

Tributação de controladas no exterior e a alienação de participação societária

Efetiva hipótese de disponibilização de lucros?

GISELE BARRA BOSSA
ALESSANDRA OKUMA

06/02/2020 08:55



Crédito: Pixabay

Não é de hoje que se discute se a alienação de participação societária em empresa localizada no exterior seria hipótese de disponibilização de lucros.

Até meados de 2016, a jurisprudência do CARF era firme^[1] no sentido de que a alienação de participação societária em controlada no exterior não se enquadra na expressão “emprego do

lucro em favor da beneficiária”, a que se refere o art. 1º, § 2º, alínea b, item 4 da Lei nº 9.532/97, tampouco na hipótese de disponibilização dos lucros prevista no art. 43, do CTN.

+JOTA: Você está preparado para 2020, o ano tributário? Fale com nossos especialistas e não seja pego de surpresa.

Para surpresa dos contribuintes, em 2017 e 2018, a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) decidiu, por voto de qualidade, que a operação de alienação de participação societária figura como modalidade de realização dos lucros auferidos no exterior, dada a ausência de tributação no Brasil^[2].

No entanto, a disputa ainda está longe do fim. Em recente decisão proferida pela 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção do CARF, os membros do colegiado, por maioria, deram provimento ao Recurso Voluntário^[3].

Como sabemos, a tributação dos lucros auferidos no exterior foi introduzida pelo art. 25, da Lei nº 9.249/95. A sistemática em questão, diferente das legislações comparadas de tributação de lucros em bases universais, passou a prever a tributação extraterritorial de lucros indisponíveis, o que levou a severas críticas. *Primeiro*, porque contrária ao art. 43 do CTN e *segundo*, porque nos acordos para evitar a dupla tributação com o Brasil, há vedação expressa à tributação de lucros não distribuídos, salvo hipóteses excepcionais^[4].

Com fundamento na precitada lei, foi editada a Instrução Normativa – IN nº 38, de 27 de junho de 1996 (“IN nº 38/96”), cujo § 9º do artigo 2º determinava que devem ser oferecidos à tributação no Brasil os lucros apurados no exterior na hipótese de alienação da participação societária estrangeira.

A seguir, a Lei nº 9.532/97 revogou a sistemática anterior e previu taxativamente as hipóteses de disponibilização dos lucros auferidos no exterior, notadamente:

a) *crédito*, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior; b) *pagamento* do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil; c) a *entrega*, a qualquer título, a representante da beneficiária; d) *remessa*, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; ou e) o *emprego* do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

Em 27 de julho de 2001 foi editada a Medida Provisória nº 2.158-34, que prevê, em seu art. 74, parágrafo único, que os lucros seriam considerados disponibilizados em 31 de dezembro de cada ano, “salvo se ocorrida, antes dessa data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor”. Por sua vez, a Instrução Normativa nº 213/2002, em seu art. 1º, § 6º, novamente dispôs que alienação configura hipótese de disponibilização de lucros.

Mais recentemente, a Lei nº 12.973/2014 alterou o regime de tributação dos lucros no exterior. As controladas passaram a ser tributadas sobre parcela do ajuste do valor do investimento equivalente aos lucros por elas auferidos. Em resumo, os lucros das controladas no exterior podem ser consolidados em determinadas situações e, o resultado positivo da consolidação ou mesmo individual, deverá ser incluído no IRPJ e CSLL da controladora brasileira.

Como vimos, a Lei nº 12.973/2014 introduziu um conceito novo, o da tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” – PAVI^[5], onde o art. 1º, §1º define como “os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior”. Para descrevê-lo, ninguém melhor que o saudoso Alberto Xavier:

“Esta arrevesada e gongórica nomenclatura visa não reconhecer formalmente que o objeto de tributação são os próprios lucros das empresas estrangeiras, e não o lucro da empresa brasileira decorrente da variação de valor dos investimentos, o que pode ter serias implicações jurídicas, teóricas e práticas, no que concerne à aplicação dos tratados contra a dupla tributação”^[6]

Parece-nos que a Lei nº 12.973/2014, diferente das anteriores, pretende alcançar todos os resultados positivos das empresas controladas no exterior, independentemente de sua disponibilização.

A Instrução Normativa que a regulamentou – IN nº 1520/2014 – a exemplo das anteriores, incluiu a alienação como hipótese de “disponibilização” dos lucros auferidos no exterior para a controladora brasileira.^[7]

No entanto, o imposto sobre a renda somente pode atingir fatos que impliquem *disponibilidade de renda* a beneficiário residente no Brasil (art. 43 do CTN).

Como sintetizou Ricardo Mariz de Oliveira, disponibilidade é “a possibilidade que o proprietário do patrimônio tem de ter as rendas ou os proventos para fazer com eles o que bem entender”^[8].

Ou nas palavras de Luis Eduardo Schoueri, “há disponibilidade quando o beneficiário desta pode, segundo seu entendimento, empregar os recursos para a destinação que lhe aprouver.”^[9]

Sob o pálio da Lei nº 9.532/97 discutia-se se a alienação seria equivalente ao “emprego” dos lucros em favor da controladora no Brasil. *Emprego* é um ato jurídico praticado pelo sujeito ativo (controlada ou coligada no exterior), que *transfira* os lucros nele acumulados em seu patrimônio, para o patrimônio da respectiva controladora, tornando-os *disponíveis*. Tanto é assim que a Lei nº 9.532/97, art. 1º, §2º, b, 4, apontou como “emprego” o “aumento de capital” da controladora ou controlada no exterior.

Seria emprego, se a controladora brasileira determinasse à coligada que seus dividendos fossem utilizados em determinada finalidade, por exemplo, para extinguir determinada obrigação em seu nome ou para aumentar sua participação societária na própria investida?

^[10] Parece-nos claro que não. No mais, consideramos que deve, necessariamente, haver *deliberação* da controladora para aplicação dos lucros acumulados em seu benefício.

Na alienação, os lucros acumulados continuam no patrimônio da controlada/coligada e conseqüentemente, a controladora no Brasil não tem “disponibilidade”. Assim, a alienação da participação societária não corresponde ao “emprego do lucro”, que continua a integrar o patrimônio da empresa estrangeira *até posterior deliberação*

Textualmente, temos, portanto, que o fato “alienação de participação societária” somente é considerado como “hipótese de disponibilização de lucros” por Instruções Normativas (IN 38/96, IN 213/2002 e IN 1520/2014), o que é inadmissível, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Ag. Int. no REsp 1749745/SP:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IRPJ E CSLL. LUCROS AUFERIDOS POR EMPRESAS COLIGADAS OU CONTROLADAS, SEDIADAS NO EXTERIOR. TRIBUTAÇÃO DOS RESULTADOS POSITIVOS DE EQUIVALÊNCIA PATRIMONIAL DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR. INSTRUÇÃO NORMATIVA 213/2002. ILEGALIDADE. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Como bem consignado na decisão agravada, a jurisprudência da Primeira Seção desta Corte entende que o art. 7º, § 1º da IN 213/2002 ofende o princípio da legalidade tributária, uma vez que amplia, sem amparo legal, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL ao prever tributação sobre o resultado positivo da equivalência patrimonial.
2. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento.

Por tal razão, afigura-se mais do que evidente a ausência de base legal para servir de fundamento para o presente lançamento tributário, o que, por si só, invalida a presente autuação por clara afronta ao princípio da legalidade tributária.”

(Data de Julgamento de 02/04/2019)

Nesse sentido também é a sentença proferida pela Juíza da 11ª Vara Federal em São Paulo, Exma. Dra. Regilena Emy Fukui Bolognesi, nos autos da Ação Ordinária nº 0001709-59.2015.4.03.6100:

“A alienação da coligada no exterior para pessoa jurídica sócia da atuada no Brasil, com entrega de seu investimento, não implica qualquer hipótese de pagamento prevista na lei. Ressalte-se, ainda, que esta não pode ser interpretada de maneira ampla, de modo a abarcar outras hipóteses não previstas na norma legal, eis que não cabe ao aplicador da lei criar um direito novo.

Em todas as hipóteses de disponibilização de lucros por meio de pagamento instituída pelo legislador (alínea b, no qual se insere o emprego de valor – item 4), **há saídas de recursos do ativo da controlada ou da coligada no exterior**. *Isso não ocorre na entrega de sua participação societária no exterior, pela coligada – participante no Brasil, em favor de pessoa jurídica, que seja sua sócia no Brasil, por alienação*. (...)

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido e declaro a nulidade do auto de infração que originou o processo administrativo n. 16327.001265/2005-03.^[11]

Vejam que, em termos práticos, a controladora brasileira ao alienar sua participação societária no exterior auferirá *ganho de capital*, tributado pelo imposto de renda brasileiro, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249/95. Logo, **os lucros não distribuídos serão refletidos no preço pago pelo adquirente e tributados na forma de ganho de capital**.

Com efeito, o argumento de que os lucros acumulados representam forma de “emprego” ou “disponibilização” para a controladora no Brasil implica em dupla tributação econômica do mesmo rendimento: uma no suposto “emprego” e outra como ganho de capital auferido na alienação do investimento.

E, mesmo sob a égide da Lei nº 12.973/2014, nosso sistema jurídico não admite que seja tratado como “renda disponível” aquilo que não faz parte do patrimônio do beneficiário. Portanto, a alienação de participação societária não pode ser considerada como hipótese de disponibilização dos lucros auferidos no exterior por intermédio de controlada ou coligada.

Diante desse cenário normativo e jurisprudencial, a temática em questão continuará a ter destaque e a desafiar os tribunais administrativos e judiciais na busca de soluções satisfativas que cuidem de garantir a devida valoração da prova e observem os reais impactos em concreto.

Este artigo é parte integrante da iniciativa “Crimes Contra Ordem Tributária: Do Direito Tributário ao Direito Penal”, coordenada por Gisele Barra Bossa (FDUC, CARF) e Marcelo Almeida Ruivo (FDUC, FEEVALE).

[1] Acórdão n.º 1103-000.469, da 3ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção, Relator José Sergio Gomes, sessão de 25/05/2011; Acórdão n.º 9101-001.678, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Relatora Karem Jureidini Dias, sessão de 15/05/2013; Acórdão n.º 103-22.330, da 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Relator Conselheiro Aloysio José Percínio Da Silva, sessão de 22/03/2006.

[2] Nesse sentido, vale referenciar as seguintes decisões: Acórdão n.º 9101-003.087, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Relator André Mendes de Moura, sessão de 13/09/2017; e Acórdão n.º 9101-003.750, da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Relator Rafael Vidal de Araujo, sessão de 12/09/2018.

[3] Acórdão n.º 1201-003.416, da 1ª Turma da 2ª Câmara da 1ª Seção, sessão de 11/12/2019, cuja ementa segue a seguir transcrita: "**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ) – Ano-calendário: 2001 – LUCROS DE CONTROLADA NO EXTERIOR ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.** A operação de alienação de participação societária não configura disponibilização dos lucros auferidos pela sociedade estrangeira controlada pela empresa incorporada, nos termos do art. 10, § 2º, alínea b, item 4 da Lei n.º 9.532/97".

[4] Note-se que, as legislações de controladas no exterior, como regra, figuram como medidas antiabuso (neutralizadoras) de caráter específico e, assim sendo, tornam-se compatíveis com os acordos para evitar a dupla tributação na medida em que, diferente da legislação brasileira – tributação de caráter genérico de lucros indisponíveis, esteja a controlada ou coligada sediada em país de tributação favorecida ou de tributação regular-, cuidam de distinguir os rendimentos passivos dos ativos, sem tributar a totalidade dos acréscimos patrimoniais; (ii) só admitem, em caráter excepcional, a distribuição fictícia de dividendos a partir da avaliação do local onde esta sediada a controlada ou coligada (se regime fiscal privilegiado ou de tributação favorecida) e/ou mensuração do efetivo grau de controle da investidora/sócia (influência preponderante).

[5] "Logo se vê ser absolutamente equivocada a interpretação de que a nova legislação não alcança os lucros das controladas e coligadas no exterior, mas apenas o seu reflexo no patrimônio da investidora, pelos resultados positivos da equivalência patrimonial. Trata-se de mero jogo de palavras, em tentativa de se camuflar uma tributação sobre os lucros das empresas no exterior, que conflita com o art. 7º dos tratados internacionais para evitar a dupla tributação" (BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. *Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior, em face da Lei n.º 12.973/2014*. In: **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário Vol. 18**. São Paulo: Dialética, 2014. p. 352-378).

[6] XAVIER, Alberto. *A Lei n° 12.973, de 13 de maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais*. In: **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário Vol. 18**. São Paulo: Dialética, 2014. p. 11-23.

[7] Art. 8º Os resultados positivos auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas, direta ou indireta, ou coligadas serão computados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

- 6º Na hipótese de alienação do patrimônio da filial ou sucursal, ou da participação societária em controlada, direta ou indireta, ou coligada, no exterior, os lucros ainda não tributados no Brasil deverão ser considerados para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL da alienante no Brasil, no balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que ocorrer a alienação.

[8] MARIZ DE OLIVEIRA, Ricardo. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 290.

[9] SCHOUERI, Luís Eduardo. *Considerações acerca da Disponibilidade da Renda I: Renda Disponível é Renda Líquida*. ZILVETI, Fernando Aurélio, FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. In: **Direito Tributário: Princípio da Realização no Imposto sobre a Renda**. São Paulo: IBDT, 2019, p. 479.

[10] “A correta interpretação desse dispositivo restringe sua aplicação aos casos em que a empresa controlada ou coligada no exterior empregar efetivamente tais lucros em benefício do sócio residente no Brasil. Ou seja, na hipótese de a empresa estrangeira pagar uma dívida da empresa brasileira investidora, ou entregar seus lucros a um terceiro por conta e ordem do sócio sediado no Brasil.” GALHARDO, Luciana Rosanova; MATARAZZO, Giancarlo Chamma. *A tributação dos lucros gerados no exterior – Uma década de erros e acertos*. 05.10.2006. Disponível em: <https://bit.ly/37CUOtA>. Acesso em 29/01/2020.

[11] QUEIROZ, Mary Elbe; QUEIROZ, Elmo. *Alienação como lucro no exterior e outras questões tributárias*. Conjur, São Paulo, 10/09/2015. Disponível em: <https://bit.ly/3aKTVL0>. Acesso em 29/01/2020.

GISELE BARRA BOSSA – Professora, Mestre e Doutoranda em Ciências Jurídicas-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Núcleo de Direito Tributário Aplicado do Mestrado Profissional e do Grupo de Pesquisa de Tributação e Novas Tecnologias da FGV Direito SP.

ALESSANDRA OKUMA – Doutora em Direito Tributário (PUC-SP) e advogada do escritório Dias de Souza Advogados Associados.