



Licenciaturas

Pós-Graduações

Mestrados

Formação de Executivos

Serões do ISG

Seminários de Investigação do ISG



Director
J. L. Saldanha Sanches

Director Adjunto
Rui Barreira

Director Executivo
João Taborda da Gama

Comissão de Redacção

António Lobo Xavier · juriconsulto
Jorge Magalhães Correia · gestor
José Casalta Nabais · Prof. da Fac. Direito de Coimbra
J. Xavier de Basto · Prof. da Fac. Economia de Coimbra
Luís M. S. Oliveira · PricewaterhouseCoopers
Manuel Freitas Pereira · Conselheiro do Tribunal de Contas
Rui Pinto Duarte · Prof. da Fac. Dir. da Univ. Nova de Lisboa · advogado

Redacção

Ana Paula Dourado · FDL
Arlindo Correia · jurista
Carlos Lobo · FDL
Clotilde Celorico Palma · jurista
Fernando Castro Silva · BL&C
Francisco de Sousa da Câmara · Morais Leitão, Galvão Telles, Soares da Silva & Associados
Glória Teixeira · FDUP · CIJE · QMWC
Helder S. Rosalino · economista · BP · ISG
João Ricardo Catarino · jurista · ISCSP
Joaquim Silvério Mateus · jurista
J. Costa Santos · CMVM
John P. Duggan · PricewaterhouseCoopers
Jorge Sancho Figueiredo · PricewaterhouseCoopers
Leonel Corvelo de Freitas · DGCI
Manuel Anselmo Torres · advogado
Manuel António Pita · ISCTE
Manuel Faustino · Abreu & Marques · ISG
Margarida Mesquita Palha · UCP · CEF
Mária Odete Oliveira · DGCI
Mária dos Prazeres Lousa · CEF · ISG
Mário Alexandre · CEF · ISG
Miguel Teixeira de Abreu · Abreu, Cardigos & Associados
Pedro Patrício Amorim · PricewaterhouseCoopers
Ricardo da Palma Borges · FDL
Rodrigo Queiroz e Melo · advogado · ISG
Rogério Pereira Rodrigues · ISCTE/IGF
Rui Duarte Morais · advogado · UC
Serena Cabrita Neto · advogada · ISG
Sérgio Vasques · FDL
Severino Duarte · DGCI
Vasco Valdez Matias · ISCAL

Tradução
Teresa Curvelo

Propriedade
Ensinus - Estudos Superiores, SA
NIPC 500 743 282
Reg. ICS 123393

Edição
Instituto Superior de Gestão
Estrada da Ameixoeira, 112-116 · 1769-005 Lisboa
Telefone 21 751 3700 · Fax 21 759 9788
E-mail: mvaz@isg.pt

Tiragem
1200 exemplares

Execução Gráfica e Distribuição
Coimbra Editora
Rua do Amado · Apartado 101 · 3001-951 Coimbra
Telefone 239 85 2650 · Fax 239 85 2651
Correio Electrónico: sede@mail.coimbraeditora.pt

Preços
Número avulso · 25 Euros · IVA incluído
Assinatura · 4 números:
Portugal · 90 Euros · IVA incluído
Europa (UE) · 87,50 Euros · IVA incluído
Países não Comunitários · 110 Euros

Fiscalidade

Revista de Direito e Gestão Fiscal

5 Manuel Faustino

A Directiva da fiscalidade da poupança no âmbito da UE — alguns aspectos

43 Marciano Seabra de Godoi

Imputação de lucros de sociedades não residentes no Direito Fiscal Brasileiro

61 Nuno Cunha Rodrigues

A propósito da proposta de 14.^a Directiva das Sociedades Comerciais: a transferência internacional da sede

127 Alexandra Martins

Os aspectos formais do direito à dedução do IVA: a dedução do imposto em operações simuladas

139 J. L. Saldanha Sanches/André Salgado de Matos

A competência da câmara municipal para a designação do responsável pelo serviço de execuções fiscais

153 Vieira de Almeida & Associados

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 14 de Abril de 2005 — Recurso n.º 00107/03

157 Contratos de Know-How / Contratos de

Engineering — Comentário ao ActCA-S n.º 213/99, de 29 de Março

165 João Taborda da Gama

Clotilde Palma — *Introdução ao IVA* (2005); Patrícia Cunha — *IVA: Anotações* (2004); Rita de la Faria — *A Handbook eu vat legislation* (2004)

167 Notícias Inforfisco

IMPUTAÇÃO DE LUCROS DE SOCIEDADES NÃO RESIDENTES NO DIREITO FISCAL BRASILEIRO (*)

MARCIANO SEABRA DE GODOI

Doutor em Direito.
Professor da Faculdade de Direito
da Universidade Católica de Minas Gerais

O artigo examina a atual legislação brasileira relativa à imputação de lucros de sociedades não residentes, suas origens, seus méritos e seus defeitos. A maioria da doutrina brasileira considera inválida a legislação que determina a imputação dos lucros de sociedades não residentes, e o artigo procura avaliar tais críticas. Finalmente, o artigo analisa a jurisprudência da Corte Constitucional brasileira que começa a se formar sobre o tema.

The article examines the brazilian current CFC legislation, points out its origins, its merits and its failures. The majority of brazilian tax lawyers criticize very deeply CFC legislation, and consider it not compatible with brazilian Constitution. The article examines these criticisms, and distinguishes balanced arguments and positions from exaggerated ones. Finally, the article examines the fresh and not yet consolidated brazilian Supreme Court case law about CFC legislation.

ÍNDICE:

1 — Introdução. 2 — A introdução do princípio da universalidade no imposto de renda brasileiro das pessoas jurídicas e as primeiras hesitações legislativas quanto à imputação de lucros de sociedades não residentes. 3 — A modificação do Código Tributário Nacional em 2001. 4 — A adoção do atual sistema de imputação generalizada de lucros de sociedades não residentes pela técnica do método da equivalência patrimonial. 5 — As críticas doutrinárias contra a constitucionalidade do sistema de imputação. 6 — O que há de equilibrado e o que há de exagerado nas críticas doutrinárias contra o sistema brasileiro de imputação de lucros de sociedades não residentes. 7 — A jurisprudência que começa a tomar forma no Supremo Tribunal Federal.

(*) Algumas seções do presente artigo têm por base excertos do estudo "O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior", in: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.), *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, 6.º Volume, São Paulo: Dialética, 2002, pp. 275-286.

1 — INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto o atual sistema brasileiro de imputação de lucros de sociedades não residentes para fins de apuração do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas. Ao contrário da maioria das soluções do direito comparado, a legislação brasileira não reserva o sistema de imputação apenas aos investimentos em países de regime fiscal privilegiado, ou apenas às rendas consideradas “passivas” ou “não empresariais”. O sistema aplicado no Brasil determina que a imputação dos lucros de sociedades não residentes é obrigatória sempre que o direito privado (lei das sociedades anônimas) determinar que o investimento da sociedade brasileira seja avaliado pelo “método de equivalência patrimonial”.

Os tributaristas brasileiros vêm se manifestando no sentido da *inconstitucionalidade* desse sistema de imputação. A maioria dos autores vê nesse sistema a tributação de uma renda que não se mostra “disponível” (quer de um ponto de vista jurídico, quer de um ponto de vista econômico) para o sujeito passivo. Mesmo após a introdução de uma norma no Código Tributário (art. 43, § 2.º) especificamente destinada a viabilizar a adoção do sistema de imputação, a maioria da doutrina continua a sustentar que a Constituição brasileira de 1988 proíbe que o legislador configure a hipótese de incidência do imposto de renda de molde a adotar a chamada “transparência fiscal internacional”, prática largamente adotada pelos países da Europa e da América do Norte há várias décadas.

Após explicarmos o funcionamento do sistema, buscaremos avaliar até que ponto as críticas que se lhe opõem são realmente procedentes. O estudo abordará também a jurisprudência que começa a tomar forma no Supremo Tribunal Federal. O sistema de imputação de lucros de sociedades não residentes foi contestado pela Confederação Nacional da Indústria mediante ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado de constitucionalidade das leis). Dois dos onze ministros do Tribunal Constitucional já manifestaram seu entendimento sobre a questão.

2 — A INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE NO IMPOSTO DE RENDA BRASILEIRO DAS PESSOAS JURÍDICAS E AS PRIMEIRAS HESITAÇÕES LEGISLATIVAS QUANTO À IMPUTAÇÃO DE LUCROS DE SOCIEDADES NÃO RESIDENTES

Gravar ou não as rendas auferidas no exterior pelos seus residentes (pessoas físicas e jurídicas) é uma decisão soberana a ser tomada por cada Estado. A tendência atual é a adoção do critério da “renda mundial”, pelo qual cada Estado grava tanto as rendas produzidas por seus residentes nos limites de seu território, quanto a renda produzida por seus residentes fora dos limites de seu território ⁽¹⁾. Esta solução

⁽¹⁾ Sobre o assunto, cfr. VOGEL, Klaus, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3.ª ed., The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 1997, Introduction, I, 2-14.

caminha no sentido da *generalidade* da tributação da renda e procura garantir a *neutralidade na exportação de capitais*, já que tanto o capital investido no exterior quanto o investido domesticamente terão seus frutos gravados com a mesma intensidade, e desta maneira a pressão tributária não influirá sobre a decisão privada de investir no próprio país ou no estrangeiro.

A visão oposta é conhecida como o princípio da *territorialidade*, segundo o qual somente o país em que a renda é produzida (país da *fonte* da renda) teria competência para tributá-la. Segundo esta visão, os lucros auferidos por um residente português em território brasileiro somente poderiam ser tributados pelo imposto brasileiro. Esta solução privilegia a *neutralidade na importação de capitais*, no sentido de que os lucros produzidos em determinado território são tributados com igual intensidade, sejam eles produzidos por capital doméstico ou por capital estrangeiro. Esta segunda solução prepara um campo mais propício à influência das pressões tributárias sobre as decisões privadas de investimento e é mais consentânea aos interesses dos países importadores de capital, pois permite que uma carga tributária menor no *país da fonte* possa efetivamente atrair investimentos externos, o que seria dificultado se o critério da renda mundial fosse aplicado pelos países exportadores de capital.

O princípio da territorialidade, apesar de abandonado há muito pela legislação da grande maioria dos países, é visto com simpatia pela comunidade científica, que tende a considerá-lo mais respeitoso com a soberania nacional e mais apto a promover uma livre circulação de capitais ⁽²⁾. Todavia, não há qualquer regra de direito internacional geral que proíba aos Estados soberanos adotarem em sua legislação interna o princípio da renda mundial ⁽³⁾.

Em certo sentido, também o princípio da renda mundial se guia por uma forma de territorialidade, já que nesse sistema o Estado tributa somente a renda dos contribuintes que tenham *residência em seu território*. A diferença é que, enquanto o princípio da renda mundial elege pontos de conexão territorial relacionados aos sujeitos ou às pessoas que auferem a renda (residência, domicílio ou nacionalidade), o princípio da territorialidade *stricto sensu* elege pontos de conexão territorial relacionados ao objeto do gravame (local em que se situa o imóvel que produz a renda, por exemplo) ⁽⁴⁾.

Tradicionalmente, o imposto de renda brasileiro das pessoas jurídicas atingia somente a renda produzida no território nacional ⁽⁵⁾. Com efeito, o art. 268 do Regu-

⁽²⁾ Estas foram as conclusões do 34.º Congresso da IFA (International Fiscal Association), realizado em 1984, em Buenos Aires.

⁽³⁾ VOGEL, *op. cit.*, Introduction, I, 7.

⁽⁴⁾ Sobre o assunto, cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 5.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 21-29 e 217-273, e LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos M. *Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo*, Madrid: McGraw-Hill, 1995.

⁽⁵⁾ Cfr. SCHOUERI, Luís Eduardo & NETO, Miguel Hilu, “Sobre a Tributação dos ‘Lucros Disponibilizados’ do Exterior”, in ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.), *Imposto de Renda — Alterações Fundamentais — 2.º Volume*, São Paulo: Dialética, 1998, pp. 115-118.

lamento do Imposto de Renda consolidado em 1980 dispunha que “o lucro proveniente de atividades exercidas parte no país e parte no exterior somente será tributado na parte produzida no país”. Neste contexto, o imposto de renda brasileiro não alcançava os rendimentos e ganhos de capital obtidos no exterior, seja através de filiais ou sucursais, seja através de empresas controladas ou coligadas.

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

Em fevereiro de 1988, houve nova mudança legislativa que aprofundou a opção pela neutralidade na exportação de capitais. Definiu-se que também o lucro obtido no exterior por subsidiárias de empresas nacionais seria gravado pelo imposto brasileiro (art. 15 do Decreto-Lei 2.413). Esta mudança constituía um passo a mais em relação ao princípio da renda mundial, pois o imposto brasileiro passava a gravar inclusive a renda auferida no exterior por pessoa jurídica distinta (subsidiária) da pessoa jurídica residente no país.

Alguns meses após a adoção do critério da renda mundial (Decreto-Lei 2.397) e seu aprofundamento no sentido de atingir também as subsidiárias no exterior (Decreto-Lei 2.413), a legislação brasileira, não se sabe bem ao certo o porquê, retornou ao antigo critério da territorialidade (Decreto-Lei 2.429, de abril de 1988).

Em 1995, o Brasil abandonou definitivamente o critério da territorialidade do imposto de renda das pessoas jurídicas. O art. 25 da Lei 9.249 determinou que “os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano”. Segundo os parágrafos da lei ordinária então publicada, o imposto de renda brasileiro atingiria também o “lucro auferido” por empresas estrangeiras controladas e coligadas, o qual deveria ser — na proporção da participação acionária — *adicionado* ao lucro das sociedades brasileiras (§§ 2.º e 3.º do art. 25 da Lei 9.249/1995).

O sistema previsto no art. 25 da Lei 9.249/1995 era bem semelhante ao previsto no Decreto-Lei 2.413/88, adotando o princípio da *renda mundial numa versão ampliada*, pois atingia inclusive os lucros de pessoas jurídicas estrangeiras (subsidiárias, controladas e coligadas) distintas das pessoas jurídicas residentes no Brasil.

Este sistema de imputação introduzido pela Lei 9.249/1995, no que se refere ao gravame dos lucros das controladas e coligadas, foi reputado inconstitucional pela maioria da doutrina brasileira. No Brasil, a Constituição (art. 146, III, *a*) dispõe que a definição da hipótese de incidência dos impostos deve ser estabelecida por uma lei complementar, e no caso do imposto de renda é o próprio Código Tributário Nacional que define a hipótese de incidência como a *aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza*. A maioria dos autores considerou que a lei não poderia imputar o lucro das controladas e coligadas à

sociedade investidora, sob pena de se tributar uma *renda não disponível*, um acréscimo patrimonial em relação ao qual as pessoas jurídicas residentes no país (contribuintes do imposto) não adquiriram disponibilidade econômica ou jurídica ⁽⁶⁾.

Talvez em função desta reação fortemente negativa da doutrina, o Poder Executivo, primeiro através da Instrução Normativa 38/1996, e finalmente através da Medida Provisória afinal convertida na Lei 9.532/1997, determinou que o imposto de renda brasileiro somente iria atingir o lucro das controladas e coligadas estrangeiras no exercício em que esse lucro fosse devidamente *disponibilizado* às sociedades residentes no Brasil, pelo *pagamento* ou pelo *crédito* dos valores em conta representativa de obrigação da empresa no exterior, o que poderia ocorrer segundo diversas formas previstas no § 2.º do art. 1.º da Lei 9.532/1997. Vale dizer, a Lei 9.532/1997 veio retirar as possibilidades de a Lei 9.249/1995 implantar no Brasil o regime da transparência fiscal internacional ou da imputação de lucros de sociedades não residentes.

Portanto, até o advento da Medida Provisória 1.258-34, de julho de 2001 (que será estudada adiante), o sistema vigente no Brasil era o da *renda mundial* em seu sentido clássico. No caso das sucursais e filiais estrangeiras (sem personalidade jurídica autônoma), o lucro se considerava disponibilizado para a sociedade brasileira (e portanto passível de gravame) na data do balanço no qual houvesse sido apurado; no caso de sociedade estrangeira controlada ou coligada, o lucro se considerava disponibilizado para a sociedade brasileira na data do pagamento ou do crédito dos recursos, conforme as diversas hipóteses previstas nas Leis 9.532/1997 e 9.959/1997.

3 — A MODIFICAÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM 2001

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

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

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

⁽⁶⁾ Cfr., por exemplo, as opiniões de XAVIER, Alberto, *op. cit.*, pp. 353-357, e SCHOUEIR & NETO, *op. cit.*, pp. 120-123.

Baseando-se especificamente no acréscimo desse § 2.º do art. 43 do CTN, o Poder Executivo federal considerou que a nova configuração da legislação complementar passou a permitir à legislação ordinária a adoção dos critérios de “universalidade ampliada” previstos (mas não implementados) anteriormente no Decreto-Lei 2.413/1988 e na Lei 9.249/1995. Ou seja, o novo § 2.º do art. 43 do CTN teria conferido ao legislador ordinário uma maior liberdade de configuração para gravar os lucros auferidos pelas empresas estrangeiras controladas e coligadas situadas em países de regime fiscal favorecido. Estariam pois criadas as condições jurídicas para que o sistema da “transparência fiscal internacional”, largamente utilizada em diversas nações desenvolvidas, fosse também aplicado no Brasil.

4 — A ADOÇÃO DO ATUAL SISTEMA DE IMPUTAÇÃO GENERALIZADA DE LUCROS DE SOCIEDADES NÃO RESIDENTES PELA TÉCNICA DO MÉTODO DA EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL

Exercitando os poderes que julgava a ele conferidos pelo acima transcrito § 2.º do art. 43 do CTN, o Poder Executivo federal incluiu na trigésima quarta edição da Medida Provisória (7) 2.158, editada em julho de 2001, o seguinte dispositivo: “Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei n.º 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”.

O parágrafo único desse art. 74 aduziu que “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 previstas na legislação em vigor”.

Portanto, a primeira data-base definida para a imputação dos lucros foi 31 de Dezembro de 2002. Menos de três meses antes dessa data, a Secretaria da Receita Federal expediu a Instrução Normativa 213. No art. 7.º dessa Instrução Normativa, determinou-se que a imputação dos lucros das sociedades controladas e coligadas se fizesse por meio da tributação dos resultados da *equivalência patrimonial*.

A equivalência patrimonial é um método de avaliação de investimentos permanentes que toma por parâmetro o valor do patrimônio líquido da sociedade investida ao longo do tempo. A legislação comercial brasileira determina que as sociedades devem obrigatoriamente seguir esse método de avaliação nos casos de investimentos “relevantes” em sociedades controladas e em determinadas sociedades coligadas (8). As dife-

renças entre o valor do patrimônio líquido da sociedade investida (multiplicado pela percentagem de participação no capital da coligada ou controlada) entre um ano e outro refletem imediatamente no resultado da sociedade investidora, independentemente de haver efetiva distribuição de dividendos (9).

Segundo a sistemática estabelecida pela referida Instrução Normativa (art. 8.º), os lucros produzidos pelos investimentos os quais a legislação comercial (Lei das Sociedades por Ações) não mandar avaliar pelo método da equivalência patrimonial continuarão a ser tributados pelo imposto brasileiro somente à medida em que ocorrer sua disponibilização (crédito ou pagamento do lucro) para a sociedade investidora.

5 — AS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS CONTRA A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO

A doutrina brasileira considerou inválidos tanto o dispositivo da Medida Provisória que fez retornar o princípio da imputação de lucros de sociedades não residentes, como o dispositivo da Instrução Normativa que implementou a imputação por meio da equivalência patrimonial. Segundo Ricardo Mariz de Oliveira, “não há a mínima possibilidade de haver disponibilidade jurídica, e muito menos econômica, sobre os lucros ainda não distribuídos pelas coligadas ou controladas, seja qual for o conceito de disponibilidade que se queira adotar (...)” (10). Sustentaram a mesma posição José Artur Lima Gonçalves (11), Luís Augusto da Silva Gomes (12) e Edmar Oliveira Andrade Filho (13). Todos esses autores defenderam que sua tese (inconstitucionalidade do sistema de imputação dos lucros de sociedades não residentes) era corroborada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que no Recurso Extraor-

e coligadas) e o valor total do patrimônio líquido da sociedade investidora. Vide arts. 247 e 248 da Lei 6.404/1976 (Lei de das Sociedades por Ações).

(9) No alternativo “método de custo”, os lucros da sociedade investida somente refletem no resultado da investidora quando os dividendos são declarados e distribuídos, ou provisionados pela sociedade investida. Sobre o tema, cfr. SANTOS, José Luiz dos, SCHMIDT, Paulo & FERNANDES, Luciane Alves, *Contabilidade Avançada. Aspectos Societários e Tributários*, São Paulo: Atlas, 2003, pp. 9-128, IUDÍCIBUS, Sérgio de, MARTINS, Eliseu & GELBCKE, Ernesto Rubens, *Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações*, 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 1993, pp. 205-229.

(10) OLIVEIRA, Ricardo Mariz de, “O Conceito de Renda — Inovação do art. 43 do CTN pela Lei Complementar n.º 104 (a Questão da Disponibilidade sobre Lucros de Coligadas e Controladas no Exterior)”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 73, pp. 105-115.

(11) GONÇALVES, José Artur Lima, “Imposto sobre a Renda — Resultados Auferidos no Exterior por Filiais, Sucursais, Controladas e Coligadas”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 74, pp. 70-81.

(12) GOMES, Luís Augusto da Silva, “O Imposto de Renda, o art. 74 da MP n.º 2.158/2001 e o Conceito de Disponibilidade Econômica ou Jurídica do art. 43 do CTN”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 77, pp. 87-91.

(13) ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira, “Tributação dos lucros auferidos por sociedades coligadas ou controladas no exterior: exame da validade constitucional do art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-34/2001”, in *Repertório de Jurisprudência IOB — I*, outubro de 2001, pp. 569-566.

(7) Segundo o Supremo Tribunal Federal, a Medida Provisória (que tem força de lei ordinária) é instrumento hábil a instituir e majorar tributos.

(8) O conceito de “investimento relevante” se liga à proporção entre o valor do investimento em cada sociedade controlada ou coligada (ou o valor do investimento no conjunto de sociedades coligadas

dinário 172.058 ⁽¹⁴⁾ decidira ser inconstitucional a incidência do imposto sobre a renda dos acionistas antes da distribuição dos lucros ou dividendos.

Quanto à possibilidade de implementar-se a imputação dos lucros das sociedades controladas e coligadas pela via da equivalência patrimonial, Alberto Xavier argumenta que, enquanto os lucros das investidas não forem transferidos formalmente aos sócios, os acréscimos ao patrimônio líquido são “meramente potenciais e flutuantes” ⁽¹⁵⁾.

Em suma, a maioria da doutrina ⁽¹⁶⁾ considera que a imputação dos lucros de sociedades controladas e coligadas no exterior é inválida mesmo após a introdução de uma norma no Código Tributário (art. 43, § 2.º) que permite ao legislador ordinário estabelecer “as condições e o momento em que se dará a disponibilidade” dos lucros oriundos do exterior.

6 — O QUE HÁ DE EQUILIBRADO E O QUE HÁ DE EXAGERADO NAS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS CONTRA O SISTEMA BRASILEIRO DE IMPUTAÇÃO DE LUCROS DE SOCIEDADES NÃO RESIDENTES

6.1 — Por que e para que adotar no Brasil o sistema de imputação de lucros de sociedades não residentes?

A maioria da doutrina brasileira, ao analisar o art. 74 da MP 2.158/2001, tem se fixado somente em seu sentido literal e sistemático, passando ao largo do *propósito* que motivou e inspirou a norma, ou seja, de seu *aspecto teleológico* ⁽¹⁷⁾. É preciso reconhecer que o objetivo da medida foi combater a elisão fiscal internacional abusiva criada pelas chamadas *empresas de papel* e pelos estímulos fiscais oferecidos pelos

⁽¹⁴⁾ Cujo julgamento ocorreu em 30 de junho de 1995. A aplicabilidade desse precedente ao caso da imputação dos lucros de sociedades não residentes também é afirmada por Alberto Xavier. Cfr. XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 6.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 444-446.

⁽¹⁵⁾ XAVIER, *op. cit.*, pp. 471-474. A mesma opinião é sustentada por CEZAROTI, Guilherme, “Lucros auferidos no exterior: a tributação do resultado da equivalência patrimonial pela IN SRF n.º 213/02”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 97, 2003, pp. 56-64.

⁽¹⁶⁾ Em sentido contrário, defendendo a validade do sistema atual, vide SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes, “Lucro de coligada ou controlada no exterior”, in *Repertório de Jurisprudência IOB — I*, abril de 2002, p. 254, e BORTEUX, Fernando Netto, “As sociedades coligadas, controladoras, controladas, e a tributação dos lucros obtidos no exterior”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 105, 2004, pp. 20-33.

⁽¹⁷⁾ Há estudos que nem mesmo mencionam ou examinam a possível relação da norma brasileira com a vintena de legislações estrangeiras do tipo CFC ou *transparência fiscal internacional*. Vide NUNES, Renato, “Tributação de Lucros Auferidos por meio de Coligadas e Controladas no Exterior: Regime de Disponibilização (MP n.º 2.158-35/01) e Resultados de Equivalência Patrimonial”, in TÔRRES, Heleno Taveira (coord), *Direito Tributário Internacional Aplicado*, São Paulo: Quartier Latin, 2003, pp. 584-604.

paraísos fiscais ⁽¹⁸⁾. Esta constatação já havia sido feita por Hiromi e Celso Higuchi, que relacionaram claramente as medidas da Lei 9.249 e da MP 2.158 com o desvio de lucros de sociedades brasileiras para sociedades instrumentais localizadas em paraísos fiscais ⁽¹⁹⁾.

Este objetivo de prevenir a evasão e a elisão fiscal abusiva fica ainda mais claro ao se verificar que o ex-Secretário da Receita Federal, Eivany Antônio da Silva, observava em 1998 que o Governo deveria “submeter à incidência do imposto de renda, na matriz, já no momento de sua apuração, os resultados das filiais, sucursais, controladas ou coligadas, que exerçam atividades não operacionais (*off shore*)” ⁽²⁰⁾.

Esses objetivos já vêm sendo perseguidos há muito pelos Estados mais desenvolvidos economicamente. A legislação nacional que, em determinadas situações, atribui à pessoa jurídica residente no país o lucro auferido por suas empresas controladas no exterior surgiu na década de 1930 nos Estados Unidos da América e é conhecida como “CFC (controlled foreign company) legislation”, “Subpart F legislation” (por alusão à Seção do Código Tributário norte-americano que regula esta forma de tributação), ou ainda como *transparência fiscal internacional*. Esta última expressão indica que, em determinadas situações, a legislação fiscal desconsidera a personalidade jurídica da entidade estrangeira controlada, ou a considera como uma entidade “transparente”, atribuindo seus resultados diretamente ao seu controlador.

Em obra publicada em 1997 ⁽²¹⁾, Daniel Sandler dá notícia de nada menos que 19 países que adotam alguma forma de transparência fiscal internacional, sendo que os primeiros seis países a adotarem este tipo de medida foram os Estados Unidos, a Alemanha, o Canadá, o Japão, a França e o Reino Unido. Todos estes seis países são exportadores de capital, e com as medidas da transparência fiscal internacional procuravam impedir que empresas residentes em seu território transferissem ativos (ações, direitos) a empresas especialmente criadas em paraísos fiscais com o objetivo de desviar para tais empresas estrangeiras as rendas geradas por tais ativos (juros, dividendos, royalties) e assim postergar indefinidamente sua tributação no país de residência da empresa controladora ⁽²²⁾.

Portugal adota o sistema de transparência fiscal internacional no artigo 60.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (“Imputação de lucros

⁽¹⁸⁾ Cfr. SARAIVA FILHO, *op. cit.*, p. 254.

⁽¹⁹⁾ HIGUCHI, Celso & HIGUCHI, Hiromi, *Imposto de Renda das Empresas: Interpretação e Prática*, 27.ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 92.

⁽²⁰⁾ SILVA, Eivany Antônio da, “Imposto sobre a Renda: Teoria e Prática — Despesas de Juros sobre o capital próprio, Tributação de lucros e dividendos auferidos do exterior”, in *Justiça Tributária — I Congresso Internacional de Direito Tributário — IBET*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 114.

⁽²¹⁾ SANDLER, Daniel, *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation — Pushing the Boundaries*, 2.ª ed., The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 1997.

⁽²²⁾ Sobre as formas e os mecanismos de desviar essas rendas e postergar a tributação, bem como as medidas de reação dos Estados, cfr. OCDE, *International Tax Avoidance and Evasion — Four Related Studies. Issues in International Taxation — N.º 1*, Paris: OCDE, 1987.

de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado"). A Espanha introduziu o sistema da transparência fiscal internacional em 1994 no Imposto sobre Sociedades, e em 1998 o regime foi estendido ao Imposto de Renda das Pessoas Físicas ⁽²³⁾.

Conclui-se, pois, que são louváveis e plenamente justificados os propósitos que informam a medida legislativa brasileira: impedir que a liberdade de movimento de capitais seja utilizada de forma abusiva pelas pessoas jurídicas residentes no Brasil, que de outra forma poderiam criar empresas controladas em regimes fiscais privilegiados somente para transferir-lhes ativos que gerariam rendas não passíveis de tributação pelo fisco brasileiro enquanto não disponibilizadas por um ato formal de distribuição de dividendos.

Nada mais consentâneo aos princípios que informam os contemporâneos Estados fiscais que adotar uma postura de combate ao desvio de rendas para países com tributação favorecida, daí a generalizada adoção atual de alguma forma de imputação de lucros de sociedades não residentes. O Estudo sobre a transparência fiscal internacional publicado em 2000 pelo Tesouro dos Estados Unidos da América ⁽²⁴⁾ demonstra que esse sistema está em sintonia com os princípios da igualdade, da neutralidade fiscal e da eficiência econômica, e além disso evita a situação de injustiça que seria provocada se a tributação reduzida estivesse disponível somente para os contribuintes com alta capacidade econômica capazes de constituir sociedades em paraísos fiscais.

6.2 — Peculiaridades negativas do sistema adotado no Brasil e sugestão de mudanças

O problema é que a legislação de transparência fiscal internacional foi adotada no Brasil de forma irrefletida e canhestra. Por força do art. 25 da Lei 9.249/1995 e agora do art. 74 da Medida Provisória 2.158/2001 (regulamentado pela Instrução Normativa 213/2002), todos os investimentos em coligadas e controladas estrangeiras avaliados pelo método de equivalência patrimonial devem submeter-se ao regime da transparência fiscal internacional ⁽²⁵⁾.

Ora, o regime da transparência fiscal internacional foi concebido e implementado

⁽²³⁾ Cfr. NIETO MONTERO, Juan José & VILLAYERDE GÓMEZ, María Begoña, *La imputación de rentas en la transparencia fiscal internacional*, Madrid: Edersa, 2002.

⁽²⁴⁾ DEPARTMENT OF THE TREASURY, *The Deferral of Income Earned Through US Controlled Foreign Corporations — A Policy Study*, 2000.

⁽²⁵⁾ Identificando tal utilização desvirtuada do regime de transparência fiscal internacional pela Lei 9.249/95, cfr. OKUMA, Alessandra. "Da Tributação das Empresas Controladas e Coligadas", in TORRES, Heleno Taveira, *Direito Tributário Internacional Aplicado*, Vol. II, São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 504-517; XAVIER, Alberto, *op. cit.*, pp. 349-353; SALIBA, Luciana Goulart Ferreira, "Normas Tributárias para la Prevención de la Elusión Internacional", in *II Coloquio Internacional de Derecho Tributario — Vol. II*, Buenos Aires: CEU-Universidad Austral, 2000, pp. 633-647; TORRES, Heleno, *Direito Tributário Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 131-132; e PANDOLFO, Rafael, "Invalidade das alterações promovidas pelo art. 74 da Medida Provisória n.º 2.158-34", in *Repertório de Jurisprudência IOB — I*, abril de 2002, pp. 249-240.

ao longo das últimas décadas ⁽²⁶⁾ para atingir situações específicas de planejamento tributário internacional, em que pelo menos três fatores estão presentes. Em primeiro lugar, supõe-se um controle inequívoco da empresa estrangeira pela empresa nacional submetida ao regime de transparência; em segundo lugar, o regime só é aplicado a determinados tipos de rendimentos, os chamados *rendimentos passivos*, aqueles que não decorrem de uma genuína atividade empresarial e são produzidos por ativos transferidos previamente pela matriz; finalmente, o regime somente é aplicado quando a entidade controlada ou coligada se localiza numa jurisdição fiscal favorecida (paraíso fiscal), ou desfruta de um regime fiscal privilegiado.

Pelo que pudemos pesquisar, somente dois países em todo o mundo — Suécia e Nova Zelândia — adotam um regime de transparência fiscal internacional generalizado a todas as sociedades que possuem controladas ou coligadas no exterior, mas mesmo no caso desses dois países o regime não é aplicado quando as sociedades controladas ou coligadas se localizam em jurisdições cuja carga tributária é similar à carga tributária nacional ⁽²⁷⁾.

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

Em suma: o legislador brasileiro teve em mente coibir uma prática de desvio de rendimentos de empresas residentes no Brasil para entidades criadas artificialmente em paraísos fiscais ou que gozam de um regime fiscal privilegiado. Tais desvios gerariam uma postergação indefinida do pagamento do imposto de renda brasileiro, por isso o legislador determinou que a renda das entidades controladas ou coligadas no exterior fosse tributada em sede da pessoa jurídica controladora, mesmo antes de sua disponibilização. Contudo, tal objetivo de política fiscal internacional não foi adequadamente implementado pela legislação pátria, que estabeleceu um regime indiscriminado de atribuição dos rendimentos das entidades controladas às entidades controladoras, sem perquirir sobre o controle inequívoco das segundas sobre as primeiras, e sem cogitar da necessária presença das primeiras em jurisdições de baixa pressão fiscal.

⁽²⁶⁾ Para uma comparação entre as técnicas de imposição utilizadas pelos sistemas de imputação dos diversos países, cfr. AULT, Hugh J. (Org.), *Comparative Income Taxation — A structural Analysis*, Londres: Kluwer Law International, 1997, pp. 413-422.

⁽²⁷⁾ Cfr. SANDLER, Daniel, *op. cit.*; SANZ GADEA, Eduardo, *Transparencia Fiscal Internacional*, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1996; e CRUZ PADIAL, *Transparencia Fiscal Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

A aplicação *generalizada* do regime de transparência fiscal apresenta graves inconvenientes. Por um lado, prejudica desnecessariamente a competitividade das sociedades brasileiras que efetuam no exterior investimentos diretos em atividades genuinamente empresariais. Nestes casos, não há nada que *justifique*, de um ponto de vista de política fiscal, a exigência do imposto à medida que os lucros das controladas e coligadas são auferidos no exterior. Em segundo lugar, a adoção *generalizada* da transparência fiscal internacional para *todo e qualquer investimento estrangeiro* é apontada pela própria OCDE como contrária às normas dos tratados internacionais celebrados para evitar a dupla tributação da renda (28).

Sendo assim, urge que o Congresso Nacional, quando delibere definitivamente sobre a Medida Provisória 2.158/2001, promova as necessárias reformas ao regime da transparência fiscal internacional instaurado irrefletidamente pelo art. 74 da referida Medida Provisória. Essas reformas devem contemplar, no mínimo, os seguintes aspectos: a) o regime deve aplicar-se somente a situações em que a sociedade residente no Brasil, direta ou indiretamente, isoladamente ou em conjunto com outras sociedades do mesmo grupo, possua mais de 50% do capital votante da sociedade estrangeira; b) o regime deve aplicar-se somente a determinados tipos de rendimentos passivos (juros, royalties, dividendos, rendas imobiliárias) ou então, em se determinando a inclusão no regime de todos os rendimentos da sociedade, devem ser criadas exceções para, por exemplo, os casos em que os rendimentos provêm de atividades comerciais ou industriais genuinamente exercidas no país em que se localiza a entidade estrangeira; e c) o regime deve aplicar-se somente quando a entidade estrangeira esteja localizada em um paraíso fiscal ou desfrute de um regime fiscal privilegiado.

6.3 — Exagero da doutrina que considera *inconstitucional* o regime de imputação de lucros de sociedades estrangeiras

Não nos parece que o sistema constitucional tributário brasileiro seja tão rígido a ponto de impedir que o legislador federal combata os planejamentos tributários con-

(28) Cfr. o item 26 dos Comentários ao art. 1.º do Modelo de Convenção (versão de 2003) — OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OCDE: Paris, 2003, p. 64. Na edição de 2004 de seu *Direito Tributário Internacional do Brasil* (pp. 446-452), Alberto Xavier afirma que a imputação de lucros de sociedades não residentes, mesmo que restrita a rendas passivas oriundas de regimes fiscais favorecidos, não poderia ser aplicada quanto a sociedades domiciliadas em país que tenha celebrado tratado de dupla tributação com o Brasil. O autor reporta-se ao Relatório de 1987 sobre as *Conduit Companies* e aos Comentários da OCDE na versão de 1992, afirmando haver uma divergência de orientações do tratado. Os comentários atuais da OCDE afirmam com muito mais ênfase que nem o artigo 7.1 nem o artigo 10.5 do Modelo de Convenção mostram-se contrários à adoção das normas de CFC pelos países contratantes, e por consequência não é necessário confirmar expressamente no texto do tratado a aplicação das normas de imputação. Cfr. OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OCDE: Paris, 2003, pp. 64 (item 23), 114 (item 10.1) e 151 (item 37). Somente a Bélgica, a Irlanda e o Luxemburgo manifestaram reservas específicas quanto a esses comentários.

sistentes em criar sociedades não-operacionais em paraísos fiscais ou jurisdições de baixa pressão fiscal, transferir a tais sociedades ativos diversos e desviar para aquelas os rendimentos passivos correspondentes, postergando indefinidamente, ou mesmo eliminando integralmente (29), a incidência do imposto de renda brasileiro.

Mesmo os autores que criticam determinados aspectos do regime de transparência fiscal internacional (como sua controversa compatibilidade com as convenções bilaterais para evitar a bitributação da renda (30)) reconhecem que, nos dias atuais, seria impensável um sistema fiscal nacional que abrisse mão daquele regime. Daniel Sandler observa que a crescente mobilidade do capital faz com que os residentes de um país tenham cada vez mais facilidades no sentido de escapar à tributação do imposto de renda. Por isso conclui o citado autor: “que tal legislação (transparência fiscal internacional) seja um elemento necessário da legislação do imposto de renda não se discute” (31).

Parece-nos que a modificação que o legislador complementar operou em 2001 na redação do art. 43 do CTN (inclusão do § 2.º) indica um claro propósito de munir o legislador ordinário dos instrumentos jurídicos necessários para combater as práticas mencionadas nos parágrafos anteriores. Consideramos que, após a LC 104, o art. 43 do CTN autoriza que o legislador ordinário promova a imputação à pessoa jurídica residente dos lucros auferidos por entidades estrangeiras controladas.

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

O argumento principal dos que defendem a invalidade do sistema é que a sociedade investidora não adquire *disponibilidade econômica ou jurídica* sobre os lucros das sociedades controladas e coligadas enquanto esses não forem distribuídos aos sócios. Ora, se é o próprio direito privado (lei das sociedades por ações, art. 248) que em determinados casos *obriga* as sociedades investidoras a reconhecerem em seu patrimônio o *resultado positivo* decorrente de investimentos antes mesmo da distribuição dos

(29) Conforme mencionado no Relatório da OCDE sobre as Sociedades-Base, as empresas controladas encontram meios de remeter os lucros acumulados para as empresas controladoras através de empréstimos ou outras operações mais complexas, de forma a anular completamente a incidência do imposto de renda do país da controladora.

(30) No Seminário intitulado “Tax Treaties in the 21st Century”, promovido em outubro de 2001 por Canadian Tax Foundation, Harvard Law School, Maisto e Associati, OCDE e IBFD (International Bureau of Fiscal Documentation), aprovou-se por escassa maioria a proposição segundo a qual a legislação interna que institui o regime da transparência fiscal internacional conflita com as convenções bilaterais para evitar a bitributação que não possuem disposições específicas sobre a matéria. — cfr. IBFD, *Annual Report 2001-2002*, Amsterdam: IBFD, 2002, pp. 27-29. Nos comentários atuais ao Modelo da OCDE, afirma-se claramente a compatibilidade das regras CFC e os tratados, havendo contudo reservas de alguns países. Vide nota 27 *supra*.

(31) SANDLER, Daniel, *op. cit.*, p. 222. Vide também SANZ GADEA, Eduardo, *Transparencia fiscal internacional*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2002.

lucros das sociedades investidas, o regime fiscal de imputação de lucros baseado na equivalência patrimonial não contraria a antiga regra (vigente desde o Decreto-Lei 1.598 de 1977) de que o “lucro real” a ser tributado pelo imposto de renda é aquele que parte da apuração do *lucro líquido* do período apurado *com observância das disposições das leis comerciais*.

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

Esta não é a ocasião para aprofundar a indagação sobre o conceito de rendimento tributável⁽³²⁾ ou sobre as diferenças entre os conceitos de *disponibilidade econômica* e *disponibilidade jurídica* contidos no art. 43 do Código brasileiro⁽³³⁾. De todo modo, vale lembrar que a generalidade da doutrina brasileira reconhece que o conceito de *disponibilidade jurídica* não supõe necessariamente *disponibilidade financeira* (dinheiro no caixa da empresa) nem o fenômeno da *separação da renda*⁽³⁴⁾. Gisele Lemke, em obra específica sobre esse problema, vincula o *regime de competência* (aplicável à contabilidade das sociedades) ao conceito de *disponibilidade jurídica*, definido pela autora como “uma presunção legal de disponibilidade econômica de renda”⁽³⁵⁾.

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

Se tal presunção de disponibilidade econômica não fosse *razoável*, a adoção do método da equivalência patrimonial chocaria com o próprio princípio contábil do *conservadorismo*⁽³⁶⁾, que impede que a sociedade reconheça uma receita ou um ganho

(32) Cfr. GARCÍA BELSUNCE, Horacio, *El concepto de rédito em la doctrina y en el derecho tributario*, Buenos Aires: Depalma, 1967.

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

(34) Sobre esse conceito e a polêmica que sobre ele se estabeleceu entre Seligman e Vanoni, vide MACHADO, Brandão, “Breve exame crítico do art. 43 do CTN”, in MARTINS, op. cit., pp. 95-108.

(35) Cfr. LEMKE, op. cit., pp. 112-120.

(36) Cfr. IUDÍCIBUS, Sérgio de, MARTINS, Eliseu & GELBCKE, Ernesto Rubens, op. cit., pp. 98-99.

de duvidosa realização. Contudo, o método da equivalência é aprovado sem exceção pela ciência contábil, que inclusive o reputa mais acurado de um ponto de vista econômico do que o método de custo⁽³⁷⁾.

Ora bem, se é muito clara a *disponibilidade jurídica* (razoável presunção legal de disponibilidade econômica) sobre os resultados positivos dos investimentos avaliados por equivalência patrimonial, então por que a legislação fiscal brasileira tradicionalmente estabeleceu sua desconsideração para fins de apuração do lucro tributável?⁽³⁸⁾

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

No caso de investimentos em sociedades domiciliadas no estrangeiro, houve dois momentos distintos. Até a Lei 9.249, a legislação do imposto de renda da pessoa jurídica não adotava o princípio da universalidade, portanto era natural que os resultados positivos dos investimentos permanentes no exterior não fossem incluídos no rendimento tributável⁽³⁹⁾. Com a Lei 9.249, adotou-se o sistema de imputação (que é uma ampliação do princípio da universalidade), o qual seria implementado pela técnica da *adição*⁽⁴⁰⁾ do lucro da sociedade investida ao lucro da investidora. Ora, com a adição desse lucro à base tributável da investidora não seria possível considerar na apuração do imposto o resultado positivo decorrente da equivalência patrimonial, sob pena de haver grosseira dupla tributação jurídica. Daí o § 2.º do art. 25 da Lei 9.249 haver determinado (em disposição meramente didática⁽⁴¹⁾) que “os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalência patrimonial, continuarão a ter o tratamento previsto na legislação vigente, sem prejuízo do disposto nos §§ 1.º, 2.º e 3.º”.

Guilherme Cezaroti⁽⁴²⁾ argumenta que a legislação do imposto de renda tradicionalmente considerou “neutro” o resultado positivo de equivalência patrimonial não pelos motivos apontados acima, mas porque o resultado positivo de equivalência patrimonial não constitui parcela “realizada” do lucro líquido, nos termos do art. 197, § 1.º,

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

(38) Cfr. art. 23, I e § 5.º, do Decreto-Lei 1.598/1977 e art. 389 do Regulamento do Imposto de Renda consolidado em 1999 (Decreto 3.000).

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

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

(41) Cfr. XAVIER, op. cit., p. 439.

(42) CEZAROTI, Guilherme, op. cit., pp. 57-58.

da Lei das sociedades por ações. Se se admite que as disposições do direito privado são relevantes para indicar se um rendimento é ou não passível de tributação pelo imposto de renda nos termos do art. 43 do CTN, então se deve adotar uma visão integral dos dispositivos da Lei das sociedades por ações que tratam do tema da equivalência patrimonial. Fazendo isso, não há dúvidas de que a lei das sociedades por ações considera que há *disponibilidade econômica* sobre tais resultados, que devem necessariamente compor o “resultado do exercício” da sociedade investidora se decorrerem de lucro ou ganho efetivo apurados nas sociedades controladas ou coligadas ⁽⁴³⁾. O art. 197, § 1.º, da Lei das sociedades por ações não *impede* que se distribua o dividendo obrigatório inclusive sobre o resultado positivo de equivalência patrimonial ⁽⁴⁴⁾, nem compromete a presunção de disponibilidade econômica prevista no art. 248. A “realização” a que se refere o mencionado art. 197 tem a ver com o momento do “recebimento em dinheiro” dos lucros ⁽⁴⁵⁾, com a chamada “disponibilidade financeira”, e não com a disponibilidade econômica ou jurídica mencionada no art. 43 do CTN.

A partir do art. 74 da MP 2.158/2001, para se atingir o efeito da imputação de lucros de sociedades não residentes, a técnica da *adição* dos lucros (prevista nos §§ 2.º e 3.º do art. 25 da Lei 9.249, mas logo depois abandonada pela Lei 9.532/1997) é substituída pela técnica da tributação do resultado positivo de equivalência patrimonial. O texto do *caput* do art. 74 não menciona a expressão “equivalência patrimonial” mas a utilização dessa técnica está implícita na medida em que a redação do *caput* desse art. 74 é bem diferente daquela constante do *caput* do art. 25 da Lei 9.249/1995. O art. 25 é *genérico* e simplesmente afirma que “os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior” serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas. Esse *caput* a rigor nem estabelece a imputação de lucros de sociedades não residentes, constituindo tão somente a adoção do princípio da universalidade ou da renda mundial. Já o art. 74 é dirigido especificamente aos “lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior”. Na medida em que estabelece que esses lucros “serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados”, o *caput* do art. 74 naturalmente se refere à inclusão do resultado positivo da equivalência patrimonial na base tributável do imposto de renda das sociedades investidoras.

Ocorreu assim a revogação tácita, pelo art. 74 da Medida Provisória 2.158/2001, dos parágrafos do art. 25 da Lei 9.249/95 que estabeleciam que os lucros das coligadas e controladas seriam *adicionados* ao lucro da investidora e que, como consequência, o resultado da equivalência patrimonial continuaria sendo “neutro” de um ponto de vista fiscal (§ 6.º do mencionado art. 25). Portanto, parecem-nos equivocadas as

⁽⁴³⁾ Cfr. art. 248, III, da Lei das sociedades por ações.

⁽⁴⁴⁾ O art. 197, *caput* simplesmente estabelece que, se o montante do dividendo obrigatório ultrapassar a parcela “realizada” do lucro líquido do exercício, a assembléia geral *poderá* destinar o excesso à constituição de reserva de lucros a realizar.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. o mencionado art. 197, § 2.º, *in fine*.

afirmações ⁽⁴⁶⁾ de que a tributação do resultado positivo de equivalência patrimonial foi determinada pela Instrução Normativa 213/2002 contra o art. 25, § 6.º, da Lei 9.249/1995. A tributação do resultado positivo de equivalência patrimonial foi determinada antes pelo art. 74 da Medida Provisória 2.158, que revogou o § 6.º do art. 25 da Lei 9.249. A Instrução Normativa 213/2002 veio somente regulamentar o já determinado pelo art. 74, como aliás o texto da MP indicava: “(...) na forma do regulamento”.

7 — A JURISPRUDÊNCIA QUE COMEÇA A TOMAR FORMA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Confederação Nacional da Indústria ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (n.º 2.588) pleiteando ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade do art. 43, § 2.º, do Código Tributário Nacional e do art. 74 da Medida Provisória 2.158/2001. Os argumentos de fundo da ação direta podem ser resumidos a um só: a exigência de imposto de renda da sociedade investidora antes de distribuídos os lucros auferidos pelas sociedades investidas é inconstitucional pois configura uma incidência sobre algo “que não constitui renda”.

Dois Ministros já emitiram seus votos, e os autos do processo se encontram atualmente com o Ministro Marco Aurélio. A Relatora da Adin 2.588, Ministra Ellen Gracie, julgou parcialmente procedente a ação, para invalidar o sistema de imputação no caso dos investimentos em sociedade coligada, pois nessas hipóteses não se configuraria a disponibilidade jurídica sobre os lucros antes de sua distribuição.

Em seguida votou o Ministro Nelson Jobim, sendo que dois importantes aspectos devem ser ressaltados no que diz respeito ao teor desse voto.

O primeiro aspecto não se liga ao mérito da questão, sendo antes de ordem exclusivamente metodológica. Independentemente das conclusões a que tenha chegado, o voto do Ministro analisou de forma detalhada o *pano de fundo* ou o *contexto* sócio-econômico no qual se insere a norma em questão. Ao contrário das análises doutrinárias mais difundidas, o Ministro descreveu com detalhes os mecanismos empresariais de desvio de bases tributáveis do Brasil para países com regimes fiscais favorecidos, bem como os diversos tipos de contratos por meio dos quais as empresas investidoras utilizam os lucros auferidos no exterior sem que haja sua transferência formal. Também se fez menção ao longo histórico mundial das legislações de transparência fiscal internacional. Consideramos que constitui um grande avanço hermenêutico esse tipo de análise aberto ao contexto legal, e consciente da realidade sobre a qual a norma jurídica incidirá.

É amplo o consenso doutrinário de que o *aspecto teleológico da norma* é de fundamental importância para sua interpretação. Ora bem, no direito fiscal é impos-

⁽⁴⁶⁾ Cfr. CEZAROTI, Guilherme, *op. cit.*, p. 61.

sível compreender o aspecto teleológico da norma se o intérprete não se dispuser a compreender a tessitura viva e complexa da realidade social, empresarial e econômica que motivou a elaboração da lei e sobre a qual a norma irá incidir. Não se trata de recorrer a fatores extrajurídicos ou pré-jurídicos na interpretação da lei. Trata-se simplesmente de reconhecer que a norma tributária não é fruto da inventividade ou do capricho de um legislador solitário e entediado em sua torre de marfim. Interpretar uma norma jurídica não se pode restringir a relacionar e hierarquizar conceitos extraídos de textos legais mediante os recursos e processos da lógica formal.

O segundo aspecto do voto que gostaríamos de destacar se refere ao mérito da questão. O Ministro analisou a validade do art. 74 da Medida Provisória 2.158 tomando como questão pacífica sua vinculação ao método da equivalência patrimonial (tal como desenhado no direito privado brasileiro). Entendeu-se que a *disponibilidade jurídica de renda* presente nas hipóteses do referido art. 74 não é criada ou inventada pelo legislador fiscal, mas decorre do próprio direito privado que obriga as sociedades a, em determinados casos, refletirem em seu lucro líquido do exercício os lucros de suas controladas ou coligadas.

A configuração específica da equivalência patrimonial foi o que permitiu ao Ministro Jobim distinguir o caso concreto daquele julgado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 172.058, em que se julgou inconstitucional a cobrança, do acionista da sociedade anônima, do imposto de renda em momento anterior à distribuição dos lucros. A lei declarada inconstitucional no Recurso Extraordinário 172.058 (art. 35 da Lei 7.713) atingia a todos os detentores (pessoas físicas ou jurídicas) de participação no capital de pessoa jurídica, determinando *em qualquer caso* a imputação imediata dos lucros. No caso do art. 74 da Medida Provisória 2.158, a imputação é baseada na existência de efeitos patrimoniais específicos (art. 248 da Lei das sociedades por ações) emergentes do próprio direito privado a que se submetem as sociedades. Por isso o voto do Ministro, apesar de julgar improcedente a ação, imprimiu ao dispositivo atacado uma "interpretação conforme a Constituição" no sentido de vincular sua aplicação somente aos casos em que a sociedade investidora está sujeita à avaliação do investimento pelo método da equivalência patrimonial.

O voto do Ministro Jobim trata de outras questões relevantes, contudo é mais aconselhável aguardar o término do julgamento (o Tribunal é composto por onze ministros) e a publicação da íntegra do acórdão, para avaliar de forma mais rigorosa e detalhada o posicionamento da Suprema Corte. De todo modo, e independentemente do resultado final do julgamento, é positivo que os primeiros votos hajam adotado uma postura metodológica aberta e voltada para a compreensão dos complexos aspectos teleológicos da norma impugnada.

A PROPÓSITO DA PROPOSTA DE 14.^a DIRECTIVA DAS SOCIEDADES COMERCIAIS: A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DA SEDE

NUNO CUNHA RODRIGUES

Mestre em Direito.

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

O presente artigo procura, no momento em que se discute a proposta de 14.^a Directiva das Sociedades Comerciais sobre a transferência de sede, desenhar o quadro jurídico vigente no direito português sabendo-se que os elementos de conexão previstos no CSC e no CIRC não são coincidentes, uma vez que a aplicação espacial do direito fiscal internacional se relaciona com o princípio da territorialidade e que, nesta medida, se autonomizam dos elementos de conexão de Direito Internacional Privado.

Neste contexto o estudo assenta em duas perspectivas complementares: a primeira respeita ao enquadramento jus-comercial da transferência internacional da sede. A segunda procura recortar a transferência internacional da sede, *maxime* a transferência intra-comunitária da sede, face ao direito fiscal.

Termina-se com uma breve análise da proposta de 14.^a Directiva e sobre o respectivo impacto no direito português à luz desta dupla perspectiva.

In this article the author tries to sketch the legal regime in force in Portugal, though knowing that the connections elements foreseen in the Portuguese Companies Code and in the Corporate Income Tax Code do not coincide — which is due to the application of international tax law being connected to the territoriality principle — and that they are therefore distinguished from the connection elements of International Private Law. This is done as the Fourteenth Companies Directive proposal on seat transfer is discussed.

Within this context, the study is based on two complementary perspectives: the first, concerning the legal and commercial frame of international transfer of seat; the second where the international seat transfer is analysed within the context of tax law, namely the intra-european seat. This article ends with a brief analysis of the Fourteenth Directive proposal and of its impact on Portuguese law as considered from these two perspectives.

ÍNDICE:

- 1 — Introdução: 1.1 — Enquadramento da transferência internacional da sede; 1.2 — Delimitação do objecto. 2 — Critérios de determinação do estatuto pessoal da sociedade: 2.1 — Aspectos gerais; 2.2 — A teoria da sede e a teoria da constituição; 2.3 — A transferência da sede em direito internacional privado; 2.4 — Os países anglo-saxónicos; 2.5 — Europa continental. 3 — A transferência internacional da sede no direito das sociedades comerciais portuguesas: 3.1 — Breve enquadramento;