

# **OPINIÃO LEGAL: REESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA. CRIAÇÃO DE HOLDING INTERNACIONAL. TRIBUTAÇÃO DE LUCROS AUFERIDOS POR CONTROLADAS DIRETAS E INDIRETAS NO EXTERIOR**

**André Mendes Moreira**

## **1. Da Consulta**

Consulta-nos o **GRUPO IMAGINARIUS BRASIL S/A** sobre os efeitos tributários da criação de uma holding no exterior para a unificação de todas as suas operações internacionais.

A atividade da Consulente engloba negócios diversificados, que são carreados por diversas empresas coligadas e/ou controladas no exterior, especialmente na Ásia e Oceania, todas dotadas de substancial estrutura.

O objetivo da nova organização seria unificar e otimizar a gestão de todos os negócios no exterior em uma holding controlada pela empresa brasileira, mas que substituísse esta como controladora direta de todas as demais empresas do grupo fora do Brasil.

A Consulente pretende instalar sua sede off-shore em qualquer país com o qual o Brasil possua tratado contra a dupla tributação da renda e no qual seria efetivamente montada uma sede operacional, com locação de salas, contratação de empregados de todos os níveis hierárquicos e demais medidas para se evitar que o estabelecimento seja considerado fictício.

Diante disso, questiona-nos a Consulente sobre os efeitos jurídico-tributários de tal medida, especialmente quanto à tributação da renda das empresas direta e indiretamente controladas situadas no exterior.

Ao que passamos a responder.

## **2. Breves considerações acerca da tributação de lucros auferidos por coligadas ou controladas no exterior**

A Lei n. 9.249, de 26.12.95, em seu art. 10, dispôs que os lucros ou dividendos disponibilizados (pagos ou creditados) a seus titulares, pessoas físicas ou jurídicas, não sofrerão mais incidência na fonte, nem tampouco integrarão a base de cálculo do imposto sobre a renda do beneficiário. Assim, desde então, a tributação dos lucros se fez de forma não cumulativa, extinguindo-se a dupla incidência do imposto (que antes recaía tanto na pessoa jurídica investida e geradora dos lucros, como ainda na pessoa física ou jurídica beneficiária, ou investidora).

A lei assentou-se no pressuposto de que a empresa investida (ou geradora dos lucros) fosse efetivamente tributada, caso contrário haveria isenção total, absoluta dos resultados. O regime em vigor não apresenta maiores problemas quando a controlada (investida) situa-se em território nacional, porque a empresa, inteiramente submetida às leis nacionais, pagará o imposto de renda devido no País, ficando livre de qualquer ônus fiscal a percepção dos dividendos pela controladora (sediada no Brasil ou no exterior).

Quanto às controladas e coligadas situadas no exterior, a Lei n. 9.249, de 26.12.95, seguindo tendência observável em diversos outros países, introduziu entre nós o conceito de “renda mundial”, passando a tributar com o IR, no Brasil, os lucros diretamente auferidos no exterior por empresas brasileiras e também aqueles por elas auferidos “através de” (*sic*) suas controladas e coligadas no exterior.

Nosso País adotou o princípio genérico de que a mesma renda já tributada, de fonte estrangeira, será compensada por meio de créditos, mas tais montantes dedutíveis não poderão exceder o imposto devido no País sobre a mesma renda. A lei brasileira, entretanto, impôs a regra da consolidação da renda, não importa que se trate de simples estabelecimento permanente estrangeiro, sucursais, ou ainda subsidiárias, filiais ou

empresas vinculadas com personalidade jurídica própria (controlada ou coligada). Para isso, a Lei n. 9.249, de 26.12.95, adotou uma presunção de disponibilidade (embora inexistente a distribuição), para considerar “distribuídos” os lucros, no momento de sua apuração pela empresa controlada. Consagrou, então, implicitamente, a regra da desconsideração unilateral da personalidade jurídica da controlada ou coligada, de forma parcial, a atingir apenas os lucros, jamais os prejuízos.

A tributação da renda mundial fica assim deformada, porque a presunção de disponibilidade pressupõe, na lei brasileira, uma desconsideração da personalidade jurídica de mão única, que somente funciona para os lucros.

Com o fito de remendar os malfeitos, foi baixada uma Instrução Normativa (IN/SRF n. 38, de 27.06.96<sup>1</sup>). Esta, em vez de regular a Lei n. 9.249/95, alterou-lhe as feições. Assim é que os lucros da coligada ou controlada no exterior passaram a ser tributados quando fossem transferidos, via pagamento, crédito, remessa, entrega ou emprego. A IN n. 38, malgrado alguns defeitos, respeitou a personalidade jurídica da empresa estrangeira e adotou o regime de caixa, não mais de competência, para a tributação no Brasil de seus lucros.

Do conflito entre a Lei n. 9.249/95 e a IN n. 38, surgiu a Lei n. 9.532, de 10.12.97, como superação do evidente impasse criado pela própria União.

A Lei n. 9.532/97, sem recair nos erros da IN n. 38/96, que previa algumas ficções relativas ao tema disponibilização de lucros, adotou-lhe os pontos positivos. Nesse passo, assentou-se nos dois pilares que regem a matéria:

---

1. Posteriormente revogada pela IN/SRF n. 213, de 07.10.02.

- (a) respeitou a personalidade jurídica das controladas e coligadas no exterior e;
- (b) considerou “disponibilizado” o lucro havido no exterior, em prol da coligada ou controladora brasileira, no momento em que os dividendos, já separados da fonte, fossem objeto de pagamento, crédito, remessa, entrega ou emprego (obviamente pelo regime de caixa).

De conseguinte – perante a disparidade dos critérios informadores das respectivas razões de legislar (*ratio legis* ou *mens legislatoris*) – a Lei n. 9.249/95 restou parcialmente revogada pela Lei n. 9.532/97.

A Medida Provisória n. 1858-6, de 29.06.99, sujeitou à contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) os lucros auferidos por coligadas ou controladas no exterior (art. 19), em que pese a realidade de que tais empresas forâneas nada têm que ver com o financiamento da seguridade social brasileira (art. 195 da CF/88).

Este quadro legislativo esteve a vigor até a edição da Lei Complementar n. 104, de 2001, que acrescentou ao art. 43 do CTN, definitivo do fato gerador do imposto de renda, um § 2º:

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

Com base na autorização inscrita no CTN, no mesmo ano foi então publicada a Medida Provisória n. 2.158-35, de 24.08.2001, passando a tributação a incidir sobre os lucros apurados no balanço e não mais sobre os lucros disponibilizados (dividendos). Confira-se o seu art. 74:

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

auféridos 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.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior, até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização prevista na legislação em vigor.

A Medida Provisória n. 2.158-35, a nosso ver, contém sérios defeitos jurídicos:

Inicialmente, repristina o regime da Lei n. 9.249/95, claramente revogado, no particular, pela Lei n. 9.532/97. O suposto básico da disponibilização tributável (afastem-se, por ora, disponibilidade jurídica e disponibilidade econômica), tem uma contrapartida desprezada: a redução do patrimônio da pessoa jurídica que promove a disponibilização. Só no momento em que ela se separa dos seus lucros, os destaca e atribui aos sócios ou acionistas, há real transferência de créditos e, pois, real disponibilização. Fora disso, temos apenas ficções de disponibilização, que podem causar pluritributações e tributações “sobre o vento”, atingindo o patrimônio das pessoas e não os reais acréscimos patrimoniais, ou seja, a renda.

Outrossim, conflita com as convenções subscritas pelo Brasil (vinte e cinco). As convenções consideram exclusivamente tributáveis na origem os lucros obtidos pelas empresas situadas nos territórios dos países subscritores (exceção à regra da renda mundial, sob pena de bi-tributação). Por tabela, a MP em tela cria uma situação profundamente desigual, favorecendo em tese a evasão internacional (*treaty shopping*), ou seja, a localização em um país mais favorecido, para deste modo circundar a draconiana legislação pátria.

Não se deve confundir a temática em exame com o princípio da equivalência patrimonial. Para fins contábeis, o resultado das controladas ou coligadas, positivo ou negativo (perdas), pode refletir-se no balanço

da coligada ou controlada no Brasil, mas os lucros somente são afetados quando elas os distribuem e, portanto, reduzem os respectivos patrimônios. O advento da IN n. 213/2002 agravou substancialmente o quadro apontado, com a determinação da oneração da equivalência patrimonial (que inclui novamente os lucros e outros valores já tributados).

Diante de tantas irregularidades, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 2588, em que questiona os artigos 74, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória n. 2.158, de 24.08.2001, e artigo 43, parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional, com a redação da Lei Complementar n. 104/2001, na forma do artigo 10 da Lei n. 9.868/99.

### **3. A jurisprudência no Judiciário**

A ADI n. 2.588 visa o reconhecimento da inconstitucionalidade dos citados dispositivos legais, porquanto o fato gerador do IR e CSLL somente pode ser considerado ocorrido após a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza.

A ADI está em fase final de julgamento, estando pendente somente o voto do Ministro JOAQUIM BARBOSA, ao passo que o Ministro GILMAR MENDES deu-se por impedido de julgar.

A Relatora Ministra ELLEN GRACIE julgou parcialmente procedente a ação, tão somente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou coligada”, duplamente contida no art. 74 da MP n. 2.158-35/01.

Quatro Ministros, RICARDO LEWANDOWSKI, MARCO AURÉLIO, SEPÚLVEDA PERTENCE e CELSO DE MELLO, votaram pelo julgamento procedente da ação para dar interpretação conforme ao art. 43, §2º do CTN, excluindo do seu alcance qualquer interpretação que resulte no desprezo da disponibilidade econômica ou jurídica da renda para efeito de incidência do imposto, declarando, assim, a inconstitucionalidade do art. 74, parágrafo único, da MP n. 2.158-35/01.

Em contrapartida, outros quatro Ministros, EROS GRAU, NELSON JOBIM, AYRES BRITTO e CEZAR PELUSO, entenderam pelo julgamento improcedente da ação.

O ministro CEZAR PELUSO votou, no particular, que a ADI seria improcedente, para dar interpretação conforme à Constituição, no sentido de que ao artigo 74, da Medida Provisória n. 2158 se aplique apenas em relação aos investimentos considerados relevantes nos termos dos artigos 247, 248 e seguintes da Lei n. 6.404/76 [Lei das Sociedades Anônimas] *“e, como tais, sujeitos ao método de avaliação pela equivalência patrimonial porque existente o elemento de conexão entre o eventual lucro produzido no exterior e a pessoa jurídica situada no Brasil, sujeita a tributação pelo imposto sobre a renda”*.

De acordo com o Ministro, *“pela equivalência patrimonial, o lucro auferido pela controlada coligada no exterior repercute no resultado da empresa no Brasil, aumentando até o valor por distribuir aos sócios”*. Para ele, o fato de não ocorrer ingresso no caixa da empresa não desnatura o rendimento. *“Há aí disponibilidade jurídica passível de tributação pelo Imposto sobre a Renda, embora sem a efetiva distribuição do lucro pela empresa no exterior”*, ressaltou.

PELUSO advertiu que, por envolver outras contas do patrimônio líquido e até variações cambiais ativas e passivas decorrentes de diferenças de câmbio no período, *“não é todo resultado ganho oriundo de avaliação por equivalência patrimonial que pode incluir-se na base de cálculo do imposto sobre a renda, mas apenas aquele advindo especificamente do lucro produzido no exterior.”*

Até aqui o resultado apurado do julgamento é o seguinte: dos onze componentes da Corte, um Ministro é impedido (GILMAR MENDES), um está pendente de voto (JOAQUIM BARBOSA), quatro votaram pela procedência da ação, quatro pela improcedência, e um voto pela procedência parcial (“coligadas”).

Há, portanto, empate quanto às empresas “controladas”, e maioria de um voto pela inconstitucionalidade da lei quanto às empresas “coligadas”.

A pendência de decisão definitiva no âmbito do Supremo Tribunal Federal, portanto, gera insegurança sobre a matéria, especialmente em vista da possibilidade de empate.

Recentemente, o STF reconheceu – em outro caso – a repercussão geral do tema em questão. Trata-se do RE n. 611.586/PR, cujo pedido é para que “seja reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 74 e respectivo parágrafo único da Medida Provisória n. 2.158-34, de 27 de julho de 2001 (atual MP n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001), por violação aos artigos 153, 111; 145, § 1º e 150, 111, “a”, todos da CF/88, com a consequente concessão da segurança postulada para o fim de que, livre de quaisquer coações ou embaraços, possa proceder a tributação, pelo IR e CSLL, somente após a efetiva disponibilidade dos lucros auferidos no exterior, conforme previa a legislação anterior (art. 1º da Lei n. 9.532/97).”

Dessarte, é bem provável que o julgamento da ADI n. 2.588 permaneça sobrestado, até que o novo recurso seja julgado, em atenção tanto ao mecanismo da repercussão geral como à nova composição do STF, que difere daquela quando a ADI teve seu julgamento iniciado.

O Superior Tribunal de Justiça, nesse ínterim, tem se manifestado reiteradamente sobre a validade do art. 43, § 2º do CTN e art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, como demonstra recentíssimo acórdão:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. EMPRESAS CONTROLADAS E COLIGADAS SITUADAS NO EXTERIOR. DISPONIBILIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA DA RENDA. ARTS. 43, § 2º, DO CTN E 74 DA MP 2.158-35/2001.

1. A posterior destinação dos lucros auferidos pelas empresas coligadas e controladas está diretamente sob o controle da investidora (no



caso de empresa controlada) ou do grupo empresarial a que pertence a investidora (no caso de empresa coligada). Sendo assim, havendo a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, o valor está apto a compor a base de cálculo do imposto de renda.

Inteligência do art. 43, §2º, do CTN, e 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001. Precedentes: REsp. 983.134 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 3.4.2008; e REsp. 907.404 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23.10.2007.

2. O STF está examinando a tese de inconstitucionalidade do § 2º do art. 43 do CTN, acrescentado pela LC 104/2001, e do art. 74, caput e parágrafo único, da MP 2.158-35/2001, em razão da ADIn 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria-CNI, contudo, não havendo liminar, as normas permanecem em vigor.

3. O art. 74, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, não revogou o art. 25, §5º, da Lei n. 9.249/95, ao estabelecer que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior passam a ser considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual forem apurados.

4. Tema que difere daquele enfrentado no REsp. n. 1.211.882 - RJ.

5. Recurso especial não provido.”

(STJ, REsp 1161003/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 08/11/2011)

Partindo da premissa da validade da norma que determina a tributação, no Brasil, dos lucros das controladas e coligadas no exterior no momento da publicação dos respectivos balanços, o que algumas empresas têm buscado é a utilização de tratados internacionais em matéria tributária para evitar a incidência fiscal. Contudo, o problema se agrava quando a eventual controlada no exterior possui o controle de outras empresas situadas em países com os quais o Brasil não possua tratado contra a dupla tributação. Assim, resta a dúvida: o lucro das controladas indiretas situadas em países com os quais o Brasil não possua tratados internacionais deve seguir as regras de tributação dos lucros da contro-

lada direta, sediada em país que tenha acordo contra a dupla tributação com o Brasil?

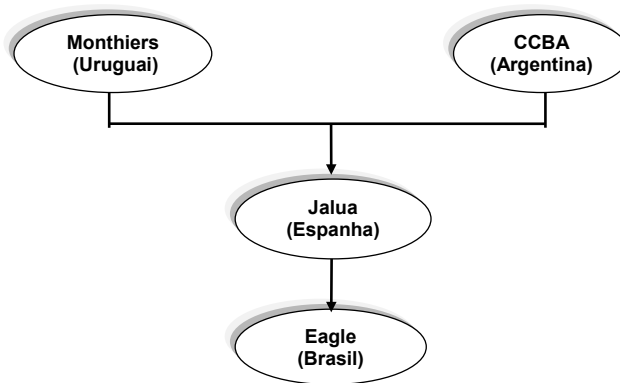
Essa questão foi objeto de embate no âmbito administrativo federal, perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, onde foram prolatadas duas decisões, relativamente antagônicas, sobre o mesmo caso, que muito se assemelha à situação exposta pela Consulente.

Confira-se.

#### 4. A jurisprudência administrativa: o “Caso Eagle”

A EAGLE DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS S.A (controlada brasileira da AMBEV) foi autuada por falta de pagamento do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) incidentes sobre os lucros auferidos por intermédio de suas controladas no exterior, nos anos calendários de 2000 e 2001.

Em síntese, a EAGLE é controladora direta da espanhola JALUA e controladora indireta, através da JALUA, da uruguaia MONTHIERS e da argentina CCBA:



Ocorre que a EAGLE não recolheu ao Brasil o IRPJ e a CSLL sobre os lucros auferidos pela JALUA (controlada direta) e pela MONTHIERS e CCBA (controladas indiretas), alegando que nos lucros da JALUA (holding do grupo) já foram consolidados os resultados das referidas empresas, não havendo que se falar em tributação no País devido à existência de uma Convenção Brasil-Espanha para evitar a bitributação da renda, a qual segue os moldes das convenções modelo editadas pela OCDE (Organização para cooperação e Desenvolvimento Econômico).

Essa Convenção regula a tributação dos lucros das empresas (art. 7º) e a tributação dos dividendos pagos por estas (art. 10º). Assim, a competência para a cobrança de tributos sobre os lucros das empresas é exclusivamente do país em que esteja situada essa empresa (competência tributária exclusiva) e, em relação à tributação dos dividendos pagos, serão tributados no país da fonte pagadora, sem impedimento para que o país da empresa que os recebeu também a tribute, desde que seja deduzido o tributo cobrado no outro país (competência tributária concorrente):

#### ARTIGO 7

##### Lucros das empresas

1. 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. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

(...)

#### ARTIGO 10

##### Dividendos

1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses dividendos podem ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a le-

gislação desse Estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exceder 15% do montante bruto dos dividendos.

Nos países em que o Brasil não mantém acordo para evitar a dupla tributação da renda, o lucro disponível apurado em cada ano será tributado no Brasil, independente da efetiva distribuição.

As autuações do caso EAGLE foram divididas em dois Autos de Infrações, relativos a 2001 e 2002, respectivamente, que foram julgados separadamente e que, como dito, tiveram decisões antagônicas.

Na primeira autuação decidiu-se pela exclusão dos lucros apurados pela JALUA (controlada espanhola), aplicando-se o artigo 7º da Convenção Brasil-Espanha, uma vez que os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só podem ser tributados nesse Estado. Nesse primeiro caso foi analisado tão somente o que se estava tributando: lucros ou dividendos.

Já no segundo, discutiu-se que somente é aplicável a norma da Convenção aos resultados da JALUA decorrentes de suas atividades na Espanha, pois aqueles decorrentes de consolidação de lucros de empresas doutros países (MONTHIERS e CCBA) repercutem no resultado da controladora indireta no Brasil (EAGLE), somente sendo não tributáveis se houver Convenções semelhantes entres os países correspondentes (Brasil-Argentina e Brasil-Uruguai).

Em outras palavras, os resultados tidos por empresas indiretamente controladas/coligadas são tributados pela renda/lucro da controladora ou coligada brasileira, salvo se vigente Convenção de não bitributação do Brasil com o país de cada controlada/coligada indireta.

Assim sendo, decidiu-se que a EAGLE deveria ser tributada pelos resultados de suas controladas indiretas (MONTHIERS e CCBA), ainda que consolidados na controlada direta (JALUA), afastados da tributação somente os resultados apurados exclusivamente por esta na própria Espanha.

É ver, separadamente, cada um dos acórdãos.

#### 4.1. “Caso Eagle 1” – Acórdão n. 101-95.802 (2006)

A autuação referiu-se aos lucros oriundos de empresa controlada na Espanha (JALUA) contabilizados até 31/12/2001 e não disponibilizados até 31/12/2002. A controvérsia residia na identificação do objeto da tributação, lucros ou dividendos.

Dividendos nada mais são do que lucros disponibilizados, ou seja, o rendimento que cabe aos sócios ou acionistas de uma sociedade. É a parte do lucro que compete a cada sócio, após apurado todos os abatimentos (lucro líquido). Dessa forma, os lucros apurados em balanço, antes de qualquer dedução não podem ser considerados como dividendos.

A Relatora SANDRA MARIA FARONI (voto vencedor) concluiu que a tributação do art. 74 da MP n. 2.158-35/01 incide sobre o lucro das empresas e não sobre os dividendos, devendo, assim, ser aplicado o art. 7º da Convenção Brasil-Espanha que afasta a tributação no Brasil dos lucros auferidos pela JALUA, enquanto não disponibilizados:

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. No último caso, os lucros da empresa serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente.

Não obstante esse entendimento, foi desenvolvida uma segunda linha de raciocínio baseando-se na presunção de tributação de dividendos antecipados, caso em que deveria ser aplicado o art. 23 da Convenção que afasta o imposto sobre esses rendimentos:

(...) 3. Quando um residente da Espanha receber dividendos que, de acordo com as disposições da presente Convenção, sejam tributáveis no Brasil, a Espanha isentará de imposto estes dividendos, podendo no entanto ao calcular o imposto incidente sobre os rendimentos

restantes desse residente, aplicar a alíquota que teria sido aplicável se tais dividendos não houvessem sido isentos .

4. Quando um residente do Brasil receber dividendos que de acordo com as disposições da presente Convenção sejam tributáveis na Espanha, o Brasil isentará de imposto esses dividendos.

De uma forma ou de outra a tributação estaria afastada, quer seja pela aplicação do art. 7º do Tratado que determina que a tributação ocorra sempre no Estado de residência da empresa, quer seja pela aplicação do art. 23 do Tratado, isentando-se os dividendos recebidos pelo residente brasileiro.

#### **4.2. “Caso Eagle 2” - Acórdão n. 101-97.070 (2008)**

O auto de infração foi lavrado pela suposta falta de pagamento do IRPJ e CSLL sobre os lucros obtidos pela controlada direta (JALUA) e pelas controladas indiretas (MONTHIERS e CCBA), referentes a 2002.

A controvérsia nesse caso estava em saber se a Convenção Brasil-Espanha seria aplicável à parcela do lucro da holding JALUA (Espanha) decorrente dos resultados provenientes da MONTHIERS (Uruguai) e CCBA (Argentina).

A EAGLE (Brasil) registrou os lucros auferidos no exterior sem a realização da equivalência patrimonial prévia na JALUA por estar dispensada nos termos da legislação espanhola.

O método de equivalência patrimonial consiste na avaliação de determinados investimentos em outras pessoas jurídicas através do valor do patrimônio líquido contábil que elas apresentam, e não pelo valor do custo de investimento. Os investimentos considerados são aquelas participações societárias de caráter permanente. Nesse sentido, os seguintes dispositivos da legislação:

Art. 1º - O investimento permanente de companhia aberta em coligadas, suas equiparadas e em controladas, localizadas no país e no exterior, deve ser avaliado pelo método da equivalência patrimonial, observadas as disposições desta Instrução.

Parágrafo único. Equivalência patrimonial corresponde ao valor do investimento determinado mediante a aplicação da percentagem de participação no capital social sobre o patrimônio líquido de cada coligada, sua equiparada e controlada.

Art. 2º - Consideram-se coligadas as sociedades quando uma participa com 10% (dez por cento) ou mais do capital social da outra, sem controlá-la.

Parágrafo único. Equiparam-se às coligadas, para os fins desta Instrução:

as sociedades quando uma participa indiretamente com 10% (dez por cento) ou mais do capital votante da outra, sem controlá-la;

as sociedades quando uma participa diretamente com 10% (dez por cento) ou mais do capital votante da outra, sem controlá-la, independentemente do percentual da participação no capital total. (Instrução CVM n. 247/ 1996)

Art. 384. Serão avaliados pelo valor de patrimônio líquido os investimentos relevantes da pessoa jurídica (Lei n. 6.404, de 1976, art. 248, e Decreto-Lei n. 1.598, de 1977, art. 67, inciso XI):

I - em sociedades controladas; e

II - em sociedades coligadas sobre cuja administração tenha influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social.

§ 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la (Lei n. 6.404, de 1976, art. 243, § 1º).

§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (Lei n. 6.404, de 1976, art. 243, § 2º).

§ 3º Considera-se relevante o investimento (Lei n. 6.404, de 1976, art. 247, parágrafo único):

- I - em cada sociedade coligada ou controlada, se o valor contábil é igual ou superior a dez por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica investidora;
- II - no conjunto das sociedades coligadas e controladas, se o valor contábil é igual ou superior a quinze por cento do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica investidora. (RIR/99 – Decreto n. 3.000/99)

A questão analisada no julgamento foi saber se o lucro auferido pela controlada indireta é lucro da controladora ou lucro da controlada direta. Com relação ao lucro apurado exclusivamente pela controlada direta (JALUA), ficou assentado que este não deverá ser tributado no Brasil em virtude do Convenção existente com a Espanha.

Quanto aos lucros apurados pelas controladas indiretas, a Relatora SANDRA MARIA FARONI (voto vencido) entendeu que não há como trazê-los para o Brasil a não ser por intermédio da controlada direta, o que implica dizer não serem tributados em face da Convenção Brasil-Espanha.

Esse entendimento, contudo, não prevaleceu, conforme entendimento do Conselheiro VALMIR SANDRI (voto vencedor), segundo o qual a legislação não restringiu às *controladas diretas* a regra de adição de lucros auferidos no exterior ao balanço da controladora: pelo contrário, expressamente abarca as *controladas indiretas*.

Isso decorre do art. 241, § 2º da Lei n. 6.404/76, pelo qual o conceito no Direito Societário de empresa “controlada” não distingue empresas controladas diretas ou controladas indiretas, nos seguintes termos:

- Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.
- § 1º. São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.



§ 2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. (Grifamos)

Noutras palavras, no caso concreto tanto a JALUA quanto a MONTHIERS e a CCBA são consideradas empresas controladas da EAGLE no Brasil. Confira-se parte da ementa do acórdão, no que pertinente:

LUCROS ORIUNDOS DE INVESTIMENTO NA ESPANHA - Nos termos da Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Imposto sobre a Renda entre Brasil e a Espanha, promulgada pelo Decreto n. 76.975, de 1976, em se tratando de lucros apurados pela sociedade residente na Espanha e que não sejam atribuíveis a estabelecimento permanente situado no Brasil, não pode haver tributação no Brasil.

LUCROS AUFERIDOS NO EXTERIOR POR INTERMÉDIO DE CONTROLADAS INDIRETAS - Para fins de aplicação do art. 74 da MP n. 2.158-35, os resultados de controladas indiretas consideram-se auferidos diretamente pela investidora brasileira, e sua tributação no Brasil não se submete às regras do tratado internacional firmado com o país de residência da controlada direta, mormente quando esses resultados não foram produzidos em operações realizadas no país de residência da controlada, evidenciando o planejamento fiscal para não tributá-los no Brasil.”

Vale, ainda, breve transcrição de trecho do voto vencedor, do Conselheiro VALMIR SANDRI:

De fato, não há como considerar ao abrigo do tratado Brasil - Espanha, os lucros auferidos num terceiro país sem tratado, que tem apenas como passagem um dos Estados contratantes, eis que, pela regra disposta no art. 7º do Tratado, os lucros por ele abrangido são apenas aqueles auferidos pelos Estados Contratantes, aliado ao fato

de que pela lei societária e fiscal, os resultados auferidos por intermédio de outra pessoa jurídica, na qual a controlada ou coligada no exterior mantenha qualquer tipo de participação societária, ainda que indiretamente, serão considerados no balanço para efeito societário, bem como, para efeito de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da beneficiária no Brasil.

Não se trata, portanto, como pode parecer num primeiro momento, no afastamento do tratado Brasil - Espanha, para tributar o lucro auferido por parte destes Estados contratantes, o que entendo inviável, mas sim, de dar efetividade aos preceitos definidos no referido convênio, eliminando a dupla tributação dos lucros neles auferidos e tributando os lucros alienígenas, decorrentes de estratégias utilizadas pelas empresas com o fito de eximir-se e/ou reduzir os tributos devidos, que, embora possam ser consideradas lícitas, seus resultados não se encontram contemplados nos tratados.

Entendeu-se, portanto, que a Convenção Brasil-Espanha não é aplicada no caso das empresas situadas fora dos países contratantes, e que, nos termos do art. 25 da Lei n. 9.249/95, os lucros auferidos por todas as empresas controladas devem ser adicionados ao lucro líquido da investidora brasileira, devendo tais adições serem feitas de forma individualizada nos moldes do art. 16 da Lei n. 9.430/95<sup>2</sup>.

Dessa forma, não obstante a tributação sobre os lucros da empresa espanhola JALUA ter sido afastada pela aplicação da Convenção Brasil-

---

2. “Art. 16. Sem prejuízo do disposto nos arts. 25, 26 e 27 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, os lucros auferidos por filiais, sucursais, controladas e coligadas, no exterior, serão:

I - considerados de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada;

II - arbitrados, os lucros das filiais, sucursais e controladas, quando não for possível a determinação de seus resultados, com observância das mesmas normas aplicáveis às pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil e computados na determinação do lucro real (...).”

Espanha, o mesmo não aconteceu com os lucros apurados pelas controladas indiretas antes mencionadas.

Vale ressaltar que, embora fora afastada a aplicação da Convenção Brasil-Espanha quanto aos lucros das controladas indiretas latino-americanas, o CARF em momento algum averiguou haver semelhante Convenção com os países onde situadas as controladas indiretas, como é o caso da Argentina (Decreto n. 87.976/1982), o que, pela lógica exposta, deveria afastar os tributos respectivamente.

## 5. Conclusões

Na pendência de decisão definitiva da ADI n. 2588 do Supremo Tribunal Federal – e na ausência de julgamento do RE n. 611.586/PR, sequer iniciado – persistem eficazes as normas decorrentes do art. 74, *caput* e parágrafo único, da Medida Provisória n. 2.158, de 24.08.2001, e art. 43, parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional, com a redação da Lei Complementar n. 104/2001, o que implica dizer que o IRPJ e a CSLL incidem sobre os lucros apurados no balanço de empresas controladas e coligadas no exterior, e não sobre os lucros disponibilizados.

Ademais, considerando a legislação sobre Direito Societário, especialmente o art. 243, § 2º da Lei n. 6.404/76, é de se entender que essa tributação alcança indistintamente os lucros oriundos de empresas controladas direta ou indiretamente pela empresa controladora brasileira.

Entendemos, portanto, que por essa perspectiva o precedente do caso “EAGLE 1” (PTA n. 16327.000112/2005-31) tem poucas chances de ser sustentado no Poder Judiciário em causas semelhantes, sendo provável que prevaleçam as linhas gerais do precedente do caso “EAGLE 2” (PTA n. 16327.000530/2005-28).

Por outro lado, embora o CARF tenha se omitido no particular no caso EAGLE, entendemos possível discutir a não incidência desses tributos caso a controlada indireta se localize em Estado que também

mantenha Convenção destinada a evitar a dupla tributação em matéria de imposto sobre a renda.

Assim, deverá ser analisado individualmente o caso de cada controlada ou coligada, seja direta ou indireta, para eventual aplicação de Convenção do Brasil com o respectivo país, afastando o IRPJ e CSLL.

Transpondo essas conclusões à hipótese ventilada pela Consultante, entendemos que a criação de uma holding em país com o qual o Brasil possua tratado contra a dupla tributação da renda para fins de concentração do faturamento das operações internacionais do Grupo não implicará benefício fiscal no Brasil em relação ao lucro das controladas indiretas situadas em terceiros países com os quais o Brasil não possua tratado contra a dupla tributação.

Para a solução do problema em tela, a expectativa é o julgamento favorável ao contribuinte da ADI nº 2.588/RE n. 611.586, o que se espera e aguarda do C. Supremo Tribunal Federal. A conferir.