

Coordenação de
Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri
e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

27



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior

Raquel Newton

Doutoranda em Direito Tributário pela PUC/SP.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo discutir os aspectos legais e constitucionais das alterações introduzidas pela Lei Complementar 104/2001 e pelo art. 74 da Medida Provisória 2.158-35 ao regime de tributação dos lucros auferidos no exterior por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil através de suas controladas e coligadas ali estabelecidas, bem como o atual cenário do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.588, proposta pela Confederação Nacional da Indústria com o objetivo de questionar a constitucionalidade dos dispositivos legais anteriormente citados.

Palavras-chave: Direito Tributário, tributação brasileira dos lucros auferidos no exterior.

Abstract

The present article aims at discussing the legal and constitutional aspects of the changes introduced by Complementary Law 104/2001 and by article 74 of Provisional Measure 2.158-35 to the Brazilian controlled foreign companies taxation regime, as well as the current status of Direct Unconstitutionality Lawsuit 2.588, proposed by the National Industry Confederation to challenge the constitutionality of the formerly referred legal provisions.

Keywords: Tax Law, Brazilian controlled foreign companies taxation regime.

I. Histórico Legislativo

A tributação de lucros de filiais, sucursais, coligadas ou controladas de empresas brasileiras no exterior foi inicialmente introduzida pelo art. 25 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995 (*Lei 9.249*), produzindo efeitos a partir do ano-calendário de 1996.

De acordo com o referido normativo, os lucros auferidos no exterior por tais filiais, sucursais, coligadas ou controladas deveriam ser oferecidos à tributação no Brasil em 31 de dezembro de cada ano-calendário.

Tendo em vista os intensos debates suscitados pelo conteúdo da norma em questão - na medida em que determinava a tributação dos lucros independentemente de sua distribuição ao beneficiário domiciliado no Brasil - foram editadas a Instrução Normativa 38, de 1996 (*IN 38/1996*), e a Lei 9.532, de 10 de dezembro de 1997 (*Lei 9.532*).

Disponham a IN 38/1996 e a Lei 9.532 que referidos lucros seriam tributados em 31 de dezembro do ano-calendário em que disponibilizados à empresa brasileira investidora no exterior e não mais automaticamente em 31 de dezembro de cada ano-calendário.

O objetivo da alteração introduzida foi compatibilizar a regra de tributação dos lucros auferidos no exterior aos conceitos de disponibilidade econômica e jurídica, foco central do aspecto temporal da regra-matriz do Imposto de Renda (IR).

É o que se infere da Exposição de Motivos da Medida Provisória posteriormente convertida na Lei 9.532, segundo a qual, “*esta definição é importante, do ponto de vista tributário, tendo em vista que o fato gerador do imposto de renda, na hipótese desses rendimentos, ocorre com a disponibilização dos lucros auferidos no exterior*”.

Em 24 de agosto de 2001, em evidente retrocesso, foi publicada a Medida Provisória 2.158 (MP 2.158), que, em seu art. 74, assim dispõe:

“Art. 74. Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do art. 25 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e do art. 21 desta Medida Provisória, *os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.*”

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 previstas na legislação em vigor.”

Consoante se depreende da leitura do dispositivo acima, houve a intenção de deslocar o momento da tributação dos lucros auferidos no exterior da efetiva disponibilização para a data de sua apuração em balanço pelas coligadas e controladas no exterior, à semelhança do que ocorria na redação original da Lei 9.249.

Criou-se, assim, verdadeira ficção de distribuição dos lucros à coligada ou controlada no Brasil na data do balanço da entidade no exterior.

Tal alteração foi acompanhada da introdução do parágrafo 2º ao art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN) pela Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001 (LC 104), a seguir transcrito:

“Parágrafo 2º *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.*”

É nítida a tentativa de legitimar a ficção que seria criada poucos meses depois pela MP 2.158 acerca do momento em que os lucros auferidos no exterior devem ser considerados disponibilizados.

A seguir, passa-se a debater as razões pelas quais as alterações legislativas trazidas pela LC 104 e pela MP 2.158 não devem ser consideradas suficientes para modificar o conceito de “disponibilidade” para fins de incidência do IR.

II. Disponibilidade da Renda

O art. 43 do CTN, cumprindo a função que lhe é conferida pelo art. 146 da Constituição Federal, estabelece, *in verbis*:

“Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza *tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:*

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho, ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

Parágrafo 1º 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.”

Conforme mencionado, a LC 104 introduziu o parágrafo 2º ao art. 43 do CTN, o qual prevê que, com relação aos lucros auferidos no exterior, o momento em que ocorrida a disponibilidade será definido por lei ordinária. Em outras palavras, a LC 104 buscou excluir os lucros auferidos no exterior dos conceitos já consagrados de “disponibilidade jurídica e econômica” da renda.

No entanto, nos termos do *caput* do art. 43 do CTN, a imposição do IR fica condicionada não somente a um suposto acréscimo patrimonial, mas, igualmente, à aquisição de sua disponibilidade jurídica ou econômica.

A doutrina e a jurisprudência em Direito Tributário há muito vêm reconhecendo que a mera expectativa de auferir renda é inócua ao fenômeno de incidência tributária, na medida em que depende, igualmente, de que o titular adquira a possibilidade de dispor dessa renda.

Se não houver a aquisição de disponibilidade, não haverá que se falar em renda. Os conceitos de renda e disponibilidade, nesse sentido, são indissociáveis, uma vez que apenas no momento em que o direito à renda ou a própria renda se agregam ao patrimônio do sujeito passivo é que se verifica o acréscimo patrimonial ao qual se atribuiu a denominação de “renda”¹.

Corroborando a impossibilidade de segregar tais conceitos, vale transcrever as palavras de Misabel Abreu Machado Derzi², *in verbis*:

“(…) os acréscimos patrimoniais sempre pressupõem a disponibilidade econômica ou jurídica, sendo certo que mesmo não havendo a jurídica, a incorporação física e material ao patrimônio do contribuinte é sempre necessária (...).” (Destques nossos)

No mesmo sentido é a lição de Brandão Machado³:

“Entretanto, não é possível dissociar da noção de patrimônio a noção fundamental de direito, porque, como se disse, o conceito de patrimônio engloba um complexo não de objetos, materiais ou não, mas de direitos reais (sobre coisas) e pessoais (contra pessoas), portanto sempre direitos. Então, pode-se concluir, sem discussão, que o acréscimo de que fala o Código Tri-

¹ Sobre a definição de “renda” como “acréscimo patrimonial”, veja-se a lição de Rubens Gomes de Sousa:

“(…) estava nascida a idéia de distinguir o capital do rendimento pela atribuição, ao primeiro, de um caráter estático, e, ao segundo, de um caráter dinâmico, por isso mesmo, a noção de renda ligou-se um elemento temporal, de que o conceito de capital continuou independente. Capital seria, portanto, o montante do patrimônio encarado num momento qualquer de tempo, ao passo que renda seria o acréscimo do capital entre dois momentos determinados.” (SOUSA, Rubens Gomes. “A evolução do conceito de rendimento tributável”. *Revista de Direito Público* vol. 14. São Paulo, 1970, p. 340)

² DERZI, Misabel Abreu Machado. *Os conceitos de renda e de patrimônio (efeitos da correção monetária insuficiente do imposto de renda)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 24.

³ MACHADO, Brandão. “Breve exame crítico do art. 43 do CTN”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Estudos sobre o Imposto de Renda (em memória de Henry Tilbery)*. São Paulo: Resenha Tributária, 1994, p. 114.

butário é um acréscimo de direitos (reais ou pessoais). (...) Se o contribuinte auferir rendas ou proventos sobre os quais exerça direitos de propriedade, tais direitos serão reais, se o rendimento for exigível no futuro, os direitos serão de crédito ou pessoais. Rendas e proventos, portanto, são sempre objeto de direito real ou pessoal, mas sempre objeto de direito. (...) *Todo acréscimo de direitos (reais ou pessoais e, portanto, patrimoniais) estará necessariamente disponível, pelo fato singular de que os direitos acrescem ao patrimônio.*" (Destaques nossos)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 172.058-1/SC, Relator Ministro Marco Aurélio, definiu que *disponibilidade*

"é a qualidade do que é disponível (Caldas Auletto). No 'Novo Dicionário Aurélio', diz-se da *faculdade de dispor dos bens, aludindo-se ao fato destes estarem desimpedidos, desembaraçados, passíveis até mesmo de serem transferidos para o patrimônio de terceiro*. Sob o prisma jurídico, Humberto Piragibe Magalhães e Cristovão Piragibe Tostes Malta consignam a possibilidade de dispor."

A questão gerou - e ainda gera - intensas controvérsias, dada a ausência de definição legal expressa do conteúdo dos termos "disponibilidade jurídica" e "disponibilidade econômica".

Em geral, entende-se que a disponibilidade jurídica consistiria na aquisição do direito de dispor da renda, enquanto que a disponibilidade econômica equivaleria à efetiva percepção dos recursos financeiros em face de um direito que permita sua agregação definitiva ao patrimônio do sujeito passivo⁴.

Sobre a matéria, leciona Rubens Gomes de Sousa⁵:

"O elemento essencial do fato gerador é a aquisição da disponibilidade da riqueza nova, definida em termos de acréscimo patrimonial. (...) a disponibilidade adquirida pode, nos termos da definição, ser 'econômica' ou 'jurídica' (art. 43 do CTN). *A aquisição da disponibilidade econômica corresponde ao que os economistas chamam 'separação' de renda: é a sua efetiva percepção em dinheiro ou outros valores (RIR, art. 498). A aquisição da disponibilidade jurídica corresponde ao que os economistas chamam de realização da renda: é o caso em que embora o rendimento ainda não esteja 'economicamente' disponível (isto é, efetivamente percebido) entretanto o beneficiário já tenha título hábil para percebê-lo.*"

Brandão Machado⁶ criticava veementemente a eleição da disponibilidade econômica da renda como suficiente à incidência do IR, sustentando decorrer de influência do Direito alemão, no qual existe a figura da "propriedade econômica".

Naquele ordenamento jurídico, a posse dos recursos financeiros seria suficiente para que seu detentor fosse tratado como proprietário da renda, conceito que evidentemente não é acolhido pelo Direito pátrio.

⁴ Isso porque, como bem adverte Ricardo Mariz de Oliveira, "(...) a disponibilidade meramente financeira não representa necessariamente renda ou provento, porque nem todo ingresso financeiro é renda ou provento." (OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Caderno de pesquisas tributárias* n. 11. São Paulo, 1986, p. 417) A disponibilidade econômica ocorreria, portanto, na hipótese de pagamento antecipado de dívida ao amparo de contrato que previsse a extinção da obrigação do devedor nessa hipótese.

⁵ SOUSA, Rubens Gomes. *Pareceres 3 - Imposto de Renda*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 277.

⁶ MACHADO, Brandão. *Op. cit.*, nota 3, p. 115.

Esse raciocínio, entretanto, explicaria a referência à “disponibilidade econômica” feita pelo art. 43 do CTN, dado que referido Código teve inspiração em certos institutos do Direito alemão.

A questão nos parece resolvida a se admitir que a percepção dos recursos seja suficiente para dar ensejo à incidência do IR, desde que o acréscimo patrimonial seja definitivo e decorra de direito detido pelo sujeito passivo.

Gilberto de Ulhoa Canto⁷ vai além, sustentando que ambas as disponibilidades devem estar presentes ou serem passíveis de ser obtidas mediante ato unilateral do beneficiário da renda para que se configure a respectiva disponibilidade. Vejamos:

“Não basta, apenas, que seja adquirido o direito de auferir o rendimento (sua titularidade). É necessário que a aquisição desse direito assuma a forma de faculdade de adquirir disponibilidade econômica, mediante a simples tomada de iniciativa ou a prática de ato, que estejam no âmbito do arbítrio do interessado, a qualquer momento; em outras palavras, a disponibilidade jurídica não ocorre apenas com o aperfeiçoamento do direito à percepção do rendimento, sendo, mais do que isso, configurada somente quando o seu recebimento em moeda ou quasi-moeda dependa somente do contribuinte.”

Por qualquer ângulo que se analise a questão, é fato que o sujeito passivo deve necessariamente dispor de um direito não sujeito a condição suspensiva ou da faculdade de usar, gozar ou dispor de renda agregada ao seu patrimônio definitivamente.

Nesse contexto, entendemos que o simples fato de a coligada ou controlada estrangeira apurar lucros em seu balanço, por si só, não faz com que a investidora brasileira detenha disponibilidade jurídica ou econômica sobre tais lucros, uma vez que os mesmos ainda não foram necessariamente transferidos ao patrimônio da entidade brasileira, nem esta tem título que a habilite a dispor de tais lucros.

A título ilustrativo, referido lucro pode ser utilizado para absorver prejuízos anteriormente gerados, sequer havendo possibilidade de sua futura distribuição aos sócios.

Com efeito, enquanto o lucro auferido por uma determinada pessoa jurídica não for objeto de um ato que efetive sua transferência para o patrimônio de seus sócios ou acionistas, ele não pertence a estes sócios ou acionistas, mas, sim, à entidade que os auferiu⁸.

Essa conclusão decorre do próprio conceito de personalidade jurídica, acolhido pelo Direito Tributário brasileiro, inclusive com relação a filiais constituídas no exterior⁹.

Ademais, as hipóteses de desconsideração dessa personalidade jurídica são estritamente postas pela legislação tributária, nada havendo que autorize, no âm-

⁷ CANTO, Gilberto de Ulhoa. “Aquisição de disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, nota 3, p. 40.

⁸ Importante notar que esse argumento consistiu em um dos pilares do voto do Ministro Celso de Mello, ao julgar a inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158, nos autos da ADIn 2.588, sobre a qual trataremos em tópico específico.

⁹ Nos termos do art. 147 do RIR/1999.

bito do desenvolvimento de atividade operacional regular no exterior mediante subsidiária ali constituída, tratar como lucros da investidora brasileira aqueles auferidos pela subsidiária no exterior sem que haja a prática de ato que represente a transferência desses lucros entre as duas pessoas jurídicas.

Ainda nesse contexto, há que se destacar que os sócios ou acionistas - por ocasião do fechamento do balanço da subsidiária - têm mera expectativa de direito, que pode não se concretizar, por força, por exemplo, de exigências da legislação estrangeira acerca da constituição de reservas não imputáveis aos sócios (*e.g.*, reservas de capital, como existe no Brasil), de tributação dos lucros no estado da fonte, ou, até mesmo, da retenção dos lucros. Há restrições, inclusive societárias, nos casos de sócios ou acionistas que têm participação minoritária na empresa investida no exterior e, portanto, não possuem poder para determinar a distribuição de lucros.

Há que se reiterar esse ponto, pois, como adverte Bulhões Pedreira, “a designação dessa modalidade de disponibilidade como ‘jurídica’ - embora possa ser justificada com o argumento de que é disponibilidade presumida, ou por força de lei - não é feliz, porque *contribui para difundir a idéia errada de que se trata de ‘disponibilidade de direito’ e não de renda.*”¹⁰

Ou seja, o direito que o acionista tem de estar presente em assembleia e votar pela distribuição dos lucros não se confunde com o direito à percepção desses lucros, isto é, com a renda.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), analisando caso bastante semelhante ao presente¹¹, decidiu que o Imposto sobre o Lucro Líquido (ILL) não poderia ser cobrado por ocasião da apuração de lucros por Sociedades Anônimas, uma vez que os respectivos sócios não teriam a faculdade de dispor automaticamente da renda nesse momento, dependendo a destinação do lucro - incluindo sua eventual distribuição aos acionistas - de deliberação em assembleia específica.

A situação nos parece idêntica àquela ora tratada.

De fato, embora o ILL fosse tributo devido pelas pessoas físicas, as quais se submetem ao regime de caixa para apuração do IR, o elemento central da decisão do STF é a necessidade de aquisição de disponibilidade jurídica, mediante deliberação de distribuição dos lucros em assembleia da Sociedade por Ações. Ou seja, o STF não vinculou a incidência do ILL à mera apuração do lucro contábil no balanço das sociedades por ações, mas à aquisição do direito de recebê-los após a devida deliberação pela competente assembleia (disponibilidade jurídica).

Cite-se, neste sentido, outro trecho do já mencionado voto do Ministro Marco Aurélio:

“Os lucros apurados em balanço de pessoa jurídica integram o patrimônio desta, e não dos sócios, já que estes, considerados isoladamente, deles não dispõem, quer sob o ângulo econômico, quer, até mesmo, sob o jurídico. Outro não é o entendimento da melhor doutrina. Antônio Carlos Garcia de Souza, Gilberto de Ulhoa Canto e Hian de Porto Alegre Muniz, aludindo à natureza das coisas, informam que não se pode cogitar do fato gerador do imposto sobre a ren-

¹⁰ PEDREIRA, Bulhões. *Imposto sobre a renda - Pessoas jurídicas*. Vol. 1. [S.l.]: Justec, 1979, p. 199.

¹¹ Recurso Extraordinário 172.058-1/SC.

da com base no lucro líquido das pessoas jurídicas se os sócios destas não têm o poder de dispor, ou seja, não contam ainda com os atributos necessários para acionar a faculdade de dar ao bem a utilidade que desejem. E arrematam ‘não há aquisição de disponibilidade de bem ou direito de que alguém não tenha a faculdade de usar, ou em relação ao qual não se esteja em condições de exercer os demais atributos do domínio’.”

Nem se diga que a avaliação do investimento pelo método da equivalência patrimonial (MEP) equivaleria à aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica.

O MEP consiste apenas e tão somente em técnica que visa consolidar na investidora as mutações patrimoniais da investida para fins contábeis, não guardando relação imediata com a titularidade jurídica sobre os lucros ou a sua percepção efetiva.

Tal conclusão decorre da própria definição dos objetivos inerentes ao MEP, conforme se verifica da lição contida no Manual das Sociedades por Ações do Fipecafi¹², *in verbis*:

“(...) *Por esse critério, as empresas reconhecem os resultados de seus investimentos relevantes em coligadas e controladas, definidos adiante, no momento em que tais resultados são gerados naquelas empresas, e não somente no momento em que são distribuídos na forma de dividendos, como ocorre no método de custo.*

Dessa forma, o método da equivalência patrimonial acompanha o fato econômico, que é a geração dos resultados e não a formalidade da distribuição de tal resultado.” (Destques nossos)

Ou seja, o objetivo do MEP guarda relação com a essência contábil, qual seja, a valorização econômica do investimento, desprezando o aspecto jurídico, isto é, em que momento tal incremento se traduz em renda do acionista.

Ignorar a essência do MEP equivale a permitir a tributação da renda sem que haja sua percepção. Significa autorizar a tributação de acréscimo patrimonial *potencial*, que pode ou não ser agregado ao patrimônio do sujeito passivo, contrariando frontalmente todos os conceitos de renda e disponibilidade econômica ou jurídica acima discutidos.

Tanto é assim que a própria legislação do IR atribui efeito neutro aos ganhos e perdas de equivalência patrimonial, nos termos do art. 23 do Decreto-lei 1.598/1976¹³, o qual foi mantido em relação aos investimentos no exterior, conforme o parágrafo 6º do art. 25 da Lei 9.249.

Por todo o exposto, a simples apuração dos lucros pelas coligadas e controladas de pessoa jurídica domiciliada no Brasil não implica aquisição de disponibilidade - seja jurídica ou econômica - da renda, nos termos do *caput* do art. 43 do CTN.

Tal cenário, a nosso ver, não teria sido modificado pela introdução do parágrafo 2º ao art. 43 do CTN.

¹² IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; e GELBECKE, Ernesto Rubens. *Manual de Contabilidade das sociedades por ações (aplicável às demais sociedades)*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 156.

¹³ “Art. 23. A contrapartida do ajuste de que trata o artigo 22, por aumento ou redução no valor de patrimônio líquido do investimento, não será computada na determinação do lucro real. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.648, de 1978)”

Com efeito, a noção de disponibilidade é ínsita aos conceitos de renda e de lucro, não havendo sequer que se falar em aquisição de renda ou lucro se não houver a faculdade de deles dispor, conforme acima discutido. Os conceitos são inseparáveis: só é renda o que for disponível.

Em outras palavras, o conteúdo do *caput* do art. 43 do CTN não agrega novos elementos à incidência do IR, mas tão somente explicita os requisitos inerentes ao próprio conceito de renda, eleito pela Constituição Federal como aspecto material de imposto a ser instituído pela União Federal.

Nesse contexto, é impossível vislumbrar o conceito de renda e de lucro das empresas desvinculado da noção de disponibilidade, uma vez que é a disponibilidade que atribui renda, ou seja, que efetivamente transfere acréscimo patrimonial à pessoa jurídica. Em outras palavras, lucro ou renda não disponibilizados não são efetivamente lucro ou renda.

Esta noção fica clara no voto proferido pelo Ministro Octavio Gallotti, no su-
pracitado julgado do STF:

“Sr. Presidente, penso que o conceito de renda está a depender do ingresso do direito respectivo no patrimônio do credor. Não pode haver imposto sobre renda alheia, e, com relação aos acionistas, pelo menos enquanto não se faz a destinação do lucro, esse imposto incide sobre renda alheia, não podendo, penso eu, se pretender a desconsideração da personalidade jurídica, numa hipótese onde não se cuida da prática de fraude tributária.”

Em face do acima exposto, entendemos que parágrafo 2º do art. 43 do CTN deve ser interpretado de forma sistemática, conforme a Constituição e de acordo com a noção de disponibilidade econômica ou jurídica explicitada pelo *caput* do artigo.

Destarte, apenas será possível delegar à lei ordinária a definição do momento em que o lucro será considerado disponibilizado para fins de tributação se o íterim escolhido refletir a efetiva aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica da renda pelo sujeito passivo.

A título ilustrativo, os parágrafos 1º e 2º do art. 1º da Lei 9.532, ao definir os eventos que configurariam disponibilização dos lucros auferidos no exterior, são compatíveis com esse raciocínio, alcançando situações que, apesar de não refletirem a disponibilização direta dos lucros, implicam a aquisição de direito aos lucros pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil¹⁴.

¹⁴ “§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil:

- a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados;
- b) no caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.
- c) na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada ou controlada, possuir lucros ou reservas de lucros;
- d) na hipótese de adiantamento de recursos, efetuado pela coligada ou controlada, por conta de venda futura, cuja liquidação, pela remessa do bem ou serviço vendido, ocorra em prazo superior ao ciclo de produção do bem ou serviço.

§ 2º Para efeito do disposto na alínea ‘b’ do parágrafo anterior, considera-se:

- a) creditado o lucro, quando ocorrer a transferência do registro de seu valor para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior;

Por via de consequência do entendimento acima exposto, somos da opinião de que o regime de tributação dos lucros auferidos no exterior introduzido pela MP 2.158 padece de inconstitucionalidade, uma vez que viola a própria definição de renda, elemento eleito pela Constituição Federal como aspecto material do IR, nos termos acima discutidos.

III. ADIn 2.588

Dada a relevância do tema aqui discutido, em 21 de dezembro 2001 a Confederação Nacional da Indústria (CNI) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.588/DF (ADIn 2.588), visando a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do parágrafo 2º do art. 43 do CTN, e do art. 74 da MP 2.158, a fim de que seja afirmada a interpretação de que o fato gerador do IR só pode ser considerado ocorrido se houver a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica da renda, mesmo com relação a rendimentos e renda auferidos no exterior.

A ADIn 2.588 foi distribuída à Ministra Ellen Gracie e, atualmente, resta paralisada em face de pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa, que irá proferir o último e definitivo voto.

Até o momento, nove Ministros apresentaram seus votos, estando o Ministro Gilmar Mendes impedido de votar. Desses, quatro Ministros já estão aposentados.

Inicialmente, no tocante à declaração de inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158, por violação ao princípio da irretroatividade, foram proferidos, até o momento, cinco votos acolhendo o pedido da CNI¹⁵ e quatro votos¹⁶ afastando a ofensa ao princípio constitucional em questão, na medida em que o art. 74 da MP 2.158 não teria majorado ou instituído novo tributo.

No tocante à tributação dos lucros auferidos por coligadas no exterior, a Ministra Relatora Ellen Gracie acolheu o pedido da CNI, sob o fundamento de que a aquisição da disponibilidade jurídica dependeria de ato do controlador, não podendo ser presumida sua aquisição pela investidora domiciliada no Brasil de forma automática. Em linha com o voto da Ministra Ellen Gracie, foram proferidos outros quatro votos¹⁷, totalizando cinco votos favoráveis ao pedido da CNI.

Os demais Ministros julgaram procedente em parte o pedido da CNI, para restringir a aplicação do regime jurídico introduzido pelo art. 74 da MP 2.158 apenas às coligadas cujo investimento é avaliado pelo MEP, seguindo o entendimento inaugurado pelo Ministro Nelson Jobim, totalizando quatro votos a favor desse posicionamento.

b) pago o lucro, quando ocorrer:

1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil;
2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;
3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;
4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.”

¹⁵ Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence (já aposentado), Celso de Mello e Cesar Peluzo.

¹⁶ Ministros Ellen Gracie (já aposentada), Nelson Jobim, Eros Grau (já aposentado) e Carlos Britto.

¹⁷ Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence (já aposentado) e Celso de Mello.

Por fim, no tocante aos lucros auferidos por controladas no exterior, a situação se torna mais complexa, na medida em que três vertentes foram adotadas.

O Ministro Marco Aurélio, juntamente com três outros Ministros¹⁸, acolheu os argumentos da CNI, para decretar a inconstitucionalidade dos arts. 43, parágrafo 2º, do CTN, e 74, da MP 2.158, totalizando quatro votos nesse sentido.

O Ministro Nelson Jobim, seguido por dois outros ministros¹⁹, construiu raciocínio no sentido que o reconhecimento dos lucros pelo MEP no balanço da controladora domiciliada no Brasil implicaria aquisição de disponibilidade jurídica da renda, uma vez que refletiria os lucros apurados pela controlada no patrimônio da controladora. Somam-se, destarte, três votos favoráveis à declaração de inconstitucionalidade apenas em relação às controladas cujo investimento é avaliado pelo método do custo, situação que, diante das regras contábeis e tributárias brasileiras, pode ser tida como rara.

Por fim, os Ministros Carlos Britto e Ellen Gracie votaram pela improcedência da ADIn em relação às controladas no exterior.

Nos termos do art. 23 da Lei 9.868/1999, que dispõe sobre o processo de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, “efetuado o julgamento, *proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis ministros, que se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade*” (destaques nossos).

Em vista do dispositivo legal acima transcrito, apenas o julgamento que alcançar seis votos logrará declarar a inconstitucionalidade da lei objeto da ADIn.

Assim sendo, ainda que o Ministro Joaquim Barbosa vote pela procedência total da ADIn, acolhendo todos os argumentos apresentados pela CNI, apenas no tocante à violação ao princípio da irretroatividade e inconstitucionalidade em relação aos lucros auferidos por coligadas no exterior é que seria alcançado o mínimo de seis votos.

De fato, como visto, apenas quatro votos foram favoráveis à procedência total da ADIn, de modo que o voto do Ministro Joaquim Barbosa seria o quinto voto, exceto na hipótese de algum dos ministros que votou anteriormente pela constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158 no tocante aos lucros auferidos por controladas no exterior modificar seu posicionamento.

É importante aqui destacar que os três Ministros já aposentados votaram pela improcedência da ADIn com relação a esse ponto, de modo que apenas os Ministros Carlos Britto e Cesar Peluzo poderiam alterar esse cenário. Destacamos que a modificação dos votos antes do encerramento do julgamento da ADIn é possível com base no Regimento Interno do STF atualmente em vigor.

De outro turno, caso o Ministro Joaquim Barbosa vote pela improcedência total ou parcial da ADIn, as discussões relacionadas à tributação das coligadas (mesmo aquelas cujo patrimônio líquido é refletido por MEP) e à irretroatividade contariam com cinco votos para cada lado, o que impediria a declaração de inconsti-

¹⁸ Ministros Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence (já aposentado) e Celso de Mello.

¹⁹ Ministros Cesar Peluzo e Eros Grau (já aposentado).

tucionalidade em relação a esses tópicos, excepcionada aqui a hipótese de algum ministro alterar seu voto acerca dessas questões.

Já no tocante aos lucros auferidos por controladas, as decisões pela improcedência da ADIn estão calcadas em fundamentos distintos, tendo sido três votos proferidos para excluir as controladas não avaliadas por MEP e dois votos para julgar constitucional o regime jurídico do art. 74 da MP 2.158 para todas as controladas no exterior.

Embora tal cenário, a princípio, pareça apontar para a impossibilidade de que se obtenham seis votos em um mesmo sentido, entendemos que esse número pode ser alcançado em relação às controladas avaliadas por MEP, caso o Ministro Joaquim Barbosa vote em linha com o Ministro Nelson Jobim (que entendeu o art. 74 da MP 2.158 inconstitucional apenas em relação às controladas não avaliadas por MEP) ou com os Ministros Carlos Britto ou Ellen Gracie, que julgaram constitucional o dispositivo em relação a todas as controladas domiciliadas no exterior.

Tal desfecho equivaleria, na prática, à decretação de constitucionalidade do art. 74 da MP 2.158 em relação às controladas no exterior, visto que as legislações societária e tributária atualmente em vigor tornam mandatária que a avaliação em investimentos relevantes em controladas seja feita pelo MEP (arts. 243, 247, parágrafo único, e 248, da Lei 6.404/1976²⁰ - Lei das SA -, e art. 384 do RIR/1999).

Portanto, decisão nesse sentido apenas excluiria do âmbito de incidência da MP 2.158 os investimentos em controladas que representem menos de 10% do patrimônio líquido da investidora, ou 15%, considerando o conjunto de investimentos (arts. 247, parágrafo único, e 248 da Lei das SA), hipóteses bastante raras.

Por outro lado, há que se ressaltar que a decisão pode ser influenciada por aspectos que não constaram da discussão inicial, notadamente o escopo da norma introduzida pelo art. 74 da MP 2.158.

Nesse contexto, os votos dos Ministros Nelson Jobim e Carlos Britto, por exemplo, referem que a norma em questão seria de grande relevância, uma vez que impediria a evasão de divisas, supostamente incentivada pela possibilidade de diferimento da tributação dos lucros auferidos no exterior.

Os fundamentos para sustentar a improcedência dessa argumentação constaram de Memorial apresentado ao Ministro Joaquim Barbosa pela CNI, consistindo, em suma, na demonstração de que a legislação adotada pela maior parte dos países para tributação dos lucros auferidos no exterior, as chamadas *CFC Rules* (*Con-*

²⁰ “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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 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.

§ 3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”

trolled Foreign Company Rules), via de regra, têm por objetivo alcançar os rendimentos passivos e/ou decorrentes de investimentos realizados em países de tributação favorecida, como forma de, de fato, prevenir a elisão fiscal.

No entanto, não é esse o objetivo e o alcance das regras brasileiras, visto que o art. 74 da MP 2.158 alcança indistintamente qualquer tipo de investimento, localizado em qualquer jurisdição, tenha ou não regime de tributação favorecida.

É o que ensina Luís Eduardo Schoueri, em trabalho dedicado à matéria²¹:

“Em levantamento efetuado em estudo anterior, já mostrei que vários são os países que tributam lucros não distribuídos, no chamado regime de ‘transparência fiscal’. Apontei, entretanto, haver unanimidade quanto à excepcionalidade de tal regime. A regra, no direito comparado, é o respeito à personalidade jurídica e a tributação apenas quando da efetiva disponibilização; a transparência apenas aplica-se a situações excepcionais, concorrendo, de regra, os seguintes fatores:

- localização do investimento em país de baixa tributação;
- rendimentos auferidos pela sociedade investida são predominantemente de natureza patrimonial (*passive income*) ou de partes relacionadas;
- controle societário;
- sociedade investida sem existência efetiva, constada a partir de índices como número de empregados, volume de transações, etc.

A mesma conclusão se extrai, aliás, a partir da resenha no direito comparado feita no voto do Ministro Nelson Jobim (pp. 19 e ss.) (...).

Vale observar, ainda, que muitos países apresentam ‘testes’ que afastarão o regime de transparência fiscal, ou prevêem isenções, como por exemplo as isenções de minimis e de motivação, restringindo o âmbito de aplicação de sua legislação CFC (...).

A novidade brasileira - e nesse ponto o único país de que tenho notícia de ter chegado perto é a Nova Zelândia - foi estender a transparência fiscal a todo e qualquer investimento, relevante ou não, produtivo ou não, em paraísos fiscais ou não.”

Com base no exposto, entendemos que o conteúdo do regime jurídico vigente no Brasil em relação aos lucros auferidos no exterior ultrapassa o escopo de prevenção à elisão fiscal, alcançando, igualmente, lucros auferidos por subsidiárias efetivamente operacionais e por investimentos especulativos ou estruturas meramente formais.

Tal sistemática normativa acaba por gerar indevido desestímulo à livre iniciativa, além de incorrer em violação ao princípio da isonomia, na medida em que atribuiu o mesmo regime jurídico a contextos fáticos significativamente distintos (*e.g.*, investimentos meramente formais e investimentos produtivos e reais no exterior).

Em verdade, a metodologia utilizada pela MP 2.158 efetivamente onera os investimentos feitos no exterior pelas empresas brasileiras, uma vez que, independentemente da distribuição de lucros pela subsidiária no exterior, a investidora

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. “Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 142. São Paulo: Dialética, julho de 2007, pp. 47 et seq.

deverá pagar tributos no Brasil, fato esse que prejudica a competitividade dos seus investimentos, haja vista que nenhum outro país adota regime de tributação semelhante ao aqui discutido.

São essas as razões pelas quais, a nosso ver, não deve prevalecer a argumentação trazida nos votos dos Ministros Nelson Jobim e Carlos Britto.

Destacamos que parte dos votos proferidos até o momento na ADIn 2.588 não foi formalizada, podendo haver alterações aos comentários ora apresentados, caso haja alguma divergência entre os fundamentos de decidir e alcance das decisões interpretadas com base declarações apresentadas na sessão de julgamento e o conteúdo dos votos após a formalização.

O cenário acima descrito - que aponta para um possível julgamento inconclusivo da ADIn 2.588 - parece não ter passado despercebido ao Supremo Tribunal Federal, dado o recente reconhecimento da repercussão geral do Recurso Extraordinário 611.586, Relator Ministro Joaquim Barbosa, cujo objeto é o mesmo da ADIn 2.588²².

Embora não se possam afirmar com segurança as razões que culminaram no reconhecimento da repercussão geral do recurso extraordinário acima referido, uma possibilidade é a constatação de que a matéria não seria decidida de forma definitiva no julgamento da ADIn 2.588.

O novo julgamento da matéria, por ocasião do exame do Recurso Extraordinário 611.586, implicaria alteração relevante no cenário aqui discutido, visto que muitos dos ministros que proferiram seus votos na ADIn 2.588 já estão aposentados, tendo a composição do STF sido significativamente alterada desde o início do seu julgamento.

IV. Conclusão

Diante de todo o exposto, entendemos que existem relevantes argumentos jurídicos para sustentar a inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158, tendo em vista que contrariaria o conceito de “disponibilidade jurídica e econômica” previsto no *caput* do art. 43 do CTN, e decorrente do próprio conceito de “renda”, devendo, por via de consequência, o parágrafo 2º do referido art. 43 do CTN, introduzido pela LC 104, ser interpretado em conformidade com o conteúdo do *caput* do mesmo artigo e do art. 153 da Constituição Federal.

Considerando o atual andamento da ADIn 2.588, o julgamento da matéria aqui tratada pelo STF permanece indefinido, havendo, inclusive, relevante risco de que não seja possível declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 74 da MP 2.158 em relação a alguns aspectos específicos no âmbito desse julgamento, notadamente no tocante à tributação dos lucros auferidos por controladas no exterior.

O recentíssimo reconhecimento da repercussão geral do Recurso Extraordinário 611.586 parece antecipar e buscar remediar essa possibilidade, podendo ser tomada, até mesmo, como indício de que a Corte pretende reiniciar o exame da matéria, considerando sua atual composição.

²² Decisão de 6 de abril de 2012. Acórdão não formalizado até a data do fechamento do presente artigo.