

# GRANDES QUESTÕES ATUAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

18<sup>o</sup> volume

Coordenador

---

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA

Autores

---

ALBERTO XAVIER  
ALCIDES JORGE COSTA  
BETINA TREIGER GRUPENMACHER  
CAIO AUGUSTO TAKANO  
EDUARDO JUNQUEIRA COELHO  
FÁBIO PALLARETTI CALCINI  
FERNANDO FACURY SCAFF  
GABRIEL LACERDA TROIANELLI  
GUILHERME CEZAROTI  
HELENO TAVEIRA TÔRRES  
HUGO DE BRITO MACHADO  
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO  
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS  
JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO  
LUÍS EDUARDO SCHOUEIRI  
MARCIANO SEABRA DE GODOI  
MISABEL ABREU MACHADO DERZI  
PAULO AYRES BARRETO  
PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA  
RENATO LOPES BECHO  
ROBERTO FERRAZ  
SACHA CALMON NAVARRO COELHO  
SERGIO ANDRÉ ROCHA  
VALTER DE SOUZA LOBATO

**DIALÉTICA**

São Paulo - 2014

PATRIMÔNIO

**BM&A**

Biblioteca - RJ

## A Lei nº 12.973, de 13 de Maio de 2014, em Matéria de Lucros no Exterior: Objetivos e Características Essenciais

ALBERTO XAVIER

*Professor Universitário e Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.*

A Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014 (Lei de conversão da Medida Provisória nº 627, de 11 de novembro de 2013), revogou o artigo 74 da MP nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e estabeleceu nos seus artigos 76 e seguintes (“Da tributação em Bases Universais”) um regime jurídico inovador que visou uma adaptação das pretensões tributárias do Governo em matéria de lucros no exterior aos princípios e diretrizes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente definida na ADI nº 2.588/2001<sup>1</sup>.



Esta lei é fruto de um longo processo, em que se travaram dialeticamente as posições antagônicas do Fisco (quer do “Fisco administrador” como do “Fisco legislador”) e do contribuinte, em que a cada inovação do primeiro se contrapuseram posições defensivas do segundo, sendo que o mesmo ocorreu quando a iniciativa proveio dos particulares<sup>2</sup>.

A sistemática da nova lei, que foi muito além do regime de transparência fiscal internacional introduzida pela Lei nº 9.249/1995, visou essencialmente um duplo objetivo: (i) evitar que prejuízos incorridos no exterior, diretamente ou indiretamente, erodissem a base de tributação das sociedades investidoras brasileiras; e (ii) dificultar tecnicamente a interposição de entidades domiciliadas em países signatários de tratados contra a dupla tributação contendo cláusulas proibitivas ou limitativas das pretensões fiscais do país de residência da investidora.

<sup>1</sup> Em matéria de tributação em bases universais das pessoas jurídicas (artigos 76 e seguintes) a lei entra em vigor em 1º de janeiro de 2015.

<sup>2</sup> Veja uma descrição detalhada da evolução legislativa nessa matéria do nosso *Direito Tributário Internacional do Brasil*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 172 e ss.

Tanto as restrições à *consolidação vertical*, ou seja, a que opera entre empresas situadas nos vários degraus de uma cadeia de controle (por exemplo, sociedade mãe e filha) quanto as restrições à *consolidação horizontal*, ou seja, a que opera entre empresas situadas no mesmo plano (por exemplo, sociedades irmãs) assentam numa visão preconceituosa e maniqueísta dos resultados das empresas brasileiras que operam no exterior, e segundo a qual os lucros seriam “normais” e os prejuízos “suspeitos”, porque presumidamente manipuláveis em detrimento da base de tributação no Brasil.

A Lei nº 12.973/2014 foi contra a corrente que preconizava uma maior competitividade fiscal das “empresas multinacionais brasileiras”, com o apoio no voto do Ministro Joaquim Barbosa, na ADI nº 2.588/2001, pela adoção de uma verdadeira “Lei CFC” seletiva e racional. Ao contrário, ela é mais dura e punitiva que a anteriormente vigente. Baseada na “satanização” dos prejuízos externos e na visão utópica de que o mundo real do empresário internacional é necessariamente lucrativo representa o grau máximo de desincentivo à internacionalização das empresas brasileiras, tornando-as dificilmente competitivas com empresas congêneres de outros países com uma visão mais realista e pragmática, segundo a qual a fraude se combate, caso a caso, por via de fiscalização e não por via de legislação.

Acresce, como de seguida se verá, que esta mesma lei voltou a incorrer em inconstitucionalidades, de diversa ordem, como se os ensinamentos do Supremo Tribunal Federal não tivessem sido assimilados.

A nova lei procede à distinção entre o regime de tributação das *sociedades controladoras ou a elas equiparadas* - que é a de tributação automática dos lucros das controladas diretas e indiretas - e o regime regra das *sociedades coligadas*, que é o da tributação apenas quando da disponibilização.

Vejamos separadamente cada um dos casos.

## A) Sociedades Controladas

### a) Características

No que concerne à tributação das sociedades controladas<sup>3</sup> (e a elas equiparadas) domiciliadas no exterior, são as seguintes as caracte-

<sup>3</sup> Tal como definidas pelo artigo 243 da Lei nº 6.404/1965, as controladas indiretas são sociedades dotadas de personalidade jurídica própria com a única peculiaridade de seu sócio ser uma sociedade controlada por outra.

terísticas do novo regime: (i) a *tributação automática*, isto é, incidente sobre os lucros daquelas sociedades, independentemente da sua distribuição efetiva; (ii) a tributação *per saltum* das controladas indiretas, com a consequente eliminação da *consolidação vertical*; e (iii) a proibição de *consolidação horizontal* dos lucros e prejuízos das controladas diretas e indiretas, ao nível da controladora brasileira, como regime regra, admitindo-se excepcionalmente essa consolidação em caráter *opcional, temporário e limitado*.

### b) Tributação automática e “horizontalização”

A tributação automática dos lucros das controladas indiretas tem por consequência a “horizontalização” das relações entre controladora e controladas indiretas, independentemente do patamar ou degrau da cadeia vertical em que se situam, como se fossem filiais sem personalidade jurídica, faz com que, ao invés do que sucedia no sistema anterior, esses lucros sejam imputados diretamente à controladora domiciliada no Brasil e não mais à primeira controlada direta domiciliada no exterior. Com efeito, no sistema anterior, os lucros das controladas indiretas não eram adicionados *per saltum* aos lucros da sociedade brasileira, antes eram consolidados gradativamente, por níveis ou degraus da cadeia vertical de participações societárias, em cada um dos quais eram considerados como componentes do lucro de cada sociedade controladora intermediária, e assim sucessivamente na cadeia ascendente até que a consolidação operasse ao nível da primeira controlada direta estrangeira, de harmonia com o mecanismo da equivalência patrimonial (neste sistema o prejuízo de sociedade intermediária funcionou como redutor na cadeia ascendente para efeito de distribuição subsequente, Instrução Normativa nº 213/2002, artigo 1º, parágrafo 6º).

O novo sistema representa como que a ressurreição da velha teoria do órgão (*Organtheorie*), inspirada na lei alemã de 1934, que concebia os grupos de sociedades como uma unidade, operando-se na controladora uma consolidação dos ganhos e perdas do grupo. As sociedades controladas estrangeiras eram, assim, concebidas como “órgãos” do conjunto, no qual se diluía a sua individualidade jurídica, como se de filiais (estabelecimentos permanentes) se tratasse.

O objetivo do novo sistema foi claramente o de afastar a influência no lucro da sociedade controladora brasileira de eventuais prejuízos registrados pelas controladas estrangeiras, de modo direto

ou indireto, para além da proibição de consideração de prejuízos incorridos diretamente no exterior pela própria controladora, já constante da legislação pretérita (artigo 25, parágrafo 7º, da Lei nº 9.249/1995).

*c) O conceito de “ajuste do valor do investimento” e sua distinção da equivalência patrimonial*

Deixou, assim, de se tributar os “valores relativos ao resultado positivo de equivalência patrimonial” (como previa o artigo 7º, parágrafo 1º, da IN nº 213/2002) para se tributar os lucros auferidos por cada uma das controladas, diretas ou indiretas, individualmente consideradas, e seja qual for o lugar que ocupam na cadeia de participações.

A expressão utilizada na nova lei - “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos” (artigo 77, *caput*) - é um mero eufemismo que nada mais significa que o objeto da tributação continua a ser os *lucros* das sociedades estrangeiras. O que é confirmado pela parte final do artigo 77, quando esclarece que nessa “parcela do ajuste” apenas se compreendem os lucros auferidos antes do imposto sobre a renda, mas não assim a variação cambial. A reforçar este entendimento o parágrafo 1º do artigo 77 dispõe que “a parcela do ajuste de que trata o *caput* compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior”.

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 sérias implicações jurídicas, teóricas e práticas, no que concerne à aplicação dos tratados contra a dupla tributação.

É da maior importância salientar que esse conceito de “ajuste do valor do investimento em controladas direta ou indireta” não se identifica com o de equivalência patrimonial, já que este apenas é aplicável aos investimentos diretos de uma sociedade em outra, controlada ou coligada, avaliadas pelo método do patrimônio líquido, e comporta, necessariamente, a consideração dos prejuízos incorridos no período pelas sociedades integrantes da cadeia de participações,

tal como corretamente aplicado na Instrução Normativa nº 213/2002, o que não acontece (ou pelo menos na sua plenitude) na nova sistemática.

A equivalência patrimonial (artigo 248, I, da Lei das S.A. na redação da Lei nº 11.941/2009) consiste na avaliação dos investimentos relevantes de uma sociedade em sociedades coligadas ou em controladas em função do valor do patrimônio líquido deste último, de modo a que o patrimônio de uma sociedade investidora seja como que o “espelho” no qual se refletem as mutações positivas ou negativas do patrimônio das sociedades investidas; ou, na definição da CVM (Instrução nº 247, de 17 de março de 1999) o valor do investimento determinado mediante a aplicação da percentagem de participação no capital social sobre o patrimônio líquido de cada coligada, sua equiparada e controlada (artigo 1º).

A “parcela de ajuste do valor de investimento” não é equivalência patrimonial, pois não reflete o lucro do sócio, mas o lucro de terceiro, que não mantém com a controladora no Brasil uma relação societária. É “terceiro” porque o Direito privado não conhece a figura do “sócio indireto”, nem a da equivalência patrimonial *per saltum*.

Quando muito pode dizer-se que há uma “equivalência de lucros”, expressão esta que, porém, não tem assento no Direito positivo, nem qualquer parentesco com a equivalência patrimonial propriamente dita.

Conclua-se, portanto, que o objeto de tributação na nova lei, como na anterior, consiste nos *lucros das sociedades estrangeiras* e não o lucro de sociedade brasileira representado pela equivalência patrimonial, como o Fisco sustentou ao abrigo da lei anterior<sup>4</sup>.

*d) A inconstitucionalidade por tributação na inexistência de acréscimo patrimonial*

Como já amplamente examinamos<sup>5</sup>, o regime de transparência fiscal internacional, isto é, de tributação automática dos lucros de controladas e coligadas estrangeiras, independentemente da declaração de dividendos pelos órgãos deliberativos da controlada ou coligada, com vistas a destacá-los do patrimônio da sociedade e transfe-

<sup>4</sup> Solução de Consulta Interna 18 - Cosit, de 8 de agosto de 2013.

<sup>5</sup> Cfr. *Direito Tributário Internacional do Brasil. Op. cit.*, pp. 372 e ss.

ri-los para o patrimônio dos sócios, suscitou fortes dúvidas quanto à sua constitucionalidade por alegada incompatibilidade com o artigo 43 do CTN.

Com efeito, referido preceito de lei (com eficácia de lei complementar) contém um comando da Constituição Federal ao legislador ordinário que apenas lhe permite tributar, a título do imposto de renda e proventos de qualquer natureza, previsto no artigo 153, inciso III, “a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho e da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior”.

Como também já se viu, a questão constituiu o objeto central da ADI nº 2.588/2001 e dos Recursos Extraordinários nºs 541.090/PR (Coamo) e 611.586/RS (Embraco), tendo o STF concluído pela constitucionalidade do regime de tributação do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, ainda que com base em argumentos que doutrinariamente não nos pareçam convincentes.

A verdade, porém, é que no caso da Lei nº 12.973/2014, se coloca questão que, embora análoga, é *logicamente prévia* ou *antecedente* à discutida no Supremo Tribunal Federal. É que agora não se trata tanto de saber se as variações do valor dos investimentos constituem *renda disponível* para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, mas se constituem *verdadeira renda*, ou seja, um acréscimo patrimonial, uma variação patrimonial positiva.

Ora, se é da essência do conceito de patrimônio a ideia de um conjunto de elementos ativos e passivos, de direitos e obrigações, não faz nenhum sentido falar-se em acréscimo patrimonial se apenas são considerados os elementos ativos, os lucros, e desconsiderados total ou parcialmente, os passivos, os prejuízos, como sucede se a consolidação é vedada, ainda que temporária e limitadamente.

Pois bem. O STF sempre reconheceu no artigo 43 do CTN um limite em relação ao legislador ordinário no que concerne à tributação de renda, entendida como acréscimo patrimonial disponível.

Ora, independentemente da discussão a respeito de requisito da disponibilidade jurídica e econômica que se tratou no STF, basta faltar o requisito do *acréscimo patrimonial* para que fique configurada a violação daquele artigo e a consequente *inconstitucionalidade* do regime.

Por outras palavras: se o limite da tributação é o *todo* (o patrimônio líquido), e se se adicionam parcelas individualizadas que eventualmente não tenham considerado os elementos negativos daquele mesmo patrimônio, podemos chegar ao absurdo lógico e aritmético de a soma das partes (as parcelas individualizadas) ser maior que o todo. Metaforicamente, poderá dizer-se que um bolo (a base da tributação) pode ser menor que a soma das suas fatias (as variações do valor dos investimentos).

A tributação dos lucros das controladas indiretas, como se diretas fossem, ao arrepio dos caminhos traçados pelo Direito privado (subir degrau a degrau a escada das participações societárias), conduz à imputação (e consequente tributação) de lucros que poderão nunca ingressar efetivamente no patrimônio da controladora brasileira: é o que ocorrerá, por exemplo, no caso de falência de uma sociedade intermediária, hipótese em que o lucro da sua investida nunca chegará a representar acréscimo patrimonial da controladora; e é também o que sucederá no caso de uma das sociedades da cadeia de participações alienar para terceiros uma participação em uma investida, hipótese em que o lucro desta jamais chegará a ingressar no patrimônio da controladora brasileira, o mesmo sucedendo se a própria controladora brasileira alienar a participação detida na primeira controlada estrangeira, quando deixa *ipso iuris* de ter qualquer vínculo jurídico com todas as controladas indiretas.

Abre-se, assim, a possibilidade de tributação de “lucros inexistentes”, de valores que excedem o resultado da equivalência patrimonial dos investimentos e, portanto, os próprios dividendos que a controladora no Brasil poderia perceber em relação a tais investimentos. Neste sistema, a chamada teoria do “dividendo ficto” não tem qualquer lugar.

Pode, assim, afirmar-se que se está perante uma modalidade disfarçada e oblíqua de tributação do patrimônio, um novo fato gerador do imposto de renda, não definido pela lei complementar (CF, artigo 146) e em desobediência ao artigo 43 do CTN.

O STF limitou-se a discutir o requisito da disponibilidade jurídica ou econômica de uma situação em que, por aplicação correta do método do patrimônio líquido ou da equivalência patrimonial, era indiscutível a existência de uma variação patrimonial positiva, ainda que, para alguns Ministros, indisponível.

Em suma: os votos de todos os Ministros do STF, seja dos que votaram pela constitucionalidade do artigo 74 da MP nº 2.158-35/2001, em razão da observância do requisito da disponibilidade, seja dos que votaram em sentido oposto, partiram da premissa de que o objeto da tributação - resultado positivo da equivalência - era um acréscimo patrimonial efetivo, enquanto na nova lei essa premissa não ocorre.

A doutrina contida em tais votos não é, portanto, aplicável à sistemática da nova lei, pelo que a inconstitucionalidade aqui abordada nos parece indiscutível.

#### e) Restrição à compensação horizontal de prejuízos

Uma outra característica do novo sistema é a da *proibição* da *compensação horizontal* dos prejuízos, isto é, de compensação, ao nível da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, de lucros e prejuízos das diversas controladas diretas e indiretas, todas situadas, para fins fiscais, num mesmo plano horizontal.

A proibição da compensação de prejuízos, tida como *regime regra* a partir de 2022, admite, contudo, um *regime excepcional*, que vigorará entre 2015 e 2022, no qual se permite, em caráter *opcional*, a *consolidação* das parcelas de ajuste referentes às diversas pessoas jurídicas investidas, sendo, porém, que nem todas estas parcelas são admitidas a esse regime.

Quando não houver consolidação, se a “parcela de ajuste” for *negativa* só poderá ser compensada com lucros futuros da *mesma pessoa jurídica* no exterior que lhes tenha dado origem (como já sucedia na IN nº 213/2002, artigo 4º, parágrafo 2º), sem limitação do prazo de cinco anos, inicialmente previsto na Medida Provisória nº 627 (artigo 74, parágrafo 5º), mas que não foi acolhida na lei de conversão, certamente por se reconhecer a inconstitucionalidade da mesma.

Tenha-se presente que a consolidação não é *benefício*, mas a consequência lógica e natural de conceitos de Direito privado e garantia de não tributação do patrimônio.

#### f) A discriminação entre prejuízos compensáveis e não compensáveis e sua inconstitucionalidade por violação do princípio de igualdade

De harmonia com o artigo 78 da Lei nº 12.973/2014, não são elegíveis para efeitos de consolidação as pessoas jurídicas investidas que se encontrem em pelo menos uma das seguintes situações:

“I) estejam situadas em país com o qual o Brasil não mantenha tratado ou ato com cláusula específica para troca de informações para fins tributários; II) estejam localizadas em país ou dependência com tributação favorecida, ou sejam beneficiários de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, ou estejam submetidas a regime de tributação definido no inciso III do *caput* do art. 84 da presente Lei; III) sejam controladas, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso II do *caput*; ou IV) tenham renda ativa própria inferior a 80% (oitenta por cento) da renda total, nos termos definidos no art. 84.”

O requisito do inciso I justifica-se por razões atinentes à fiscalização e à prova, sendo que, na inexistência de tratado ou ato relativo a troca de informações, esse requisito pode ser suprido se a controladora no Brasil disponibilizar a contabilidade societária em meio digital e a documentação de suporte da escrituração (parágrafo 7º).

Os requisitos dos incisos II e III já são de mais difícil compreensão se considerados com autonomia em relação ao inciso I, pois se se fizer a prova da realidade do prejuízo, o território de domicílio da investida, por si só, parece-nos irrelevante.

No que concerne ao inciso III, há que se observar que a localização do controle em “paraíso fiscal” contamina o restante da cadeia vertical.

No que concerne ao inciso IV, importa ter presente a definição dos conceitos a que ela se refere dada pelo artigo 84, que dispõe o seguinte:

“Art. 84. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - renda ativa própria - aquela obtida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria, excluídas as receitas decorrentes de:

- a) *royalties*;
- b) juros;
- c) dividendos;
- d) participações societárias;
- e) aluguéis;
- f) ganhos de capital, salvo na alienação de participações societárias ou ativos de caráter permanente adquiridos há mais de 2 (dois) anos;

- g) aplicações financeiras; e
- h) intermediação financeira

II - renda total - somatório das receitas operacionais e não operacionais, conforme definido na legislação comercial do país de domicílio da investida; e

III - regime de subtributação - aquele que tributa os lucros da pessoa jurídica domiciliada no exterior a alíquota nominal inferior a 20% (vinte por cento).

§ 1º As alíneas 'b', 'g' e 'h' do inciso I não se aplicam às instituições financeiras reconhecidas e autorizadas a funcionar pela autoridade monetária do país em que estejam situadas.

§ 2º Poderão ser considerados como renda ativa própria os valores recebidos a título de dividendos ou a receita decorrente de participações societárias relativos a investimentos efetuados até 31 de dezembro de 2013 em pessoa jurídica, cuja receita ativa própria seja igual ou superior a 80% (oitenta por cento).

§ 3º O Poder Executivo poderá reduzir a alíquota nominal de que trata o inciso III do *caput* para até 15% (quinze por cento), ou a restabelecer, total ou parcialmente.”

Pode sintetizar-se o regime transitório da consolidação horizontal na nova lei dizendo que se trata de autorização *excepcional e optativa* para consolidar (adicionar o resultado líquido positivo da consolidação) restrito a *rendas ativas não provenientes de pessoas jurídicas excluídas*.

Entendemos que o tratamento discriminatório entre estas categorias de renda (e, conseqüentemente, dos contribuintes que as auferem) é inconstitucional por ofender o princípio da igualdade, tal como expresso na regra da proibição do arbítrio (*Willkürverbot*) formulada por Leibholz, na Alemanha e, entre nós, por Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>6</sup> e Humberto Ávila<sup>7</sup>.

Segundo esta doutrina, as discriminações legislativas somente são compatíveis com a cláusula igualitária quando existir um nexo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, refe-

<sup>6</sup> O conceito jurídico do princípio de igualdade. São Paulo: RT, 1978, p. 24.

<sup>7</sup> Teoria da igualdade tributária, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

rente ao objeto da discriminação, e a desigualdade de tratamento em função dele conferido.

Caso tal nexo não exista, a discriminação é tida por “arbitrária” e contrária à “ragionevolezza”, a que alude a Corte Constitucional italiana, e que é o padrão para apreciar a “equivalência das situações” a que se refere o artigo 150, inciso II, da nossa Constituição.

Ora, a discriminação entre rendas ativas e passivas (tal como elencadas no artigo 84 da nova Lei), não se baseia num vínculo de pertinência lógica com a diferenciação de regime jurídico, que se traduz na não elegibilidade dos prejuízos incorridos naquelas atividades para efeitos de consolidação.

Qual a razão pela qual um prejuízo de atividade industrial é consolidável e idêntico prejuízo de aplicação financeira, ou alienação de bens e direitos não é?

Trata-se, na verdade, de transposição cega de “conceitos” inspirados nos trabalhos da OCDE, contendo catálogo de práticas potencialmente abusivas para uma finalidade (a consolidação de prejuízos) onde não têm lugar. Algumas legislações<sup>8</sup> restringem às rendas passivas (obtidas em paraísos fiscais) a aplicação do regime de tributação automática, que já não se aplicaria às rendas ativas. Mas isto porque as primeiras permitem, em princípio, uma maior possibilidade de diferimento dos lucros que deles derivam, diferimento este cujo combate é a própria razão de ser das regras “CFC”.

Mas uma coisa é aplicar a discriminação em causa para efeitos de tributação automática (e não no momento de distribuição dos lucros), outra é aplicá-la para efeitos de restringir o direito de utilização dos prejuízos nela registrados na consolidação ao nível da controladora brasileira. E, neste segundo caso, a discriminação é arbitrária e, portanto, inconstitucional.

## B) Sociedades Equiparadas à Controladora

O regime tributário das sociedades controladas que acaba de se descrever aplica-se, também, às *sociedades equiparadas à controladora* definidas no artigo 93 como “a pessoa jurídica domiciliada no Brasil que detenha participação em coligada no exterior e que, em conjunto com pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas

<sup>8</sup> Como a portuguesa. Veja o artigo 66 do Código do Imposto de Pessoas Colectivas (Circ).

no Brasil ou no exterior, consideradas a ela vinculadas, possua mais de 50% (cinquenta por cento) do capital votante da coligada no exterior”.

O conceito da pessoa vinculada encontra-se definido nos vários incisos do parágrafo único, em termos muito semelhantes aos do mesmo conceito em matéria de preço de transferência.

### C) Sociedades Coligadas

No que concerne às sociedades coligadas, a Lei nº 12.973/2014 retomou a sistemática de tributação de lucros adotada pela Lei nº 9.532/1997, que abandonou o regime de tributação automática do artigo 74 da MP nº 2.158/2001, pois este tinha sido julgado inconstitucional pelo STF, na linha do pensamento da Ministra Ellen Gracie na ADI 2.588-1, com o fundamento que nas sociedades coligadas - ao contrário do que sucede nas controladas - a vontade do sócio não é, por si só, suficiente, para transferir os lucros acumulados para sua titularidade.

Assim, a nova lei retomou o regime de tributação da Lei nº 9.532/1997, que apenas tributava os lucros (de qualquer sociedade) quando da disponibilização efetiva.

De harmonia com a nova lei, só haverá tributação automática das coligadas desde que se verifiquem os requisitos do artigo 81 relativos à sociedade investida.

“I - não esteja sujeita a regime de subtributação, previsto no inciso III do *caput* do art. 84;

II - não esteja localizada em país ou dependência com tributação favorecida, ou não seja beneficiária de regime fiscal privilegiado, de que tratam os arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

III - não seja controlada, direta ou indiretamente, por pessoa jurídica submetida a tratamento tributário previsto no inciso I.”

O objetivo desta restrição é, de modo patente, o de evitar uma *dupla não tributação*.

A nova lei estabelece regras para definir em que momento os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa no Brasil, que são praticamente as mesmas adotadas como regra para sociedades de qualquer tipo pela Lei nº 9.532/1997.

Veja-se o artigo 81, parágrafo 1º e seguintes da nova lei.

“§ 1º Para efeitos do disposto neste artigo, os lucros serão considerados disponibilizados para a empresa coligada no Brasil;

I - na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior;

II - na hipótese de contratação de operações de mútuo, se a mutuante, coligada, possuir lucros ou reservas de lucros; ou

III - na hipótese de adiantamento de recursos efetuado pela coligada, 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 efeitos do disposto no inciso I do § 1º, considera-se:

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

II - pago o lucro, quando ocorrer:

a) o crédito do valor em conta bancária, em favor da coligada no Brasil;

b) a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;

c) a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; ou

d) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da coligada, domiciliada no exterior.”