

TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DISPENSADO AOS LUCROS DE SOCIEDADE CONTROLADA OU COLIGADA NO EXTERIOR – ARTIGO 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2158-35

Autor : Rodrigo S. Muzzi

Data: Setembro de 2001

1 – O ARTIGO 74 DA MP 2158-35

A 35ª edição da Medida Provisória nº 2158 trouxe, em seu artigo 74, alteração significativa no tratamento tributário dispensado aos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no País.

A novidade legislativa, na verdade, deu eficácia a previsão anterior, consubstanciada na Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995 que, face a uma controvérsia doutrinária em torno da definição de fato gerador do Imposto de Renda, teve seus efeitos mais polêmicos afastados pela edição da Instrução Normativa 38, de 27 de junho de 1996.

O ato normativo de conjuntura, em seu artigo 2º, §§ 1º e 2º, considera disponibilizados os lucros que forem pagos ou meramente creditados pela controlada/coligada à investidora brasileira.

A controvérsia doutrinária girou, como já apontamos, em torno da definição do fato gerador do tributo, que é “*a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica*”, conceito que tem recebido, ao longo do tempo, ampla e pacífica elaboração doutrinária e jurisprudencial.

Aparentemente, por ter acatado o argumento da controvérsia, ou por temor de uma interpretação simplista dos tribunais, é que a administração fazendária instituiu na prática, mecanismo de aplicação da lei afastando o conflito doutrinário.

2 – O ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104

A Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, contendo revisão e ampliação do Código Tributário Nacional, acrescentou dois parágrafos ao seu artigo 43.

Especificamente, o § 2º dispõe que “*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.*” Esta é a autorização legal para a edição da Medida Provisória 2158-34, mais especificamente, de seu artigo 74.

3 – LEGALIDADE DO ARTIGO 74 DA MP 2158-34

A posição doutrinária, que parece estar se formando, é no sentido de que o novo § 2º do artigo 43 do CTN não teria o condão de alterar a definição contida em seu “*caput*”. Esta tendência insiste na ilegalidade do artigo 74 da MP 2158-34, por entender que a disponibilidade econômica ou jurídica apenas poderia ocorrer - entre pessoas jurídicas distintas - com a efetivação de uma das duas hipóteses listadas na § 2º do artigo 2º da IN 38. Neste diapasão, muitas destas opiniões em circulação têm sugerido aos seus leitores a busca de proteção jurisdicional para o dano que identificam.

4 – NOSSA POSIÇÃO DE MAIOR CAUTELA

Este escritório, no entanto, não se entusiasma com os fundamentos da tese da ilegalidade do artigo 74 da MP 2158. A disponibilidade das controladoras, sobre o lucro apurado nas controladas e coligadas, encontra-se resolvido no direito pátrio desde o advento da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

A Lei das Sociedades Anônimas reconhece, em diversos de seus artigos, o óbvio que, desde há muito, vinha sendo reclamado pelos princípios gerais de contabilidade. O acionista controlador tem o poder de dispor, dentro dos limites da lei, não apenas dos lucros da sociedade, mas também dos seus próprios ativos.

Na esteira da lei societária, a lei tributária criou dispositivos que integram as variações patrimoniais das controladas e coligadas nas contas das controladoras. A rigor, portanto, o tratamento dispensado pela lei nº 9294, e agora convalidado pela MP 2158-34, apenas adapta a exigência de equivalência patrimonial à circunstância de sociedades estrangeiras

controladas.

As economias mais sofisticadas do planeta, especialmente os membros da OECD, já há muito tratam diferentemente o momento de realização dos lucros apurados pelas sociedades estrangeiras controladas ou coligadas. É vasta a elaboração institucionalizadora nesses países, cabendo aqui uma menção especial aos modelos de regulamentação das CFCs, ou "*Foreign Controlled Corporation*".

Pelo menos quanto às sociedades controladas, não nos parece razoável sustentar a inoportunidade de disponibilidade econômica ou jurídica para a controladora, no momento de apuração de lucros na controlada. A definição da lei societária, reproduzida pela legislação e regulamentação do imposto, é clara:

"Art 243, § 2º da Lei 6.404/76 – 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."

Parece-nos de improvável sustentação o eventual argumento que os lucros de uma controlada tornaram-se indisponíveis contra a vontade de seu controlador.

Há, deve-se registrar, alguma pertinência no argumento da ilegalidade para as sociedades coligadas. A definição do § 1º do artigo 243 da Lei 6.404 foi ampliada pela regulamentação da CVM e também para os efeitos fiscais. Serão coligadas, nos termos do inciso II do artigo 384 do Regulamento do Imposto de Renda, "*...(as sociedades) sobre cuja administração tenha ... (a sócia) influência, ou de que participe com vinte por cento ou mais do capital social.*" Caracterizada a influência mencionada no texto regulamentar, há que se exigir, então, a participação mínima imposta pela lei societária, de dez por cento do capital. A exceção, portanto, que se poderia levantar com base no artigo 43 do CTN, estaria restrita apenas às coligadas e sujeita à verossimilhança da alegação da investidora que, mesmo detendo participação superior a 20% do capital, não teria conseguido impedir a destinação dos resultados societários em sentido contrário ao por ela desejado.

[Rodrigo S. Muzzi é sócio de **Advocacia Muzzi**]

[Informativo preparado pela **Advocacia Muzzi** - não é Parecer Jurídico do Escritório que possa suportar decisões em casos concretos]

[Direitos Autorais reservados á **Advocacia Muzzi**]