

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 870.214 DISTRITO FEDERAL

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 XAVIER E OUTRO(A/S)**

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Adoto o bem lançado relatório do Ministro André Mendonça. Rememoro, apenas, que está em julgamento agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional contra decisão monocrática prolatada pelo Ministro Marco Aurélio, então relator, que negou seguimento ao recurso extraordinário da Fazenda Nacional formalizado contra acórdão prolatado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento da natureza infraconstitucional da controvérsia, em decisão assim ementada:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ARTIGO 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/01 – ARTIGO 7º DA INSTRUÇÃO NORMATIVA/SRF Nº 213/2002 – LUCRO AUFERIDO – EMPRESAS CONTROLADAS – EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL – PAÍSES COM TRATADO OCDE – BITRIBUÇÃO – INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS – PRECEDENTES – INVIABILIDADE” (doc. 14).

Iniciado o julgamento do feito no Plenário Virtual de 10/05/2024 a 17/05/2024, o Relator, Ministro André Mendonça, votou pelo não conhecimento do recurso da Fazenda Nacional, sob o argumento da natureza infraconstitucional da controvérsia relativa ao conflito entre a norma doméstica e os tratados internacionais para evitar a dupla tributação da renda. Na hipótese de superação desse óbice, o Ministro Relator votou para negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, com base nos seguintes fundamentos: (i) prevalência dos tratados sobre a

norma tributária doméstica; (ii) a regra brasileira tributa o lucro auferido no exterior, enquanto os tratados visam expressamente evitar a dupla tributação do lucro; (iii) conforme jurisprudência do STF, a norma doméstica é constitucional se incidente sobre controladas situadas em paraísos fiscais; e inconstitucional em caso de coligadas fixadas em países sem tributação favorecida; (iv) no caso concreto, aplica-se o art. 7º dos tratados firmados pelo Brasil com Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo, o que bloqueia a incidência da regra de tributação em bases universais.

Na sequência, na Sessão Virtual de 04/10/2024 a 11/10/2024, o Ministro Gilmar Mendes apresentou voto-vista com entendimento divergente, e sustentou (i) a natureza constitucional da controvérsia e (ii) a compatibilidade da tributação prevista no art. 74 da MP 2.158-35/2001 com os tratados internacionais e com os princípios adotados pela OCDE. Com base nisso, Sua Excelência votou para dar provimento ao **recurso extraordinário** interposto pela União, para reconhecer a constitucionalidade de computar como acréscimo patrimonial positivo os lucros auferidos pelas controladas com sede na Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo.

Em seguida, na Sessão Virtual de 07/02/2025 a 14/02/2025, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou voto-vista acompanhando o Ministro Gilmar Mendes. Ato contínuo, na Sessão Virtual de 6/6/2025 a 13/06/2025, o Ministro Nunes Marques também acompanhou o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, e o julgamento foi suspenso por pedido de vistas do Ministro Luiz Fux.

Na Sessão Virtual de 07/11/2025 a 14/11/2025, o Ministro Luiz Fux devolveu a vista e apresentou voto acompanhando o Relator, para desprover o recurso da União. Sua Excelência suscitou, preliminarmente, a ausência de prequestionamento quanto aos arts. 1º, inc. I, 2º, 59, 103, 145, § 1º, e 150, inc. II e § 6º, da Constituição Federal (Súmula 282), e

reafirmou a natureza infraconstitucional da controvérsia. No mérito, para a hipótese de conhecimento do recurso, assentou a prevalência das convenções internacionais sobre a norma doméstica, por aplicação do critério da especialidade, do art. 98 do Código Tributário Nacional e do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; registrou, ainda, que o art. 74 da MP 2.158-35/2001 estipula ficção jurídica ao atribuir à controladora brasileira os lucros apurados no exterior, e que o Método da Equivalência Patrimonial não se presta à quantificação do lucro tributável, por abranger parcelas que não ostentam a natureza de lucro. Na sequência, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli, com devolução prevista para a Sessão Virtual de 21/08/2026 a 28/08/2026.

Pois bem.

Pedindo respeitosa vênia ao Relator, Ministro André Mendonça, adianto que acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes. Entendo ser o caso de dar provimento ao agravo regimental e, desde já, dar provimento ao recurso extraordinário da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, **denegando a segurança pleiteada pelo contribuinte.**

I – CONHECIMENTO

De início, é importante tecer algumas considerações sobre a admissibilidade deste recurso extraordinário. Verifico que, ao fundamentar o não conhecimento do recurso da Fazenda Nacional, o Ministro Relator se valeu de diversos julgados do Supremo Tribunal Federal que, respeitosamente, *não amparam* essa interpretação. Em verdade, tais precedentes versam sobre matéria *distinta* da que é objeto deste processo; num caso, o precedente mencionado oferece conclusão *oposta* àquela sustentada pelo Ministro Relator, ou seja, conduz ao *conhecimento* do recurso extraordinário tendo em vista a *natureza*

constitucional da presente controvérsia.

Primeiro precedente invocado pelo Ministro Relator: o RE n. 460.320/PR versou sobre a isenção do imposto de renda na fonte sobre dividendos remetidos a sociedade residente na Suécia, à luz da Convenção promulgada pelo Decreto n. 77.053/1976. A hipótese destes autos distingue-se daquela em ponto relevante, pois o dispositivo legal afastado no RE 460.320/PR não contava com pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a sua constitucionalidade, ao passo que o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, afastado pelo acórdão ora recorrido, teve a constitucionalidade expressamente afirmada na ADI 2.588/DF, no RE 611.586-RG/PR e no RE 541.090/SC — circunstância que, como adiante demonstrado, atrai a incidência do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante 10. Registro, ademais, que aquele julgamento se encerrou empatado quanto à natureza infraconstitucional da controvérsia, com o recurso da União desprovido nos termos do art. 146 do RISTF (RE 460.320/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 06/10/2020).

Segundo precedente invocado pelo Ministro Relator: o AI n. 740.321/SP versou sobre a possibilidade de incidência da CPMF em virtude da existência de tratado internacional, matéria *distinta* da que é objeto deste recurso extraordinário. **Terceiro precedente invocado pelo Ministro Relator:** o AI n. 785.255/SP versou sobre a incidência de imposto de renda retido na fonte na remessa de juros a pessoa jurídica residente no exterior, matéria *distinta* da que é objeto deste recurso extraordinário. **Quarto precedente invocado pelo Ministro Relator:** o ARE 955.262/RJ versou sobre a possibilidade de incidência da CPMF em virtude da existência de tratado internacional, matéria *distinta* da que é objeto deste recurso extraordinário.

Por fim, o **quinto precedente invocado pelo Ministro Relator**, o

ARE n. 1.191.424-AgR/SP, por sua vez, **confirma a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso extraordinário**, pois consta expressamente da ementa que a situação discutida naqueles autos, “da tributação de investimentos de empresas brasileiras em sociedades controladas sediadas em países sem tributação favorecida, (...) já foi objeto de decisão pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, acórdão de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki: RE 541.090, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe-213, 30/10/2014”. **Esta é, justamente, a controvérsia do presente recurso, conforme demonstrado a seguir.**

Registro, ainda em sede de admissibilidade, que não me parece configurada, respeitosamente, a ausência de prequestionamento suscitada no voto-vista do Ministro Luiz Fux. A matéria constitucional foi devolvida à Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos embargos de declaração opostos pela União, e o acórdão que os rejeitou emitiu juízo expresse a respeito:

7. Não se declarou a inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158-35/2001, como quer fazer crer a Embargante, razão pela qual não merece respaldo a tese de ofensa ao art. 97 da CF/88 ou à Súmula Vinculante 10/STF.

8. Se a Fazenda Nacional entende que a conclusão vai de encontro aos julgados do STF ou mesmo ofende e viola princípios e artigos da Constituição Federal (arts. 1o., I, 59, 97, 102, III, 145, § 1o., 150, caput, II, 153, § 6o., 153, III, e § 2o., I, todos da CF/88) deve interpor o recurso constitucional cabível (doc. 12, p. 59-60).

Houve, portanto, pronunciamento explícito do Tribunal de origem sobre a questão constitucional, com a enumeração dos dispositivos tidos por violados e a remissão da parte ao recurso próprio. O recurso extraordinário da União foi interposto, na sequência, precisamente com

fundamento nesses dispositivos. Prequestionada a matéria de modo explícito, não incide o óbice da Súmula 282.

Questão em discussão neste recurso extraordinário. Este processo versa sobre a *constitucionalidade* da sistemática de tributação em bases universais instituída pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995 e pelo art. 74 da MP n. 2.158-35/2001. Mais especificamente, a questão *sub judice* é a compatibilidade dos referidos dispositivos com o art. 153, inc. III, da Constituição Federal, que atribui à União a competência para instituir o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Conforme será demonstrado abaixo, a *constitucionalidade* dessa sistemática de tributação foi reiteradamente afirmada por este Supremo Tribunal Federal na ADI 2.588/DF, no RE 611.586-RG/PR e no RE 541.090/SC.

Nesse contexto, ao expressamente *afastar* a aplicação dos dispositivos citados, o acórdão impugnado pelo recurso extraordinário, prolatado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, *desrespeitou* a jurisprudência do Plenário sobre a controvérsia e *violou* o comando do art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 10 (Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.).

De fato, o acórdão prolatado no REsp 1.325.709/RJ, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, foi fundamentado no entendimento da *corrente minoritária* e, portanto, *vencida*, de parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da controvérsia *sub judice*, qual seja, a constitucionalidade da sistemática de tributação em bases universais instituída pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995 e pelo art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, relativamente aos lucros auferidos por empresas *controladas* sediadas em países que *não* tem tratamento fiscal favorecido.

Nesse sentido, transcrevo trecho relevante do acórdão do Superior Tribunal de Justiça em que o Ministro Relator expressamente destacou a adoção do posicionamento da *corrente vencida* no RE 541.090/SC, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2013:

52. Apenas a título de esclarecimento, assevero que não desconheço que, recentemente, por ocasião do julgamento do RE 541.090/SC, pelo STF, ficou reconhecida a constitucionalidade da aplicação do caput do art. 74 da MP 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em País que não tem tratamento fiscal favorecido – eufemismo de paraísos fiscais – acoimando-se de inconstitucional apenas o seu parágrafo único, que previu a sua aplicação retroativa (Relator para o acórdão o ilustre Ministro TEORI ZAVASCKI julgamento concluído em 10.04.2013).

53. Mas esse julgamento supremo, cujo acórdão ainda não foi publicado, contou com quatro eruditos votos vencidos, expendidos pelos doutos Ministros JOAQUIM BARBOSA, RICARDO LEWANDOWSKI, MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO, cuja linha de raciocínio estabeleceu-se em contraponto àquela que admitiu a tributação em causa, que aceitou que a apuração de lucros na empresa coligada ou controlada no Exterior seria, por si só, bastante para compor o fato gerador do IRPJ/CSSL da controladora brasileira, sediada no território nacional.

54. Destarte, segundo essa orientação, o colendo STF entendeu que a adoção do regime de competência, implantado para coligadas e controladas no Exterior pela referida MP não trouxe ofensa ao conceito de renda que se pode extrair da Constituição Federal ou ao sentido de sua disponibilidade.

55. Deixo consignado que os doutos votos vencidos,

naquele julgamento do STF, recusando o lucro ficto e exigindo o ingresso do resultado econômico positivo na efetiva disponibilidade (econômica) da empresa controladora, para o fim de incidência tributária, posicionaram a questão em apreço em toda a sua relevante complexidade; e sublinho que essa orientação é a que já fora fixada em julgamentos outros, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

56. Ao meu sentir, para que se tenha como ocorrido o fato gerador do tributo, deve-se exigir que estejam presentes todos os elementos que caracterizam a disponibilidade jurídica – já que a disponibilidade econômica fora subestimada – para que se consolide a hipótese de incidência do IRPJ/CSSL, **não havendo como se criar uma ficção jurídica para o fim de considerar disponíveis recursos que não o são, de fato.**

[...]

66. Nesse contexto, quanto à base de cálculo, como sustentado pela recorrente, 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.

67. Com efeito, analisando-se a legislação complementar ao art. 74 da MP 2.158-35/01, constata-se que o regime fiscal vigorante 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 resultados 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.

68. Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para reformar o venerando Acórdão recorrido e conceder 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, submetem-se ao art. 74, caput da MP 2.158-35/2001, deles não fazendo parte o resultado da contrapartida do ajuste do valor do investimento pelo método da equivalência patrimonial (doc. 11, pp. 90-91; 97).

Como se vê, o acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça *expressamente desconsiderou* que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 541.090/SC, reconheceu a *constitucionalidade* do art. 25 da Lei n. 9.249/1995 e do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, *inclusive* relativamente aos lucros auferidos por empresas *controladas* sediadas em países que *não* são paraísos fiscais.

Da mesma forma, ancorado na posição *minoritária* do Plenário desta Corte, o voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho *desconsiderou* que o Supremo Tribunal Federal já validou a sistemática de tributação em bases universais instituída pela Lei n. 9.249/1995 e operacionalizada pelo Método da Equivalência Patrimonial – MEP, expressamente previsto no § 6º do art. 25 do referido diploma legal. Em outras palavras, é importante ressaltar, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça *desrespeitou* as decisões do Supremo Tribunal Federal prolatadas na ADI 2.588/DF, no RE 611.586-RG/PR e, especialmente, no RE 541.090/SC.

Por isso, e tendo em vista a diretriz consagrada no art. 926 do Código de Processo Civil, segundo a qual “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, entendendo necessário adequar o resultado do processo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a controvérsia. Afinal, em um sistema de precedentes emanados pelos Tribunais Superiores, **a recusa à aplicação de precedentes deve ser encarada como uma violação ao próprio ordenamento jurídico**, conforme lição de Daniel Mitidiero:

Como a Corte Suprema pressupõe uma teoria de

interpretação jurídica que reconhece equivocidade potencial de todos os enunciados jurídicos, a negativa de adoção de suas razões para a solução de casos idênticos ou similares constitui negação não só da sua autoridade como corte encarregada de dar a última palavra a respeito da adequada interpretação do Direito, mas acima de tudo negação da própria ideia de ordem jurídica - entendida como ordem vinculante. A rejeição - ou ignorância - das razões invocadas pela Corte Suprema no seu processo interpretativo para decisão de determinada questão idêntica ou similar constitui violação da ordem jurídica que a corte tem por missão tutelar, haja vista que, nesse contexto teórico, a norma jurídica não é outra coisa senão o resultado de sua interpretação (Mitidiero, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 81 – grifei).

Em verdade, conforme ensina o autor, uma teoria jurídica comprometida com isonomia, segurança jurídica e liberdade não pode rejeitar precedentes vinculantes:

Uma teoria jurídica que pressupõe que a norma é a interpretação da norma que todos devem ser tratados de forma isonômica perante o Direito e que é preciso promover a cognoscibilidade, a estabilidade, a confiabilidade e a efetividade das normas como condição para que possa existir liberdade de autodeterminação não pode sustentar a inexistência de precedentes vinculantes. Isso porque, sendo o Direito potencialmente indeterminado e paulatinamente precisado pela atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a recusa de autoridade à interpretação judicial empreendida por essas cortes significa recusa de vinculação à própria ordem jurídica (*Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. 4. ed. rev. e

atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 103 – grifei).

Ainda em sede doutrinária, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que reafirmar precedentes significa tutelar a autoridade interpretativa da Corte Constitucional. Conforme leciona, a coerência na aplicação desses precedentes é essencial para garantir a igualdade perante as decisões judiciais, assegurando que todos em situações jurídicas idênticas recebam a mesma solução racionalmente estabelecida pela Corte:

Ter que reafirmar um precedente é, antes de tudo, ter que tutelar a autoridade da interpretação já conferida pela Corte à Constituição. (...) ao se reafirmar um precedente constitucional, tutela-se o sentido que o órgão público mais capacitado a tanto atribuiu à Constituição. Tutela-se a autoridade de algo que já foi dito e produzido pelo Supremo Tribunal Federal, reafirmando-se o melhor significado que o Estado pôde atribuir à ordem jurídica fundamental à regulação do modo de ser da vida em sociedade”.

(...)

A coerência é imprescindível para que a igualdade não seja violada. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte racionalmente instituiu, oferecendo as melhores razões possíveis (Marinoni, Luiz Guilherme. *Processo constitucional*, 2ª ed., p. 1101-1108).

Com entendimento semelhante, o saudoso Ministro Teori Zavascki, em obra doutrinária, ponderou que normas jurídicas, por serem gerais e abstratas, não podem ter sua constitucionalidade avaliada de forma distinta em casos semelhantes. A uniformidade na aplicação é essencial para garantir tanto a igualdade perante a lei quanto a segurança jurídica, evitando que a mesma norma seja considerada constitucional ou inconstitucional conforme o julgador:

É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações e de pessoas. Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é pôr em xeque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes. Essa peculiaridade é especialmente relevante se considerada em face do princípio da igualdade perante a lei, de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para as situações iguais. É também importante em face do princípio da segurança jurídica, que estaria fatalmente comprometido se a mesma lei pudesse ser tida como constitucional num caso e como inconstitucional em outro caso semelhante, dependendo do juiz que a aprecia (Zavascki, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2ª ed., p. 32)

Diante desse quadro, convém ressaltar que, **apoiado na corrente minoritária do Supremo Tribunal Federal no RE 541.090/SC, o acórdão de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho violou precedente exarado pelo Plenário desta Corte**. Conforme demonstrado abaixo, o acórdão impugnado pelo recurso extraordinário desrespeitou a orientação do Supremo Tribunal Federal fixada nos julgamentos da ADI 2.588/DF, no RE 611.586-RG/PR, paradigma do Tema 537 de Repercussão Geral, e no RE 541.090/SC.

Entendo importante, ademais, tecer breves considerações sobre o último precedente citado, o RE 541.090/SC. Muito embora não tenha sido afetado à sistemática da repercussão geral, o recurso foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na mesma assentada em que apreciados a ADI 2.588/DF e o RE 611.586-RG/PR, paradigma do Tema

537 — uma ação de controle concentrado e um recurso com repercussão geral reconhecida, ambos sobre a mesma controvérsia. Foi nesse contexto que o Plenário decidiu, no RE 541.090/SC, a hipótese que faltava: a das controladas sediadas em países sem tributação favorecida. O pronunciamento reflete, portanto, o entendimento consolidado do Tribunal sobre a matéria, e não julgado isolado.

A orientação firmada no RE 541.090/SC vincula, por isso, os demais órgãos do Poder Judiciário — tanto por se tratar de pronunciamento do Plenário quanto pelo contexto de julgamento conjunto em que proferido. Conforme a precisa lição do Ministro Teori Zavaski, “as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto”, de sorte que “havendo pronunciamento do plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito normativo, os órgãos fracionários dos tribunais estarão vinculados, daí em diante, não mais à decisão da sua própria Corte, mas, sim, ao precedente da Corte Suprema” (Zavaski, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª ed., p. 32-41).

Em sentido semelhante escreve Paulo Mendes de Oliveira, ao defender que a decisão definitiva do órgão máximo do Tribunal sobre determinada questão jurídica constitui o Direito vigente e vincula os demais órgãos, sem necessidade de reiteração para garantir segurança jurídica:

(...) é necessário fazer a distinção entre dois tipos de decisões das cortes superiores. De um lado aqueles julgados que manifestam apenas uma força persuasiva, porquanto ainda não manifestam o entendimento do tribunal superior sobre certo tema. Nessa categoria, estão aquelas decisões preferidas, em regra, pelas turmas, que manifestam apenas um início de manifestação do tribunal. De outro lado, apresentam-se as

decisões proferidas pelo órgão que detém a competência de por último apreciar a questão dentro do tribunal, julgado este que será considerado precedente e terá eficácia vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, da Administração Pública e servirá como norte jurídico para a sociedade. **Assim, quando tal órgão de cúpula se manifestar sobre a questão jurídica a ele conduzida, sua palavra deve ser considerada como o efetivo Direito vigente, não sendo necessárias reiteradas decisões da corte no mesmo sentido para se alcançar a cognoscibilidade inerente à segurança jurídica prometida pelo Estado Constitucional** (Oliveira, Paulo Mendes. *Coisa julgada e precedente*. p. 172).

Feitas essas considerações, recorro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no citado julgamento do RE 541.090/SC, firmou entendimento pela **constitucionalidade** do *caput* do artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001, bem como da sua operacionalização nos termos em que previsto pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995, **relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido**. Transcrevo a ementa daquele precedente:

Ementa: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCROS PROVENIENTES DE INVESTIMENTOS EM EMPRESAS COLIGADAS E CONTROLADAS SEDIADAS NO EXTERIOR. ART. 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/2001.

1. No julgamento da ADI 2.588/DF, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados “paraísos fiscais”); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados “paraísos fiscais”).

Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes a essa deliberação.

2. Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do *caput* do art. 74 da referida Medida Provisória relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, afirma-se a inconstitucionalidade do seu parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002.

3. Recurso extraordinário provido, em parte (RE 541.090/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Redator p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 30/10/2014).

Ademais, naquele julgamento, o Relator, Ministro Teori Zavascki, teceu importantes considerações sobre a constitucionalidade da aplicação do Método da Equivalência Patrimonial – MEP para fins fiscais, salientando que “os resultados econômicos positivos dele decorrentes” refletem “a disponibilidade econômica dos ganhos dos investidores (empresa controladora ou coligada)”:

8. Essa retrospectiva histórica da legislação brasileira evidência que, a rigor, a norma impugnada não trouxe novidade alguma ao modelo de tributação de lucros obtidos de fonte situada no exterior. Não se alterou a tributação em bases universais (TBU) – que já existia há muitos anos para as pessoas físicas e desde 1995 para todas as pessoas jurídicas – nem se implantou, no direito brasileiro, o sistema de competência para aferição de resultados das pessoas jurídicas, que já vigorava

desde a Lei 6.404/1976 para empresas coligadas e controladas sediadas no Brasil (arts. 177, 187 e 248) e desde 1997 para as filiais e sucursais sediadas no exterior. **O que se fez, simplesmente, foi estender esse método de apuração de resultados para empresas controladas e coligadas sediadas no exterior. *Mutatis mutandis*, trata-se da aplicação do mesmo método (Método de Equivalência Patrimonial – MEP) implantado, como já se disse, pela Lei 6.404/1976 (Lei das S/A), instrumento reconhecidamente eficaz para dar transparência e objetividade às demonstrações financeiras e aos resultados econômicos dessas companhias.**

(...)

11. Não há, portanto, qualquer incompatibilidade entre o art. 43 do CTN e o regime de competência, estabelecido na Lei 6.404/1976 e agora também pelo art. 74 da MP 2.258-35/2001, para os efeitos fiscais referidos. Pelo contrário. É que o balanço da pessoa jurídica, ao apurar o resultado do exercício, simplesmente confirma e registra um fenômeno já ocorrido no plano da realidade. O lucro (ou o prejuízo) que registra não, ademais, um fenômeno instantâneo, mas paulatino, cuja formação se deu ao longo do período iniciado no balanço anterior. O balanço, portanto, apura e registra o resultado de um fenômeno já passado. Sendo decorrente de fatos já ocorridos, é fenômeno irreversível no plano da realidade. **Os resultados econômicos positivos dele decorrentes operam-se, portanto, independentemente da sua realização financeira ou da definição da forma como essa realização venha a ser promovida (se mediante distribuição em dinheiro, ou em participação societária, ou por qualquer outra forma). É por isso que se manifesta evidente, já por ocasião do balanço, a disponibilidade econômica dos ganhos dos investidores (empresa controladora ou coligada), na proporção de sua participação, o que atende ao disposto no art. 43 do CTN.**

12. O voto, em suma, é no sentido de reconhecer a constitucionalidade do caput do artigo 74 da Medida Provisória

2.158-35/2001 (...). (Exceto do voto do Min. Teori Zavascki no RE 541.090/SC).

Ainda no julgamento do RE 541.090/SC, extraio do acórdão excerto relevante do voto do Ministro Dias Toffoli, também sobre a constitucionalidade da utilização do MEP para fins da sistemática de tributação em bases universais. Sua Excelência bem observou que **o MEP revela acréscimo patrimonial disponível, com consequências comerciais no balanço da empresa brasileira, inclusive passível de distribuição de dividendos aos acionistas, nos termos em que previsto na lei societária:**

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 (Voto do Min. Dias Toffoli no RE 541.090/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Redator p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 30/10/2014).

Extraí-se do trecho transcrito claro fundamento que justifica o novo efeito fiscal do MEP para fins das regras de tributação em bases universais: no contexto de um grupo empresarial no Brasil, a neutralidade fiscal do MEP é justificável porque o Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica incide sobre todas as pessoas jurídicas residentes no País. Daí a *desnecessidade* de tributação dos resultados dos investimentos revelados pelo MEP, que já foram tributados no Brasil.

Em contrapartida, os lucros de controladas estrangeiras *não* são tributados no Brasil. Assim, em um regime de tributação em bases universais que busca tributar a renda de auferida pela entidade, e não pelas pessoas jurídicas isoladas, a parcela desses lucros no resultado positivo da equivalência patrimonial deve ser incluída tanto no resultado contábil quanto no *resultado fiscal* da investidora brasileira. Caso contrário, essa fatia do *resultado* da avaliação dos investimentos no exterior, referente ao lucro da controlada, não seria tributado no Brasil. É exatamente nesse sentido a lição de Alberto Pinto Souza Júnior:

24. No tocante à tributação do resultado positivo da equivalência patrimonial, vale desde já esclarecer o porquê de tributá-lo somente quando a investida está no exterior. A razão é muito simples e reside no fato de que o que se visa tributar é a entidade econômica e, não as entidades jurídicas isoladamente. De tal sorte que, **se os lucros da controlada ou coligada avaliada pelo MEP já foram tributados no Brasil, não**

incidirá o imposto de renda sobre a parcela dos lucros que couber à investidora, ou seja, o resultado positivo da equivalência patrimonial do investimento situado no Brasil deve ser excluído do lucro contábil para fins de apuração do lucro real da investidora, por força do art. 23 do Decretoº 1.598/77 (...)

25. Ressalte-se que os lucros das coligadas e controladas avaliadas pelo MEP não compõem o lucro real da investidora mesmo após estarem financeiramente disponíveis, conforme preceituava o parágrafo único do art. 22 do Decreto-lei nº 1.598/77 (base legal do § 1º do art. 388 do RIR/99) (...)

26. Destarte, ao receber os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, a investidora deverá fazer lançamento a crédito de investimento e a débito de caixa, ou seja, o ingresso na conta caixa deverá ser feito em contrapartida da baixa do mesmo valor da conta de investimento registrada no ativo permanente, sem qualquer impacto no seu resultado contábil ou fiscal. Isso porque, tais lucros não impactam o resultado contábil da investidora no momento em que são pagos, mas, sim, quando são apurados no balanço da investida, já que o regime de reconhecimento é de competência e, não, o de caixa.

27. Por outro lado, se a investida estiver sediada no exterior, os seus lucros não são tributados no Brasil, razão pela qual a parcela a eles relativa do resultado positivo da equivalência patrimonial deverá compor, além do resultado contábil (como determina a lei comercial), o resultado fiscal da investidora domiciliada no Brasil, pois, se assim não fosse, não estaria sendo tributada no Brasil aquela parcela do resultado da entidade econômica correspondente aos lucros das investidas no exterior (Souza Júnior, Alberto Pinto. *A disponibilidade de lucros oriundos do exterior*. Revista Fórum de direito tributário: Imprensa: Belo Horizonte, Fórum, mar/abr 2003; grifei).

O mesmo autor, aliás, enfatiza um ponto objeto de consideração no excerto transcrito do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli no RE 541.090/SC: nos termos da legislação societária, “os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, antes mesmo de serem efetivamente recebidos, podem ser distribuídos pela investidora aos seus acionistas (ou sócios)” da empresa residente no Brasil:

15. Além disso, os lucros das investidas avaliadas pelo MEP, antes mesmo de serem efetivamente recebidos, podem ser distribuídos pela investidora aos seus acionistas (ou sócios), já que a maneira de evitar tal distribuição que seria pela constituição de uma reserva de lucros a realizar é uma mera faculdade da empresa, se não vejamos como dispõe o art. 197 da Lei nº 6.404, de 1976, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001:

Art. 197. No exercício em que o montante do dividendo obrigatório, calculado nos termos do estatuto ou do art. 202, ultrapassar a parcela realizada do lucro líquido do exercício, a assembléia geral poderá, por proposta dos órgãos de administração, destinar o excesso à constituição de reserva de lucros a realizar.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, considera-se realizada a parcela do lucro líquido do exercício que exceder da soma dos seguintes valores:

I - o resultado líquido positivo da equivalência patrimonial (artigo 248);

II – o lucro, ganho ou rendimento em operações cujo prazo de realização financeira ocorra após o término do exercício social seguinte.

16. Dessa forma, caso a investidora não constitua reserva de lucros a realizar (o que poderá fazer, já que a formação de tal reserva é uma mera faculdade e, não, uma obrigação), o

percentual de dividendos distribuídos poderá incidir sobre a parcela do seu resultado gerada por lucros ainda não distribuídos de investidas avaliadas pela equivalência patrimonial. Isso se deve ao fato de que a Lei das S/A adota o regime de competência, de tal sorte que, mesmo não tendo sido recebido os lucros das investidas (ou seja, de não ter sido financeiramente realizado), eles compõem o resultado da investidora, passível de distribuição aos acionistas (ou sócios). (Souza Júnior, Alberto Pinto. *A disponibilidade de lucros oriundos do exterior*. Revista Fórum de direito tributário: Imprensa: Belo Horizonte, Fórum, mar/abr 2003; grifei).

Enfim, conforme exposto, o acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou a corrente *vencida* no RE 541.090/SC, fundamentando-se nos votos minoritários dos Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello para *afastar* a incidência dos dispositivos legais impugnados. Essa postura configura violação à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF e Súmula Vinculante 10) e desrespeito aos precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal firmados na ADI 2.588/DF, no RE 611.586-RG/PR e no RE 541.090/SC, que reconheceram a constitucionalidade da sistemática de tributação em bases universais instituída pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995 e pelo art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, inclusive quanto aos lucros de controladas sediadas em países sem tributação favorecida.

Acrescento, para delimitar com precisão o vício, que a ofensa à cláusula de reserva de plenário não decorre de o Superior Tribunal de Justiça haver interpretado tratados internacionais ou resolvido a sua relação com a lei interna — atividade compreendida na competência que lhe atribui o art. 105, inc. III, da Constituição Federal. O vício está em que, para concluir pela aplicação do art. 7º das convenções, o órgão fracionário partiu da premissa de que a norma brasileira tributa o lucro da empresa estrangeira, precisamente a premissa que o Plenário do Supremo Tribunal

Federal rejeitou no RE 541.090/SC ao assentar, nos votos acima transcritos, que o acréscimo patrimonial apurado pelo método da equivalência patrimonial constitui renda da empresa brasileira, disponível já por ocasião do balanço. Ao negar a qualificação afirmada pelo Plenário e, por essa via, afastar dispositivo legal cuja constitucionalidade fora declarada, o órgão fracionário incidiu na hipótese da Súmula Vinculante 10. É essa circunstância, como visto, que separa o presente caso do RE 460.320/PR.

Diante do exposto até aqui, na minha compreensão, os fundamentos apresentados são mais do que suficientes para dar provimento ao agravo regimental e, desde já, **ao recurso extraordinário da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, denegando a segurança pleiteada pelo contribuinte.**

II – MÉRITO

Pois bem. **Admitido o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal julgará o processo, aplicando o direito** (art. 1.034, *caput*, do CPC; Súmula 456/STF). Assim, diante do verticalizado voto do Ministro Relator, impõe-se, para além do quanto exposto no capítulo anterior, o exame do mérito deste mandado de segurança.

A divergência formada neste julgamento gira em torno da identificação da materialidade tributada pela lei brasileira. Para o Ministro Relator, a regra incide sobre o lucro auferido pela empresa estrangeira, e daí o conflito com o art. 7º dos acordos contra a dupla tributação, que reserva ao Estado de domicílio a tributação desse lucro. Na minha compreensão, respeitosamente, a incidência recai sobre o acréscimo patrimonial verificado na empresa brasileira e reconhecido em sua contabilidade pelo método da equivalência patrimonial — e, nessa leitura, não há conflito a resolver. É o que procuro demonstrar no item

II.1. O exame, de resto, confirma a premissa do capítulo anterior: a qualificação do acréscimo revelado pelo método como renda da empresa brasileira é a mesma que o Plenário firmou no julgamento do RE 541.090/SC.

No item II.2, acrescento fundamentos adicionais, de outra natureza: o exame das condições da via mandamental. Ainda que se pudesse divergir quanto ao primeiro ponto, a segurança não comportaria concessão, porque o direito líquido e certo afirmado não veio comprovado nos autos. Como se verá, a impetrante não demonstrou sequer a condição de controlada da sociedade dinamarquesa em favor da qual invocou cláusula convencional específica, não comprovou o enquadramento das controladas luxemburguesas no escopo subjetivo de aplicação da Convenção respectiva, e tampouco juntou documentação que descrevesse a estrutura societária internacional do grupo.

II.1 – A materialidade da tributação: o acréscimo patrimonial da empresa brasileira e o MEP

Sobre esse assunto, boa parte da doutrina tributária sustenta que a introdução da tributação em bases universais para as pessoas jurídicas, nos termos em que regulada pela Lei n. 9.249/1995, **manteve a neutralidade fiscal do MEP prevista na legislação do imposto de renda**¹. Como exemplo, cito os seguintes autores, todos mencionados no voto do Ministro Relator: João Francisco Bianco, Transparência fiscal

¹ Decreto-Lei 1.598/1977, Art. 23. A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).
Parágrafo único - Não serão computadas na determinação do lucro real as contrapartidas de ajuste do valor do investimento ou da amortização do 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. (Incluído pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978).

internacional, p. 63; Sérgio André Rocha, Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, 3ª ed., p. 54; Alberto Xavier, Direito tributário internacional do Brasil, 7ª ed., p. 373; Luís Eduardo Schoueri, Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 219, 2013, p. 76.

In casu, o Relator, Ministro André Mendonça, apresentou entendimento semelhante. Sua Excelência assenta que **“o art. 74 da MP apenas reforçou a aplicabilidade do art. 25 da Lei nº 9.249, de 1995, que se manteve vigente. E, como pontuei, o § 6º do art. 25 previa a manutenção do método de equivalência patrimonial conforme as regras até então previstas pela legislação tributária”** (grifos no original).

Como consequência, essa corrente sustenta que a *materialidade* objeto de tributação é definida pelo art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, que **almeja tributar os lucros auferidos pelas controladas estrangeiras**, e não a parcela do ajuste positivo correspondente aos lucros da controlada estrangeira reconhecido pela empresa brasileira através do MEP. É nesse sentido a conclusão do Ministro André Mendonça, ao afirmar que **“a lei brasileira (art. 74) jamais tributou o ajuste positivo de equivalência patrimonial, mas a mera adição de lucros na empresa controladora, indistintamente”** (grifos no original).

Por esse prisma, uma vez fixada a materialidade tributada pela regra brasileira — *os lucros auferidos no exterior pelas empresas controladas estrangeiras* — surge o aparente conflito entre a lei brasileira e os tratados internacionais firmados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda. Tal conflito, por sua vez, é resolvido pela prevalência dos tratados. Essa foi a conclusão do Ministro André Mendonça:

92. Constatada a identificação do objeto da tributação

(lucro da controlada ou coligada no exterior), emerge o conflito entre a norma nacional — *in casu*, art. 74 da MP nº 2.158 — e os acordos firmados pelo Brasil com Bélgica, Dinamarca e Luxemburgo.

[...]

156. Neste esteio, é certo que a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial, como instrumento de avaliação contábil de empresas estrangeiras em relação ao patrimônio da matriz nacional, não refletiria base de cálculo diversa que o próprio lucro ou renda das empresas. Isso porque sua aplicação é de neutralidade em relação ao lucro real tributável pelo IRPJ e pela CSLL, dado que, em sua sistemática, por exemplo, excluem-se valorações como variação cambial no exterior, mutações patrimoniais das controladas.

157. Por isso, a lei nacional apenas visa (e visou) a tributação do lucro, hipótese expressamente obstada pelos acordos internacionais bilaterais firmados pelo Brasil com aqueles três Estados analisados no caso concreto (Excerto do voto do Ministro André Mendonça).

Dirirjo, respeitosamente, do Ministro Relator nesse ponto. Na minha compreensão, a interpretação adotada considera apenas a primeira parte do § 6º do art. 25 da Lei n. 9.249/1995 e atribui ao dispositivo, por isso, uma neutralidade fiscal irrestrita do MEP que ele não estabelece — neutralidade oponível até mesmo à sistemática de tributação em bases universais instituída pela própria Lei.

O § 6º do art. 25 tem duas partes, e ambas são relevantes para a correta compreensão da norma extraída do texto legal. A primeira parte remete os resultados da avaliação dos investimentos no exterior pelo método da equivalência patrimonial ao tratamento previsto na legislação vigente, isto é, à neutralidade estabelecida pelo art. 23 do Decreto-Lei n. 1.598/1977. A segunda parte do texto legal ressalva que essa remissão se faz *sem prejuízo do disposto nos §§ 1º, 2º e 3º* — sem prejuízo, portanto, da

tributação dos lucros auferidos no exterior por meio de filiais, sucursais, controladas e coligadas. A leitura que conduz à neutralidade irrestrita do MEP apegase à primeira parte do dispositivo e desconsidera a segunda. Pela pertinência, transcrevo o preceito, com destaque para a ressalva final:

Art. 25. Os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano.

§ 1º Os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do lucro líquido das pessoas jurídicas com observância do seguinte: (...)

§ 2º Os lucros auferidos por filiais, sucursais ou controladas, no exterior, de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte: (...)

§ 3º Os lucros auferidos no exterior por coligadas de pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil serão computados na apuração do lucro real com observância do seguinte: (...)

§ 6º **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.**

O cotejo das duas partes revela a regra completa. A expressão inicial — *resultados da avaliação* — é genérica e abrange todos os componentes captados pelo método: a parcela correspondente aos lucros da investida, a variação cambial do investimento e as demais mutações do patrimônio líquido da controlada. A ressalva final, por remissão aos §§ 1º a 3º, reporta-se especificamente aos *lucros*. Os resultados da equivalência patrimonial permanecem, assim, neutros para fins fiscais, exceto quanto à parcela correspondente aos lucros auferidos por meio das controladas no

exterior, que deve ser computada na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da pessoa jurídica brasileira. Em termos operacionais, exclui-se o resultado da equivalência e adiciona-se a parcela correspondente aos lucros — técnica que isola exatamente o componente tributável, deixando de fora a variação cambial e as demais mutações patrimoniais.

Registro que o parecer da lavra do Professor Luís Eduardo Schoueri, juntado aos autos pela ABRASCA, extrai do verbo “adicionar” conclusão diversa: só se adiciona ao lucro líquido o que nele não está; logo, a parcela adicionada seria grandeza estranha ao resultado da controladora — os próprios lucros da controlada estrangeira (doc. 32). Com o respeito devido ao seu ilustre subscritor, o argumento desconsidera que, na apuração do lucro real, o resultado da equivalência já foi integralmente excluído (art. 23 do Decreto-Lei n. 1.598/1977); a adição apenas devolve ao cômputo a parcela correspondente aos lucros, que sem ela escaparia à tributação brasileira. Exclusão e adição compõem uma sistemática de depuração do resultado do método: expurga-se o conjunto e recompõe-se somente a parcela tributável.

Não desnatura essa conclusão o fato de a parcela ser quantificada a partir das demonstrações financeiras da controlada, na proporção da participação da controladora (art. 25, § 2º, inc. II): a referência ao lucro da investida é critério de medida do acréscimo verificado na investidora, e a proporcionalidade à participação societária só se explica se o objeto medido é esse acréscimo — o lucro da estrangeira, enquanto tal, não varia conforme quem a controle. Pela mesma razão, os rendimentos e ganhos de capital do § 1º dispensam adição: como não são apurados por equivalência patrimonial, nunca foram excluídos.

Por isso não procede o argumento, recorrente na doutrina, de que a presença de outras variações patrimoniais no resultado do método

inviabilizaria a sua utilização para fins de tributação (cf. Bianco, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. p. 66). É justamente porque o método capta componentes heterogêneos que o legislador distinguiu, no § 6º, os resultados, neutros, da parcela correspondente aos lucros, tributável; e a depuração acima descrita garante que a variação cambial e as demais mutações do patrimônio líquido da investida fiquem fora da incidência.

Daí o acerto de diversas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da legitimidade do Método da Equivalência Patrimonial, ressalvado tão somente que, com base na legislação tributária, o resultado positivo da equivalência patrimonial só pode ser tributado, na empresa investidora, na proporção decorrente dos *lucros* da sociedade investida (REsp 1.211.882/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/04/2011). No voto condutor daquele julgamento, o Ministro Mauro Campbell Marques explicitou que a legislação brasileira tributa lucro da própria investidora, apurado por referência ao lucro da investida:

De observar que a tributação permitida pela Lei n. 9.249/95 se restringe aos lucros auferidos no exterior pelas empresas coligadas e controladas (investidas), não abrangendo todos os lucros auferidos no exterior pela investidora por intermédio das empresas investidas. Sendo assim, segundo a lei em exame, somente o lucro das investidas é tributado no Brasil a título de lucro da investidora auferido no exterior, na proporção de sua participação no capital da investida.

(...)

Ademais, a tributação permitida pelo art. 25, da Lei n. 9.249/95, é aquela incidente sobre os lucros auferidos pelas empresas investidoras que também sejam lucros da empresa investida no exterior (Excerto do voto do Min. Mauro Campbell Marques no REsp 1.211.882/RJ, Segunda Turma, DJe

14/04/2011).

Essa compreensão veio a ser confirmada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no AgInt nos EREsp 1.554.106/BA (Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 24/05/2021). Ao não conhecer dos embargos de divergência opostos pela Fazenda Nacional, por ausência de dissídio entre as Turmas (Súmula 168/STJ), a Primeira Seção explicitou o exato alcance da jurisprudência daquela Corte Superior:

VI. A rigor, a irresignação da Fazenda Nacional parece decorrer de uma interpretação equivocada da jurisprudência do STJ. Os precedentes das Turmas integrantes desta Primeira Seção, bem entendidos, não proíbem o método da equivalência patrimonial. Apenas determinam, com base na legislação tributária, que o resultado positivo da equivalência patrimonial só seja tributado, na empresa investidora, na proporção decorrente dos lucros da sociedade investida (controlada ou coligada).

VII. A questão é puramente semântica. Pode-se dizer que o art. 7º, § 1º, da Instrução Normativa SRF 213/2002 é ilegal, porque permite a tributação de outros resultados que não os decorrentes do lucro da empresa investida; ou pode-se dizer que é ilegal a tributação do resultado positivo da equivalência patrimonial, previsto no art. 7º, § 1º, do aludido ato normativo, em relação ao que exceder a proporção a que faz jus a empresa investidora no lucro auferido, no exterior, pela empresa investida (controlada ou coligada). A interpretação das assertivas conduz à mesma conclusão: a de que a tributação pura e simples do resultado positivo da equivalência patrimonial, sem perquirir da origem daquele resultado, extrapola a regra do art. 25 da Lei 9.249/95.

Nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça, portanto, rejeita o emprego do método para os fins da tributação em bases universais. O que

a sua jurisprudência exige é que a incidência fique restrita à parcela do resultado correspondente aos lucros da sociedade investida, e é essa a leitura adotada neste voto.

Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu nesse exato sentido, de que é exemplo o ARE 1.191.424-AgR/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, em que consta expressamente da ementa que “para a aplicação do artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001 **deve-se utilizar o método da equivalência patrimonial apenas para que IRPJ e CSLL incidam exclusivamente sobre as parcelas correspondentes ao lucro das sociedades investidas.**”.

Não ignoro, de outra parte, que uma parte da controvérsia em torno do MEP tem natureza infraconstitucional. É o caso da discussão sobre o art. 7º, § 1º, da Instrução Normativa SRF n. 213/2002, que extrapolou a previsão legal ao pretender alcançar montante excedente à parcela correspondente aos lucros das controladas, ilegalidade reconhecida nos precedentes acima referidos. Essa discussão, porém, não é o objeto deste recurso. O que aqui se examina é a premissa constitucional da tributação, qual seja, a qualificação, como renda da empresa brasileira, do acréscimo patrimonial revelado pelo método.

A correta compreensão do art. 25 da Lei n. 9.249/1995 é relevante porque é esse o dispositivo que define, até hoje, o aspecto material da tributação em bases universais das pessoas jurídicas. O art. 74 da MP n. 2.158-35/2001, por sua vez, cuida do aspecto temporal — o momento em que os lucros se consideram disponibilizados para a controladora — e o faz por expressa remissão àquele artigo, como se lê do seu texto:

Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, **nos termos do [art. 25 da Lei no 9.249, de 26 de dezembro de 1995](#)**, e do art. 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no

exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

A remissão desfaz o argumento fundado na literalidade do próprio art. 74. Ao mencionar os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior, o dispositivo refere-se à grandeza que o art. 25 manda computar no lucro real da pessoa jurídica brasileira — a parcela do resultado de equivalência patrimonial correspondente a esses lucros — e limita-se a fixar o momento em que ela se considera disponibilizada: a data do balanço em que os lucros tiverem sido apurados. Alterou-se, portanto, o momento da tributação, não o seu objeto, que segue sendo o acréscimo patrimonial da controladora brasileira, apurado na proporção da sua participação na controlada estrangeira, e não o lucro da empresa situada no exterior.

Em seu voto, o Ministro André Mendonça invoca o art. 74 da MP n. 2.158/2001 para concluir de forma diversa. Afirma que a materialidade tributada consiste nos *“lucros auferidos por controlada no exterior”*, o que seria suportado pela literalidade do art. 74. Novamente, parte dos tributaristas, amplamente citada no voto do Ministro Relator, apresenta entendimento semelhante ao de Sua Excelência.

Por exemplo, Sérgio André Rocha afirma que o art. 74 da MP 2.158-35/2001 “em nenhum momento fez qualquer referência à utilização do resultado da equivalência patrimonial como base para a tributação dos lucros auferidos pela investida no exterior” (Rocha, Sérgio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 3ª Ed. p. 52). No mesmo sentido aponta Alberto Xavier, para quem a utilização do MEP é uma inovação da Instrução Normativa 213/2001 (Xavier, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª ed. p. 406). Por sua vez, João Francisco Bianco, tendo como ponto de partida a

neutralidade fiscal do MEP, conclui que a MP n. 2.158/2001 criou uma ficção jurídica para justificar a disponibilização da renda para a pessoa jurídica residente no Brasil (Bianco, João Francisco. *Transparência Fiscal Internacional*. pp. 63 e 77).

Com o devido respeito, as construções doutrinárias não encontram qualquer fundamento no direito positivo, pois descon sideram a metodologia introduzida pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995 c/c o art. 74 da MP 2.158-35/2001. Consoante demonstrei acima, quando interpretados *em conjunto*, tais dispositivos conduzem à conclusão de que o objeto da tributação é *parcela* do resultado positivo do MEP correspondente aos lucros auferidos pelas controladas estrangeiras. É lucro da *empresa brasileira*, portanto.

Corrobor a essa leitura, por fim, o art. 77 da Lei n. 12.973/2014, regra atualmente em vigor:

Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76.

§ 1º A parcela do ajuste de que trata o *caput* compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior.

Como se vê, o preceito transcrito é expresso em indicar como materialidade tributável “a parcela do ajuste do valor do investimento em

controlada (...) equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda”. Na linha do que sustentei ao longo do presente voto, essa previsão está em perfeita harmonia com o comando do art. 25 da Lei 9.249/1995, que define o *aspecto material* da tributação em bases universais para as pessoas jurídicas.

Ademais, a literalidade do art. 77 da Lei n. 12.973/2014 torna *desnecessária* a remissão à Lei n. 9.249/1995 para fins da definição do objeto da tributação. Diante da nova previsão legal, alguns autores que sustentavam a neutralidade fiscal do MEP à luz do art. 74 da MP 2.158-35/2001 passaram a entender de forma diversa com o advento da Lei n. 12.973/2014. É o caso de Sérgio André Rocha, para quem o novo preceito tornou “tributável uma parte do ajuste de equivalência patrimonial, a qual chamou de ‘parcela do ajuste do valor do investimento’ equivalente aos lucros da controlada no exterior” (Rocha, Sérgio André. *Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior*. 3ª Ed. p. 189).

Anoto, ainda, que a compreensão exposta acerca da materialidade da tributação corresponde à orientação atual da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, firmada no Acórdão n. 9101-003.088 (Rel. Cons. André Mendes de Moura, sessão de 13/09/2017) em exame da própria Convenção Brasil-Luxemburgo: “não se comunicam as materialidades previstas no art. 74 da MP nº 2.158-35, de 2001, e as dispostas na Convenção Brasil-Luxemburgo para evitar bitributação de renda”, porquanto “os lucros tributados pela legislação brasileira são aqueles auferidos pelo investidor brasileiro na proporção de sua participação no investimento localizado no exterior, ao final de cada ano-calendário”. A orientação segue sendo aplicada: na Câmara Superior, os Acórdãos n. 9101-006.774, da sessão de 05/10/2023, também sobre a Convenção Brasil-Luxemburgo, e n. 9101-006.784, da sessão de 06/11/2023, nas turmas ordinárias, os Acórdãos n. 1401-006.963 e n. 1401-

006.964, da sessão de 14/05/2024, que estenderam a mesma razão de decidir às Convenções com a Dinamarca e com Luxemburgo.

Sob outro enfoque, e como pontuado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, o art. 26 da Lei n. 9.249/1995 “confere crédito aos impostos pagos pela empresa residente no exterior, o que também afastaria a alegação de dupla tributação, seja jurídica ou econômica”. Com efeito, o dispositivo autoriza a *compensação* do imposto de renda recolhido no *exterior* com o imposto de renda devido no *Brasil* apurado sobre as parcelas positivas computadas na determinação do lucro real da controladora no Brasil e referente aos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos por suas controladas:

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

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

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

§ 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil,

será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais.

Esse mecanismo legal existe para impedir a bitributação da renda, assegurando que a empresa brasileira somente recolha imposto se a tributação no exterior for inferior à brasileira. Nos termos da sistemática legal, os lucros auferidos pelas controladas estrangeiras são reconhecidos no resultado da investidora brasileira e integram o lucro real e a base de cálculo da CSLL. O art. 26 da Lei n. 9.249/1995, por sua vez, permite que o imposto pago no *exterior* sobre esses lucros seja compensado com o imposto devido no *Brasil*, até o limite deste último.

Assim, se a tributação no exterior for inferior à brasileira, a controladora nacional recolherá apenas a diferença entre a carga tributária nacional e a estrangeira, equiparando sua situação à dos demais contribuintes brasileiros que investem exclusivamente no País. Por outro lado, se a tributação no exterior for superior à nacional, o crédito aproveitável limita-se ao valor necessário para eliminar a tributação brasileira, não sendo o excesso passível de restituição ou ressarcimento no Brasil (art. 26 da Lei n. 9.249/1995). Em síntese, a carga tributária efetiva corresponde à mais elevada entre a brasileira e a estrangeira.

Por todo o exposto, compartilho da compreensão externada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto-vista, no sentido de que a regra brasileira, consoante prevista no art. 25 da Lei n. 9.249/1995 e no art. 74 da MP 2.158-35/2001, **impõe tributação sobre a renda auferida pela empresa brasileira revelada pelo método da equivalência patrimonial**, em sistemática cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.588/DF, do RE 611.586-RG/PR e do RE 541.090/SC.

Fixada essa premissa, para fins da incidência da regra em questão, é

indiferente o fato de a controlada estrangeira estar localizada em país que firmou tratado internacional com o Brasil. Recaindo a tributação sobre *parcela* da equivalência patrimonial refletida no resultado da empresa brasileira, e não sobre os lucros auferidos pela controlada no exterior, é de se concluir pela *inaplicabilidade* dos tratados internacionais. O que a lei brasileira alcança não é o lucro da empresa estrangeira, mas a repercussão desse lucro no patrimônio da controladora brasileira.

Enfim, **não há conflito** entre a sistemática estabelecida pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995 c/c art. 74 da MP 2.158-35/2001 e os tratados internacionais para evitar a dupla tributação da renda, consoante a lição doutrinária do sempre lúcido Marco Aurélio Greco, para quem:

(...) **uma vez que o referido artigo 74 estabelece a tributação de uma variação positiva de patrimônio da empresa brasileira, não haveria base para se falar em bloqueio da tributação prevista neste dispositivo em função da aplicação do artigo 7º das convenções internacionais tributárias assinadas pelo Brasil, já que, em nenhum momento, se estaria tributando lucros da empresa residente no outro país. (...) mesmo nos casos em que determinada convenção prevê a isenção dos dividendos pagos para residentes e domiciliados no Brasil, não estaria afastada a tributação do artigo 74, uma vez que, como dito acima, (...) esta regra prevê a tributação de um acréscimo patrimonial ocorrido no Brasil e não do resultado ainda não distribuído pela empresa estrangeira** (*Manual de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 406).

Como se vê, não passou despercebido pelo autor que a materialidade tributada pelo art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 é “a variação positiva de patrimônio da empresa brasileira”, de sorte que inexistente conflito entre o dispositivo e o art. 7º dos tratados internacionais, que

protegem da tributação os *lucros auferidos por empresas estrangeiras*.

O exame dos textos convencionais confirma essa conclusão. O art. 7º, § 1º, tem idêntica redação nos três acordos aplicáveis ao caso, promulgados pelos Decretos n. 72.542/1973 (Bélgica), n. 75.106/1974 (Dinamarca) e n. 85.051/1980 (Luxemburgo):

Os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado.

A norma atribui ao Estado de domicílio, com exclusividade, a tributação dos lucros da empresa nele situada. Demonstrado, porém, que a incidência instituída pelo art. 25 da Lei n. 9.249/1995 e pelo art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 recai sobre o acréscimo patrimonial da controladora brasileira — grandeza apurada por referência aos lucros da investida, mas com eles inconfundível —, o suporte de aplicação do art. 7º não chega a se configurar. Nada, na tributação em exame, alcança os lucros das empresas belga, dinamarquesa ou luxemburguesa, que permanecem tributáveis exclusivamente nos seus Estados de domicílio.

II.2 – Fundamentos adicionais: a ausência de comprovação do direito líquido e certo

Os fundamentos até aqui expostos bastam, a meu ver, para o provimento do recurso. Mesmo que não acolhidos, porém, a segurança não poderia ser concedida, por uma limitação intrínseca da via processual eleita pela contribuinte. O mandado de segurança pressupõe direito líquido e certo, e este exige que os fatos constitutivos do direito afirmado venham comprovados de plano, por documentação que acompanhe a petição inicial; a incerteza sobre a matéria de fato não se resolve na via mandamental, que não admite dilação probatória. É o que tenho decidido

no Supremo Tribunal Federal: a falta de prova pré-constituída capaz de comprovar a violação a direito líquido e certo compromete a própria viabilidade da impetração (MS 39.700-AgR, da minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 24/05/2024), e a existência de controvérsia relevante sobre matéria de fato basta para descaracterizar a liquidez necessária à concessão da segurança (MS 40.424-AgR, da minha relatoria, Primeira Turma, DJe 13/11/2025; MS 40.180-AgR, da minha relatoria, Primeira Turma, DJe 05/06/2025).

Esse é exatamente o vício que atinge a pretensão da impetrante em três pontos, que passo a examinar: o vínculo societário e o pressuposto da cláusula convencional específica, no caso da controlada dinamarquesa; o enquadramento no escopo subjetivo da Convenção Brasil-Luxemburgo, no caso das luxemburguesas; e a estrutura societária do grupo em cujo favor se pediu a proteção dos acordos.

Começo pela controlada domiciliada na Dinamarca. A impetrante não juntou documento algum a seu respeito. Os documentos que acompanharam a inicial para comprovar os investimentos no exterior — declarações firmadas pelo diretor e pelo contador da companhia, reportadas à Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior apresentada ao Banco Central do Brasil em 2001, acompanhadas dos demonstrativos do cálculo da equivalência patrimonial — dizem respeito a apenas quatro controladas: a belga, as duas luxemburguesas e a das Bermudas (doc. 1, pp. 53-64). Nem mesmo essa Declaração de Capitais veio aos autos. A inicial afirmou que os valores dos investimentos e os percentuais de participação estavam nela discriminados (doc. 1, p. 5), mas o formulário não foi juntado, e as declarações do diretor e do contador limitam-se a reportar o seu conteúdo. **Quanto à dinamarquesa, portanto, até mesmo a condição de controlada avaliada pelo MEP permaneceu como simples alegação, desprovida de base empírica nos autos.**

Convém recordar que o vínculo de controle é o pressuposto da própria regra de tributação em bases universais. É o controle que obriga a investidora a avaliar o investimento pelo método da equivalência patrimonial (art. 248 da Lei n. 6.404/1976), e é sobre a parcela desse resultado correspondente aos lucros da investida que incide a sistemática do art. 25 da Lei n. 9.249/1995 c/c o art. 74 da MP n. 2.158-35/2001.

A impugnação de um regime de tributação sem que o contribuinte demonstre qualquer relação concreta com ele volta-se, a rigor, contra a norma em tese, hipótese vedada pela Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal ("Não cabe mandado de segurança contra lei em tese"). Conforme assentou o Ministro Cezar Peluso, "não cabe mandado de segurança contra lei em tese, nem sequer sob alegação de caráter preventivo, quando não tenha sido praticado nenhum ato suscetível de induzir receio fundado de lesão a direito subjetivo" (RMS 25.473-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 29/06/2007). Ademais, o Plenário já decidiu que "eventual ofensa ao direito e líquido e certo do contribuinte de não se submeter ao novo regime de tributação só se caracteriza quando editado ato administrativo concreto, individualizado, tendente à constituição do crédito tributário" (MS 25.265-ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 08/06/2007).

No presente caso, as declarações e os demonstrativos de equivalência juntados quanto às outras quatro controladas podem ser tomados, ao menos, como atos do contribuinte a indicar alguma relação concreta com a sistemática impugnada, a autorizar o *acesso* à via mandamental. Contudo, quanto à dinamarquesa, convém ressaltar, nada foi juntado à inicial. Sem comprovar o vínculo de controle e a avaliação pelo MEP, a impetrante não demonstra que estivesse sujeita, quanto a essa controlada, à incidência contra a qual se insurgiu — falta-lhe, nessa parte, o justo receio exigido para a impetração preventiva (art. 1º da Lei n. 1.533/1951, vigente à época da impetração, cuja exigência permanece no

art. 1º da Lei n. 12.016/2009, atualmente em vigor). Registro, aliás, que tenho reconhecido a inépcia de petições iniciais de mandado de segurança desacompanhadas de prova pré-constituída capaz de comprovar a violação a direito líquido e certo (MS 39.700-AgR, da minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 24/05/2024; MS 40.795-AgR, da minha relatoria, Primeira Turma, DJe 06/05/2026).

Ainda que se pudesse superar essa primeira falta, a pretensão esbarraria em uma segunda falta, agora relativa à cláusula convencional específica invocada em favor da controlada dinamarquesa. No recurso especial, a impetrante sustentou haver incompatibilidade específica entre a tributação brasileira e o art. 23, § 5º, da Convenção Brasil-Dinamarca, o qual seria, nas palavras da impetrante, “aplicável em relação à controlada RIO DOCE COMÉRCIO INTERNACIONAL, domiciliada naquele país” (doc. 5, p. 69). A referida cláusula prevê o seguinte:

ARTIGO 23

Métodos para eliminar a dupla tributação

(...)

5. Os lucros não distribuídos de uma sociedade anônima de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes de outro Estado Contratante não são tributáveis no último Estado.

O argumento foi acolhido no julgamento do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme voto vista do Ministro Ari Pargendler:

A tributação de Rio Doce Comércio International, domiciliada na Dinamarca - prevista pelo art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001 sobre lucros não distribuídos - esbarra ainda no art. 23, item 5, do tratado incorporado ao nosso Direito pelo Decreto 75.106, de 1974, segundo o qual só os

lucros distribuídos podem ser tributados no Brasil (doc. 11, p. 113).

Duas observações se impõem antes do exame da cláusula. A primeira, de ordem temporal, é que a Convenção veio a ser alterada pelo Protocolo promulgado pelo Decreto n. 9.851/2019, mas aos fatos geradores destes autos se aplica a redação original do Decreto n. 75.106/1974, acima transcrita. **A segunda é que o voto vista tomou por pressuposta a aplicabilidade da cláusula à controlada dinamarquesa da impetrante. Esse pressuposto, porém, jamais foi demonstrado nos autos.**

Com efeito, em sua redação original, o item 5 do Protocolo anexo à própria Convenção delimitava o alcance do benefício, ao dispor que **“o termo *Sociedade Anônima* como usado no parágrafo 5 do Artigo 23 corresponde ao termo dinamarquês *Aktieselskab*, ao brasileiro *Sociedade Anônima* e ao francês *Société Anonyme*“**. A cláusula não aproveita, portanto, a sociedades de tipo diverso. Em particular, não aproveita à *anpartsselskab* (ApS), a sociedade por quotas do direito dinamarquês, correspondente à sociedade limitada brasileira.

E a impetrante, a quem incumbia a prova pré-constituída do direito líquido e certo, em momento algum alegou, menos ainda *comprovou*, que a sua controlada dinamarquesa revestia a forma de sociedade anônima segundo a lei do país do domicílio. Já na petição inicial, a impetrante indicou a forma societária das controladas belga, luxemburguesa e bermudense e **designou a dinamarquesa unicamente pelo domicílio:**

1. A IMPETRANTE é controladora direta de sociedades domiciliadas no exterior, a saber: (i) RIO DOCE INTERNATIONAL S.A. – RDI, domiciliada na Bélgica; (ii) **RIO DOCE COMÉRCIO INTERNATIONAL, domiciliada na Dinamarca;** (iii) BRASILUX, domiciliada no Luxemburgo; (iv)

RIO DOCE EUROPA S.arl, domiciliada no Luxemburgo; e (v) BRASAMERICAN LIMITED, domiciliada nas Bermudas (doc. 1, p. 5 - grifei).

A mesma fórmula, com a mesma omissão, repete-se na apelação (doc. 2, p. 103), em memorial apresentado ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (doc. 3, p. 40), e no recurso especial (doc. 5, p.63 e p. 69). E, como visto, os documentos juntados com a inicial para comprovar os investimentos no exterior nada continham sobre a controlada dinamarquesa, nem sequer sobre a sua forma societária.

A explicação para o silêncio está nos documentos que a própria companhia apresentou aos órgãos reguladores do mercado de capitais, e que indicam que a controlada dinamarquesa não era uma sociedade anônima no período em discussão. Nos organogramas e demonstrações societárias arquivados na *Securities and Exchange Commission* – SEC entre novembro de 2001 e novembro de 2002, a controlada figura como "Rio Doce Comercio Internacional ApS", isto é, sob a forma de sociedade por quotas². No mesmo sentido, o extrato do registro central de empresas da Dinamarca (CVR n. 25642996) atesta que a sociedade manteve a forma de *anpartsselskab* desde a inscrição, em 1º de outubro de 2000, até 14 de dezembro de 2009, quando então se converteu em *aktieselskab*³. O período em discussão nestes autos transcorreu, portanto, sob forma societária estranha à cláusula convencional que fundamentou o voto vista do

² Formulários 6-K arquivados na SEC em 12/11/2001 (https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000095010301501530/nov1201_6k.txt), em 17/04/2002 (https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000095010302000398/apr1702_6k.txt) e em agosto de 2002 (<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000090342302000531/cvrd6k082002.txt>), entre outros do mesmo período; todos indicam a controlada como "Rio Doce Comercio Internacional ApS".

³ Extrato integral da sociedade CVR n. 25642996 no Registro Central de Empresas da Dinamarca (Erhvervsstyrelsen), disponível em <https://datacvr.virk.dk>.

Ministro Ari Pargendler no acórdão recorrido.

Esclareço, ainda, o papel que os documentos públicos da companhia desempenham ao longo deste voto. Neste ponto e nos seguintes, a denegação se funda na ausência de prova documental pré-constituída dos pressupostos de fato do direito afirmado, e esse fundamento é suficiente, conforme já decidi outras vezes: o mandado de segurança é inviável quando o impetrante se limita a uma narrativa fática desacompanhada de elementos probatórios mínimos, e o rito sumaríssimo do writ não permite qualquer dilação probatória (MS 38.798-AgR, da minha relatoria, Primeira Turma, DJe 04/10/2023; MS 40.704-ED-AgR, da minha relatoria, Primeira Turma, DJe 24/03/2026). Assim, as informações que extraio dos documentos públicos não integram esse fundamento. Servem apenas para mostrar que os documentos que fariam essa prova estavam ao alcance da impetrante, a quem incumbia o ônus de juntá-los à petição inicial.

Em caso análogo, de autuação de companhia brasileira por lucros de controlada dinamarquesa, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF somente afastou a exigência depois que o contribuinte forneceu prova cabal do tipo societário. A fiscalização havia recusado a aplicação do art. 23, § 5º da Convenção Brasil-Dinamarca justamente porque a controlada, uma *anpartsselskab*, era sociedade limitada. O contribuinte alegou que a sociedade se transformara em sociedade anônima antes do encerramento do exercício e, como a ata em língua estrangeira foi considerada insuficiente na instância anterior, teve de apresentar tradução juramentada da ata de transformação, das demonstrações financeiras auditadas e da certidão completa do registro público dinamarquês. Somente à vista desse conjunto documental o colegiado assentou:

Diante da documentação acostada aos autos, restou demonstrado que a controlada sediada na Dinamarca, agora denominada Labatt Holding A/S, era à época do fato gerador, uma sociedade anônima, motivo pelo qual o artigo 23 item 5 do Tratado deve ser aplicado, o que afasta o lançamento do IRPJ quanto a este item (Acórdão n. 1302-003.149, voto vencedor da Cons. Maria Lucia Miceli, sessão de 16/10/2018).

Antes da juntada desses documentos, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento havia mantido o lançamento, consignando em ementa que, “inexistindo prova bastante da controlada dinamarquesa ser uma sociedade anônima, segundo a legislação de seu país de domicílio, é defeso aplicar a norma veiculada no item 5 do artigo 23 da convenção internacional celebrada entre o Brasil e a Dinamarca” (Acórdão DRJ/São Paulo n. 16-74.359, de 25/08/2016, transcrito no relatório do Acórdão n. 1302-003.149). No processo administrativo, portanto, a aplicação da cláusula dependeu de prova documental específica, extraída do registro do país de domicílio e vertida por tradutor juramentado. **Neste mandado de segurança, em que a prova deveria acompanhar a inicial, não há alegação nem prova do tipo societário exigido pela Convenção; e os documentos que a impetrante apresentou aos órgãos reguladores indicam a forma de sociedade por quotas.**

A própria existência da cláusula, de resto, depõe contra a tese da impetrante. Os Estados contratantes só pactuaram disposição específica para proteger os lucros não distribuídos de uma sociedade anônima dinamarquesa porque o regime comum do acordo, aí incluído o art. 7º, não impedia o Brasil de tributá-los. Se o art. 7º tivesse o alcance que a impetrante lhe atribui, o art. 23, § 5º, seria inútil, e não se interpreta tratado no pressuposto de que os contratantes estipularam cláusula sem função. Ademais, a cláusula e sua delimitação pelo item 5 do Protocolo autorizam o raciocínio *a contrario sensu*: se estão a salvo da tributação brasileira apenas os lucros não distribuídos de uma *sociedade anônima*

dinamarquesa cujo capital pertença a residentes do Brasil, **os lucros não distribuídos de uma *sociedade limitada* dinamarquesa, sob o mesmo controle, não encontram na Convenção proteção específica alguma.** Era essa a situação da controlada da impetrante no período em discussão.

Passo ao segundo ponto. Quanto à aplicação do tratado, as controladas luxemburguesas padecem de déficit de comprovação ainda mais grave. No caso da dinamarquesa, a falta de prova diz respeito a cláusula específica do acordo. **No caso das luxemburguesas, o que ficou sem comprovação foi o próprio enquadramento das controladas no escopo subjetivo da Convenção — pressuposto que antecede a discussão de qualquer das suas cláusulas, inclusive o art. 7º.** É que a Convenção Brasil-Luxemburgo, logo no art. 1º, § 2º, exclui do seu alcance uma classe inteira de sociedades:

Artigo 1

Pessoas visadas

1. A presente Convenção se aplica às pessoas residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.

2. Fica entendido que a Convenção não se aplicará nem à renda nem ao capital das sociedades "holdings" residentes do Luxemburgo que gozem de tratamento fiscal especial em virtude da legislação luxemburguesa vigente, ou de qualquer outra lei similar que entre em vigor no Luxemburgo após a assinatura da Convenção, nem aos rendimentos que um residente do Brasil receba daquelas sociedades, nem às participações deste residente nas mencionadas sociedades.

Trata-se, como ensina Luís Eduardo Schoueri, de autêntica cláusula de exclusão, concebida para impedir o chamado *treaty shopping*, isto é, a interposição de sociedade em país de acordo com o único propósito de captar os benefícios convencionais. A solução consiste em "excluir, já do

escopo do acordo, as sociedades constituídas sob a forma que goza de privilégios fiscais", e o próprio autor registra que ela "já foi adotada pelo Brasil, no acordo assinado com Luxemburgo" (Planejamento Fiscal Através de Acordos de Bitributação: Treaty Shopping. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 143-144).

A aplicação do acordo a uma sociedade luxemburguesa não é, portanto, automática. Depende de a entidade não integrar a classe excluída, condição que se afere pelos atos constitutivos e pelo regime fiscal a que efetivamente submetida. Não é outra a orientação do CARF que, ao enfrentar diretamente o art. 1º, § 2º da Convenção Brasil-Luxemburgo, verificou o enquadramento da sociedade pela razão social e pelo objeto social constantes da escritura juntada ao processo administrativo:

Contudo, já no artigo 1 da referida Convenção encontra-se obstáculo à pretensão da recorrente: (...)

Por sua vez, além de estar expresso em sua própria razão social a expressão holding, da escritura que transferiu a sede da International Engineering Holding Ltd. para Luxemburgo (fls. 203/245) consta:

“OBJETO DA SOCIEDADE. 4. O objeto da Sociedade é a detenção de participações, de qualquer que seja a forma, em sociedades de Luxemburgo e sociedades estrangeiras, e qualquer outra forma de investimento, a aquisição por compra, subscrição ou de qualquer outra maneira, bem como a transferência por venda, troca ou por outra forma de títulos de qualquer espécie e a administração, controle e desenvolvimento de sua carteira de títulos. (...)”

Por estas razões, este voto é no sentido de rejeitar as arguições da recorrente quanto a eventuais efeitos da Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Grão-

Ducado de Luxemburgo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital, relativamente às exigências em razão dos lucros da International Engineering Holding Ltd., considerados disponibilizados na forma da legislação citada (Acórdão n. 1101-000.365, Rel. Cons. Edeli Pereira Bessa, sessão de 10/11/2010).

Naquele caso, o enquadramento no art. 1º, § 2º da Convenção Brasil-Luxemburgo pôde ser aferido — e as disposições do tratado foram *negadas* ao contribuinte — porque os atos constitutivos da sociedade estavam no processo. **Neste mandado de segurança, a questão nem chegou a ser posta. A petição inicial invocou os três acordos em bloco, pela regra comum do art. 7º, e não dedicou uma linha ao escopo subjetivo da Convenção Brasil-Luxemburgo. Em momento algum a impetrante procurou demonstrar que as suas controladas faziam jus à proteção do tratado, isto é, não revestiam a forma das “holdings” do art. 1º, § 2º da Convenção.**

Na petição inicial, a Brasilux foi designada sem indicação sequer do tipo societário, e a Rio Doce Europa, por sigla nunca esclarecida (doc. 1, p. 5 e p. 28). A prova documental que acompanhou a inicial tampouco é satisfatória, pois não contém um único ato das controladas luxemburguesas e se resume a declarações da própria impetrante, firmadas por seu diretor e seu contador, e demonstrativos internos do cálculo da equivalência patrimonial. Nesses documentos, as duas controladas aparecem apenas sob as designações “S.A.” e “S.à r.l.” (doc. 1, pp. 56 a 61), **indicativas da forma societária, mas silentes quanto ao objeto social e ao regime fiscal.**

Nesse contexto, faltou anexar à petição inicial justamente o que permitiria a aferição: atos constitutivos, estatutos, demonstrações financeiras das controladas ou certidões do registro empresarial luxemburguês, inclusive fiscal. Sem esses documentos, os autos não

permitem saber se as duas sociedades integravam ou não a classe das “*holdings*” excluída pela Convenção Brasil-Luxemburgo — **e há razão concreta para a dúvida, pois, como se verá adiante, em data próxima à impetração deste mandado de segurança, a própria companhia declarou aos órgãos reguladores do mercado de capitais que a luxemburguesa Rio Doce Europa era uma *holding* sem atividades operacionais.** Como o enquadramento no escopo subjetivo de aplicação da Convenção é pressuposto do direito que a impetrante invocou, a prova respectiva deveria ter acompanhado a petição inicial. **Não acompanhou.**

Resta o terceiro ponto, a estrutura societária do grupo. O exame começa pelo próprio acórdão recorrido, porque é nele que está a delimitação que interessa. Nos itens 17 a 20 do voto condutor do acórdão prolatado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho fixou o que chamou de núcleo do seu voto: a prevalência dos tratados internacionais tributários sobre a legislação interna. Registrou que, pelo art. 7º do Modelo OCDE, seguido pelos três acordos, os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse Estado; e que o conflito com a lei interna se resolve pelo critério da especialidade, em que a norma interna não é revogada, apenas perde aplicabilidade nas situações alcançadas pelo tratado. **Logo em seguida, porém, o voto delimitou o alcance dessa orientação:**

21. Contudo, faz-se uma ressalva relevantíssima: essa orientação não se aplica, quando se trata de empresa sediada em Estado Contratante que implanta coligada ou controlada em território estrangeiro infenso a controles fiscais adequados, os chamados, com certa impropriedade, paraísos fiscais (...). (Doc. 11, pp. 79-80).

Na minha compreensão, essa ressalva só tem sentido se alcançar quem, de início, estaria protegido por tratado. Não é o caso da controlada

estabelecida diretamente em paraíso fiscal, pois o Brasil não mantém tratado com esses territórios e a orientação firmada nos itens 17 a 20 nem chega a incidir — tanto que o próprio acórdão recorrido resolveu a situação da controlada das Bermudas em capítulo à parte, pela regra interna, sem mencionar a ressalva. A “empresa sediada em Estado Contratante” de que fala o item 21 é, então, a sociedade domiciliada em país que mantém tratado com o Brasil, como as controladas diretas da impetrante na Dinamarca e em Luxemburgo; e o que lhe retira a proteção do tratado é implantar, ela própria, “coligada ou controlada em território estrangeiro infenso a controles fiscais adequados”. **O acórdão recorrido, portanto, no mesmo passo em que afirmou a prevalência dos tratados, recusou-a, em tese, à controlada de país de tratado que “implanta” sociedades em “paraísos fiscais”.**

Como visto, a petição inicial não veio instruída com o organograma societário do grupo nem com os atos constitutivos das controladas diretas, dos quais constariam a composição acionária e o objeto social de cada uma; a prova produzida limitou-se às declarações e aos demonstrativos de equivalência de quatro controladas. Indícios da estrutura internacional do grupo aparecem, porém, nos documentos que a própria companhia apresentou aos órgãos reguladores do mercado de capitais. Nos informes anuais entregues à Comissão de Valores Mobiliários relativos aos exercícios de 2002 e de 2005, a companhia declarou que a controlada luxemburguesa Rio Doce Europa S.à r.l. era uma “*holding company without operational activities*”, uma sociedade de participações sem atividades operacionais, cujas informações relevantes são as da empresa que ela detinha, a Rio Doce International Finance Ltd., sediada nas Bahamas⁴.

⁴ Informes Anuais (IAN) dos exercícios de 2002 e de 2005, item 19.01, arquivados na SEC como Formulário 6-K: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000112528203003532/b325037_6k.htm e <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000095012306007344/y20750kde6vk.htm>.

A controlada dinamarquesa tinha a mesma feição, como mostram as suas próprias demonstrações. Nos relatórios que depositou no registro empresarial do seu país, relativos aos exercícios aqui discutidos, a Rio Doce Comercio Internacional ApS declarou que não tinha empregados nem remunerava os administradores e que seu único ativo era a participação na Itabira Internacional Serviços e Comércio Lda., sociedade domiciliada na Ilha da Madeira, de cuja avaliação provinha todo o seu resultado — no exercício de 2001, DKK 502,1 milhões de resultado de participações societárias, contra DKK 12,5 mil de despesas administrativas, as únicas da empresa⁵.

Os organogramas arquivados na *Securities and Exchange Commission* – SEC indicam que a empresa madeirense encabeçava o bloco formado pela Itabira Rio Doce Company Ltd. – ITACO e pela CVRD Overseas Ltd., ambas das Ilhas Cayman⁶. Em julho de 2001, segundo as demonstrações financeiras arquivadas na SEC, a ITACO foi vendida à Rio Doce International Finance Ltd., das Bahamas. Ao fim daquele ano, os mesmos demonstrativos já não registravam participação alguma sob a empresa madeirense e listavam as sociedades das Ilhas Cayman entre as detidas por meio da luxemburguesa — o bloco migrou de uma perna para a outra da estrutura, sem deixar de estar sob controladas de países

O domicílio da Rio Doce International Finance Ltd. nas Bahamas consta da lista de subsidiárias do Formulário 20-F relativo ao exercício de 2002, arquivado na SEC: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000112528203004088/b325433_20f.htm.

⁵ Relatórios anuais (*årsrapport*) dos exercícios de 2001 e de 2002 da Rio Doce Comercio Internacional ApS, redigidos em versão bilíngue dinamarquês-inglês, auditados e depositados no Registro Central de Empresas da Dinamarca (*Erhvervsstyrelsen*) em 04/09/2002 e 29/07/2003, disponíveis em <https://datacvr.virk.dk> (CVR n. 25642996).

⁶ Organogramas societários dos Formulários 6-K arquivados na SEC em 12/11/2001 e em agosto de 2002 (fontes da nota 2). Os domicílios da Itabira Rio Doce Company Ltd. – ITACO e da CVRD Overseas Ltd. nas Ilhas Cayman constam das listas de subsidiárias dos Formulários 20-F relativos aos exercícios de 2002 e de 2003, arquivados na SEC: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000112528203004088/b325433_20f.htm e <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000095012304007293/y98023e20vf.htm>.

de tratado⁷.

Bahamas, Ilha da Madeira e Ilhas Cayman constavam, todas, da relação de países ou dependências com tributação favorecida veiculada pela Instrução Normativa SRF n. 188/2002, em vigor quando da impetração do mandado de segurança (itens VI, XXX e XIII).

Nesse quadro, segundo os registros e declarações da impetrante, nenhuma das duas *holdings* — a luxemburguesa e a dinamarquesa — tinha outra função senão a de deter as sociedades situadas abaixo delas, localizadas, predominantemente, em jurisdições que a legislação brasileira relacionava como de tributação favorecida. Na esfera administrativa, essa configuração tem sido tomada como dado relevante para a aplicação dos acordos de bitributação. **Ao afastar autuação fundada no art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 em caso que envolvia a Convenção Brasil-Espanha, a Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais registrou expressamente que a controlada examinada integrava a operação do grupo, distinguindo essa situação do “famigerado *treaty shopping*, interpondo-se pessoa jurídica vazia em país signatário de acordo ou convenção”:**

(...) não se trata aqui de Autuação contra um planejamento tributário internacional ou mesmo de um abuso de tratados, como o famigerado *treaty shopping*, interpondo-se pessoa jurídica vazia em país signatário de acordo ou convenção para, artificialmente, gozar do mecanismo fiscal acordado. A controlada “Hispanmar Exterior S.L.” faz parte do conglomerado internacional da Recorrente, dentro de sua atuação transnacional (Acórdão CSRF n. 9101-005.846, 1^a

⁷ A venda da ITACO e os quadros das participações detidas por meio da Itabira Internacional e da Rio Doce Europa constam das notas explicativas (h) e (i) das demonstrações financeiras de 2001, arquivadas na SEC no Formulário 6-K de março de 2002: https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000095010302000330/mar2902_6k-1.txt.

Turma, Rel. Cons. Caio Cesar Nader Quintella, sessão de 12/11/2021).

Mesmo ao decidir *a favor* do contribuinte, portanto, o órgão administrativo tomou a atividade própria da controlada como dado relevante ao reconhecer a aplicação da Convenção — critério que converge com a ressalva do item 21 do voto condutor do acórdão recorrido. Se naquele caso o CARF constatou que a controlada espanhola integrava a operação do grupo, aqui os números que a própria impetrante arquivou na SEC sugerem realidade diversa. Por exemplo, no quadro das participações detidas por meio da controlada luxemburguesa Rio Doce Europa, na posição de 30 de junho de 2002, dos R\$ 2,76 bilhões de investimentos totais apenas R\$ 1,4 milhão, meio milésimo, estava alocado na rubrica das atividades próprias da *holding* (*own operations*); as participações nas duas sociedades das Ilhas Cayman, ITACO e CVRD Overseas, somavam, por sua vez, R\$ 1,35 bilhão, ou 48,8% da carteira⁸.

Essas circunstâncias autorizam uma observação adicional. Se as *holdings* domiciliadas nos países de tratado não tinham atividade nem receita própria, como a impetrante declarou aos órgãos reguladores, **os lucros que a lei brasileira alcança neste caso provêm, em medida expressiva, das controladas instaladas nas Bahamas, na Ilha da Madeira e nas Ilhas Cayman, e apenas transitavam pelos balanços das controladas de tratado.** Para essa hipótese — a das controladas sediadas em países de tributação favorecida — a constitucionalidade do art. 74 da MP n. 2.158-35/2001 foi afirmada na ADI 2.588/DF por seis votos a quatro, maioria absoluta que conferiu a esse capítulo do acórdão eficácia contra todos e efeito vinculante; e foi reafirmada no RE 611.586-RG/PR,

⁸ Quadro "Indirect holdings through Rio Doce Europa – S.à r.l." do Formulário 6-K arquivado na SEC em agosto de 2002, posição de 30/06/2002 (valores em milhares de reais, conforme indicado no próprio formulário): <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/917851/000090342302000531/cvrd6k082002.txt>

paradigma do Tema 537, no qual o Plenário negou provimento ao recurso do contribuinte com um único voto divergente, fixando tese de que “o art. 74 da MP 2.158-35 aplica-se às empresas nacionais controladoras de pessoas jurídicas sediadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados”.

Por fim, dois registros importantes. Não afirmo que as controladas diretas gozavam, em seus países de domicílio, de tratamento fiscal especial. Nada nos autos permite dizê-lo, em um sentido ou em outro. Tampouco invoco norma antiabuso, convencional ou interna, nem emito qualquer juízo sobre a estrutura societária do grupo. Limito-me a examinar, com base em informações públicas da impetrante, a orientação firmada no acórdão recorrido em conjunto com a ressalva feita pelo próprio Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. **Esse exame sugere que sociedades sem atividade operacional, domiciliadas em países de tratado, estavam situadas entre a controladora brasileira e um bloco de empresas de jurisdições que a Receita Federal relacionava como de tributação favorecida — quadro que, se confirmado, corresponderia à hipótese do item 21, que em momento algum do processo chegou a ser cotejada com a estrutura societária da impetrante.**

Em mandado de segurança, o direito líquido e certo exige prova pré-constituída. Quanto à controlada dinamarquesa, nem o vínculo societário nem o pressuposto de fato da cláusula que a impetrante invocou saíram do plano da alegação. Quanto às luxemburguesas, o enquadramento no escopo subjetivo de aplicação da Convenção, pressuposto do direito afirmado, ficou igualmente sem prova. Quanto à estrutura internacional do grupo, nada foi juntado. Os únicos indícios do organograma societário estão nos documentos públicos da própria companhia, e apontam para a configuração que o acórdão recorrido ressaltou da sua orientação. Também por esses fundamentos, subsidiários, a segurança deve ser denegada.

III – DISPOSITIVO

Posto isso, e pedindo respeitosa vênia ao Ministro Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes, e voto para dar provimento ao agravo regimental para, assim, dar provimento ao recurso extraordinário da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, **denegando a segurança pleiteada pelo contribuinte.**

É como voto.