamento de 11.10.1943 (Apelação Cível 7.872/RS).

Como exposto, o tratado internacional não necessita ser aplicado na estrutura de lei ordinária ou lei complementar, nem

ter status paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares.

No mínimo, a Constituição Federal permite que norma geral, também recebida como lei complementar por regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 146, II e III, da CF/1988), garanta estabilidade dos tratados internacionais em matéria tributária, em detrimento de legislação infraconstitucional interna superveniente, a teor do art. 98 do CTN, como defende autorizada doutrina (cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 132; BORGES, Antônio de Moura. *Convenções sobre Dupla Tributação Internacional*. Teresina: EDUFPI, 1992. pp. 141/142; MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.98/99; TÔRRES, Heleno. *Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. pp. 578- 582; BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da Isenção Tributária*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 290-292; e AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. pp.39/44, entre outros).

Registre-se que, nessa linha, a recepção do art. 98 do CTN pela Constituição Federal independe da desatualizada classificação em tratados-contratos (*contractual treaties*, *traités-contrats*, *rechtsgeschäftlichen Verträge*) e tratados-leis (*law-making treaties*, *traités-lois*, *rechtsetzende Verträge*), que, aliás, tem perdido prestígio na doutrina especializada (cf. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 28-29; SHAW, Malcom. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 812; VERDROSS & SIMMA. *Universelles Völkerrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1984. p. 339; HERDEGEN, Matthias. *Völkerrecht*. 4ª ed. München: Beck, 2005. pp. 112-113).

Além disso, ressalte-se que, por sua própria natureza constitucionalmente estabelecida, os tratados internacionais não se sujeitam aos limites formais e materiais das demais normas infraconstitucionais, ainda que federais. Por esse motivo, o Plenário, em decisão unânime, reconheceu a possibilidade de tratados internacionais conferirem isenção a tributos estaduais e municipais, na sessão de 16.8.2007 (RE 229.096/RS, Red. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJ 11.4.2008)” (voto do Min. **Gilmar Mendes** no RE nº 460.320/PR, Tribunal Pleno, de cujo acórdão fui designado Redator, DJe de 6/10/20).

Adoto a compreensão de que os tratados internacionais em matéria tributária, quer classificados como tratados normativos, quer como tratados-contratos, prevalecem em relação às leis internas, conforme a **ratio** do art. 98 do CTN. Cabe lembrar que, historicamente, o posicionamento do legislador, ao editar esse dispositivo, foi adotar a orientação de **Phipaldelpho Azevedo**⁸, lembrado no voto do Min. **Gilmar Mendes** acima transcrito.

Por ora, penso que o critério da especialidade, aliado ao entendimento de que o legislador complementar não fez distinção entre tratados normativos e tratados-contratos e ao de que inexistia dispositivo constitucional que a imponha, é suficiente para chancelar a escolha

⁸ “Maior problema era apresentado pela regra da supremacia do tratado sobre a lei ordinária, inclusive estadual e municipal [...]. Atentando para os precedentes nacionais, firmados por FILADELFO AZEVEDO no Supremo Tribunal (Arquivo do Ministério da Justiça 4/302) e hoje integrados na jurisprudência daquele colégio (Revista de Direito Administrativo 34/106), a Comissão manteve a regra constante do art. 107 do Anteprojeto, eliminando, aliás, no intuito de lhe assegurar a plena eficácia, a restrição constante do final do § único daquele dispositivo” (BRASIL. Ministério da Fazenda. Trabalhos da comissão especial do Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1954. p. 166/167).

Eis o que constava do art. 107 do Anteprojeto: “ Art. 107. São equiparados à lei tributária os tratados, acórdos, convenções e demais atos internacionais versando, no todo ou em parte, sobre a matéria referida no art. 1.º, celebrados pelo Governo Federal. | Parágrafo único. **Os atos internacionais referidos neste artigo revogam ou modificam, segundo o caso, a legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, e serão observados pela mesma legislação futura**, sempre que a matéria nêles regulada esteja compreendida na competência legislativa da União, fixada na Constituição Federal” (grifo nosso).

realizada no CTN.

Segundo esse critério, havendo antinomia entre norma geral e norma especial, prevalece a segunda. Como ensina Norberto Bobbio, “lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (...)”⁹. De acordo com o jurista, no “processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do **suum cuique tribuere** (da a cada um o que é seu)”¹⁰. A seu ver, a lei especial “representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento jurídico”¹¹. Mais à frente, ele esclarece: “[p]or efeito da lei especial, a lei geral cai *parcialmente*”¹².

É importante ter em mente que, em regra¹³, a prevalência da norma especial se aplica também ao caso em que a norma geral é posterior. Essa ideia está contida no brocardo **lex posterior generalis non derogat priori speciali**. Bobbio, comentando o assunto, esclarece que “o conflito entre critério de especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente”¹⁴. Há, aqui, um metacritério.

Caso se entenda que o critério da especialidade é insuficiente para se concluir pela prevalência dos tratados internacionais em matéria tributária em relação às leis internas, invoco a compreensão de Alberto Xavier quanto a sua superioridade hierárquica: a matéria tributária se relaciona aos direitos e garantias expressos no texto constitucional, razão

⁹ BOBBIO, NORBETO. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 96.

¹⁰ Idem, p. 96.

¹¹ Idem, p. 96.

¹² Idem, p. 96.

¹³ Como leciona Maria Helena Diniz, “[a] meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes” (DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 50).

¹⁴ Idem, p. 108.

pela qual se aplica aos referidos tratados o art. 5º, § 2º, da Carta Magna. Segundo o festejado tributarista, o **caput** do art. 150 da Constituição Federal considera a matéria tributária “no cerne dos direitos e garantias constitucionais”, sendo certo que ela atinge “de pleno direitos e garantias, como a propriedade privada, a liberdade de comércio e a proibição do confisco”¹⁵. Paralelamente a isso, relembro que, em alguns julgados, já sustentei que a maneira de se enxergar a tributação vem evoluindo e que a visão humanista do Direito Tributário tem ganhado cada vez mais espaço. Nesse sentido: RE nº 1.326.559/SC, Tribunal Pleno, de minha relatoria, DJe de 22/5/25.

Anote-se que foi especialmente com base citado art. 5º, § 2º, que o Tribunal, no RE nº 466.343/SP, reconheceu que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos têm **status** suprelagal, exceto se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, circunstância em que são equivalentes às emendas constitucionais. Havendo a mesma razão, deve-se aplicar o mesmo entendimento.

Os argumentos acima levam-me a concluir que os tratados internacionais contra a dupla tributação indicados nos autos prevalecem em relação às leis internas do Direito brasileiro. Nessa toada, preponderam em relação ao art. 74 da MP nº 2.158-35/01.

MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL (CONTROLADA DOMICILIADA NAS BERMUDAS)

No julgamento do Tema nº 537, RE nº 611.586/PR, lancei voto defendendo a possibilidade da aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35, com o uso do método da equivalência patrimonial, no que diz respeito a rendas e lucros atinentes a controladas domiciliadas em países de tributação favorecida.

Registrei, na ocasião, que esse artigo não importou na tributação de

¹⁵ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**: tributação das operações internacionais. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 119.

lucro fictício, mas apenas alteração do aspecto temporal da regra matriz de incidência tributária. Para tanto, observou o regime de competência, sem ferir o conceito de disponibilidade. Nesse cenário, aponte que o método da equivalência patrimonial seria um instrumento adequado para dar concretude à aplicação da norma:

“Sobre a tributação dos investimentos das pessoas jurídicas situadas no Brasil - no caso, de controladoras e coligadas -, anoto que a legislação anterior, mais especificamente, a Lei 9.249/95, no seu art. 25, inovou de forma significativa a tributação de lucros obtidos no exterior, introduzindo, no sistema jurídico brasileiro, a tributação em bases universais; ou seja, a partir de 1995, passou-se a tributar a renda das **pessoas jurídicas brasileiras** com base no princípio da universalidade, alcançando todos os seus rendimentos e ganhos de capital, independentemente de onde eles eram gerados.

A Secretaria da Receita Federal, no entanto, por meio da Instrução Normativa nº 38/96, restringiu o campo de aplicação da lei, dispondo, no art. 2º, § 1º, que os lucros seriam considerados disponibilizados quando “**pagos ou creditados** à matriz, controladora ou coligada, no Brasil, pela filial, sucursal, controlada ou coligada no exterior”. Adotou-se, assim, o regime de **caixa**. Essa regra foi posteriormente veiculada na Lei nº 9.532/97, que, igualmente postergou o momento da ocorrência do fato gerador para quando do **pagamento ou do crédito do lucro** apurado no exterior à controladora/coligada no Brasil.

Com o advento da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, ora em discussão, a disposição de tributar em bases universais os lucros auferidos por controladoras/coligadas por intermédio de suas controladas e coligadas no exterior passou a se dar de acordo com o regime de **competência**, o que significou alteração do momento da ocorrência do **fato gerador**

(disponibilidade) para a “data do balanço no qual tiverem sido apurados”, independentemente de sua efetiva distribuição.

Note-se, pois, que a discussão gira em torno do conceito de disponibilidade, com vistas a aferir se, tal como constante na norma impugnada, a definição do momento (aspecto temporal) em que essa ocorre como fato jurídico suficiente à imposição tributária - por meio do IRPJ e da CSLL - estaria gerando a tributação de um lucro fictício e, conseqüentemente, desvirtuando a própria materialidade do tributo.

Acerca do conceito de disponibilidade, são pertinentes as lições do Professor **Alcides Jorge Costa** citadas no voto do Ministro **Cezar Peluso** na ADI nº 2.588/DF e constantes do relatório geral da XI Jornada do Instituto Latino Americano de Direito Tributário, realizada no Rio de Janeiro em 1983:

“Cabe, portanto, indagar o que é disponibilidade antes de perguntar-se o que significa ‘econômica’ e ‘jurídica’. **Disponibilidade é a qualidade do que é disponível.** Disponível é aquilo de que se pode dispor. **E entre as diversas acepções de dispor, as que podem aplicar-se à renda são: empregar, aproveitar, servir-se, utilizar-se, lançar mão de, usar.** Assim, quando se fala em aquisição de disponibilidade de renda deve entender-se aquisição de renda que pode ser empregada, aproveitada, utilizada, etc.

Parece importante esta conceituação inicial pois ela afasta, desde logo, a tributação de renda virtual ou ainda não realizada. Assim, a valorização de imóveis não pode ser tributada senão quando a renda dela decorrente possa ser utilizada, empregada etc., o que só acontece quando ela deixar de ser virtual e se torna efetiva, como numa alienação do imóvel. **Ou, em se tratando de sociedade, através de uma reavaliação, em que a disponibilidade ocorre indiretamente, através das ações que o acionista**

recebe gratuitamente” (Imposto sobre a renda. A aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 40, Ano 11, p. 105, abr.-jun. 1987).

Segundo o entendimento manifesto acima, no primeiro caso (pessoa física), há mera expectativa de renda (renda fictícia). Somente com a venda do imóvel é que se efetiva a disponibilidade. Já no segundo caso (pessoa jurídica), como registrou o Ministro **Cezar Peluso**,

“[quando há] valorização na contabilidade da sociedade pelo método da reavaliação de ativos, o patrimônio da pessoa jurídica sofre acréscimo (ganho) ainda antes da venda. Naquela hipótese, haveria, com a venda, disponibilidade econômica, associada ao regime contábil de caixa; nesta, disponibilidade jurídica decorrente do regime de competência”.

Nessa esteira, observo que, no caso das pessoas jurídicas, a questão da definição de qual é o momento da ocorrência da disponibilidade econômica ou jurídica está umbilicalmente vinculada ao regime de apuração do lucro contábil, que, na maioria das legislações, é o de **competência**, assim entendido como aquele em que as receitas e as despesas são lançadas de acordo com o período em que são adquiridas ou incorridas, independentemente do recebimento ou do pagamento dos valores correspondentes.

Sobre o regime legal de competência previsto no art. 177 da Lei nº 6.404/76, já tive oportunidade de me pronunciar quando do julgamento do RE nº 586.482 (repercussão geral), de **minha relatoria**, nos seguintes termos:

“O Sistema Tributário Nacional fixou o regime de competência como regra geral para a apuração dos

resultados da empresa, e não o regime de caixa. Pelo primeiro, há o reconhecimento simultâneo das receitas realizadas e das despesas incorridas, como consequência natural do princípio da competência do exercício, considerando-se realizadas as receitas e incorridas as despesas no momento da transferência dos bens e da fruição dos serviços prestados, independentemente do recebimento do valor correspondente.”

O modelo jurídico adotado na Lei nº 6.404/76 para ter-se como ocorrida a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, tanto no que se refere às pessoas físicas, como às jurídicas, foi analisado com profundidade pelo Ministro **Nelson Jobim** na ADI nº 2.588/DF, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**. Naquele julgamento, sua Excelência traçou importante distinção entre disponibilidade econômica e financeira, especialmente no tocante às pessoas jurídicas. Asseverou, em síntese, que

“a disponibilidade da renda não pode se limitar, para as pessoas jurídicas, ao efetivo recebimento de moeda ou dinheiro. (grifo nosso). Em rigor, fala-se de DISPONIBILIDADE ECONÔMICA em um sentido próprio para as pessoas jurídicas em contraposição ao conceito de DISPONIBILIDADE FINANCEIRA que se constitui, nessa seara, no efetivo ganho de recursos monetários.”

Como bem observou o eminente Ministro,

“a entrada física de moeda no caixa pode, por motivos comerciais e contábeis, ser livremente postergada pelas sociedades envolvidas. Contudo, o aumento patrimonial da pessoa jurídica já se deu quando da DISPONIBILIDADE ECONÔMICA, mesmo antes da decisão de realizar a DISPONIBILIDADE FINANCEIRA” (grifo nosso).

Partindo de tais lições, entendo que, no caso em apreço, o que fez o art. 74 da MP nº 2.158-35 foi alterar o momento em que o acréscimo patrimonial das pessoas jurídicas se dá para efeito de tributação, observando o regime de competência, o qual está fundado, no caso, na disponibilidade econômica ou jurídica, aferida por meio do balanço patrimonial. Esse, por sua vez, se destina a evidenciar, quantitativa e qualitativamente, numa determinada data, o patrimônio líquido da entidade, o qual, no caso das empresas controladoras/coligadas no País, deve observar a proporção da participação societária da empresa brasileira investidora nas empresas estrangeiras nas quais investe.

Sobreleva notar que tais demonstrações contábeis de participações permanentes em outras sociedades (investimentos), por força do art. 179, III, da Lei das Sociedades Anônimas, têm natureza jurídica de ativo permanente, com consequências importantes para a disponibilidade do lucro auferido no exterior pela empresa brasileira por meio de coligadas e controladas.

Note-se que,

“no encerramento de cada exercício social, a investidora **verifica se tais investimentos continuam relevantes** e, caso positivo, avalia novamente a participação, tendo em vista os lucros ou prejuízos apurados pela controlada ou coligada no período. Em consequência, ela registra, na conta específica do ativo, o ajuste do valor do investimento e **reconhece, de imediato, independentemente de distribuição dos lucros, os resultados que tenham sido apurados pela controlada, ou pela coligada**” (DIAS, José de Nascimento. **Imposto de Renda Pessoa Jurídica**. Legislação anotada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 412).

Essa avaliação dos investimentos relevantes se dá pelo

chamado Método de Equivalência Patrimonial (MEP), por força do art. 248 da Lei das Sociedades Anônimas. Para fins societários, a partir do MEP, o lucro auferido pela coligada/controlada estrangeira é automaticamente registrado no balanço societário da coligada/controlada brasileira. **A eventual distribuição desses lucros é irrelevante para se verificar o real crescimento do lucro líquido da brasileira, considerado o regime de competência.**

Dessa forma, inegável que o acréscimo patrimonial obtido a partir do ajuste do valor do investimento permanente é renda da empresa brasileira, tanto assim que pode ser verificado a partir do método da equivalência patrimonial positiva, com consequências comerciais no balanço da empresa brasileira, pois:

“(a) reflete no valor de suas ações comerciáveis em bolsa;

(b) é considerado na apuração do próprio valor da BRASILEIRA no caso de opção pela venda de seus ativos” (ADI nº 2.588/DF, Ministro Nelson Jobim).

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

Observe-se, ademais, que, por expressa disposição do art. 197 da Lei das Sociedades Anônimas, há a **possibilidade de distribuição de dividendos aos acionistas de receita advinda da equivalência patrimonial positiva, ainda que não tenha havido a disponibilidade financeira.**

É evidente que só estão sujeitos à tributação no momento do registro contábil os lucros relevantes apurados pelo método da equivalência patrimonial, tendo em vista que a empresa no

exterior possui outros investimentos sujeitos à avaliação, pelo denominado método de custo, os quais estão sujeitos ao regime de caixa. Sobre esse ponto, **vide** o seguinte excerto extraído do voto do Ministro **Cezar Peluso**:

“6.3. Em resumo, as variações dos investimentos sujeitos à equivalência patrimonial repercutem no resultado (lucro ou prejuízo) da controladora/coligada já no exercício em que apuradas no exterior, ao passo que, nos investimentos sujeitos à avaliação e reajuste pelo regime de custo, a repercussão somente se dá por ocasião do recebimento da distribuição do lucro ou dividendo.

(...)

No caso, tem-se a mesma sistemática. Em relação aos investimentos sujeitos à avaliação pelo método de custo, o lucro produzido pela empresa no exterior é virtual em relação à empresa nacional até o momento em que seja efetivamente pago ou creditado, pois submetido ao regime de caixa. Enquanto aos investimentos sujeitos ao método de avaliação pela equivalência patrimonial, o lucro revelado no exterior repercute no resultado da empresa brasileira no mesmo exercício em que se produziu, independentemente de pagamento ou crédito, pois vinculados ao regime de competência.

No momento em que forem distribuídos os lucros relativos aos investimentos sujeitos ao método de avaliação pela equivalência patrimonial, o resultado da empresa no Brasil não será modificado, de modo que não se pode cogitar de tributação.”

Com efeito, como o patrimônio líquido da empresa no exterior é composto por outras contas contábeis, e não apenas pelo resultado do exercício, a variação poderá ser decorrente de outros acréscimos, não só do lucro do período.

[...]

Em síntese, o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 deslocou o momento da incidência do imposto, adotando, entre os regimes de caixa e de competência, esse último. **Não firmou presunção, mas, sim, definição de novo aspecto temporal para a regra matriz de incidência.**

A posição aqui externada está em consonância com o entendimento assentado nos autos da ADI nº 2.588/DF, julgada nessa mesma data, na qual se conferiu, com eficácia **erga omnes** e efeito vinculante,

“interpretação conforme, no sentido de que o art. 74 da MP nº 2.158-35/2001 não se aplica às empresas ‘coligadas’ localizadas em países sem tributação favorecida (não ‘paraísos fiscais’), e que o referido dispositivo **se aplica às empresas ‘controladas’ localizadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados** (‘paraísos fiscais’, assim definidos em lei)”.

É que, no caso dos autos, a empresa recorrente está situada em país com tributação favorecida, na forma definida no art. 24 da Lei nº 9.430/96, com a explicitação da IN nº 1037/10, aplicando-se, assim, a conclusão da referida ação direta no sentido da constitucionalidade da norma atacada”.

Sendo assim, entendo que o método da equivalência patrimonial pode ser usado na aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/01 para tributar as rendas e os lucros atinentes à controlada domiciliada nas Bermudas, jurisdição com a qual o Brasil não possui tratado contra a dupla tributação.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo regimental a fim

RE 870214 AGR / RJ

de dar parcial provimento ao recurso extraordinário da União para, no que diz respeito às rendas e aos lucros relacionados à controlada domiciliada nas Bermudas, reconhecer a constitucionalidade do uso do método da equivalência patrimonial na aplicação do art. 74 da MP nº 2.158-35/01.

É como voto.