



Decisão garante à Gerdau não tributação de lucros de holding no exterior

A Gerdau conseguiu, no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), tribunal do Ministério da Fazenda que julga contestações de contribuintes contra autuações da Receita Federal, uma decisão que a livrou de pagar R\$ 232 milhões em Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido por lucros auferidos em 2010 por coligadas no exterior. A decisão, proferida por maioria em outubro e ainda não publicada, é da 1ª Turma da 1ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Carf. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ainda pode recorrer à Câmara Superior de Recursos Fiscais. O acórdão deve ser publicado em fevereiro.

O caso estava suspenso desde abril por um pedido de vista. Segundo notícia divulgada à época pelo jornal *Valor Econômico*, o conselheiro Valmar Fonsêca, presidente da 1ª Turma, afirmou que mesmo sem a publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da tributação de lucros no exterior de empresas vinculadas a brasileiras — no Recurso Extraordinário 611.516, recebido com repercussão geral —, a discussão sobre a Gerdau só seria suspensa se houvesse algum posicionamento do Carf sobre o sobrestamento do caso.

Para os conselheiros, como no RE em que o Supremo reconheceu a repercussão geral do assunto não houve determinação expressa para que os demais processos em outros tribunais fossem sobrestados, o Carf deveria "sempre se valer da celeridade processual e evitar a prescrição de ação penal de crimes contra a ordem tributária", o que justificou o prosseguimento do julgamento.

O fisco federal autuou a Gerdau Internacional Empreendimentos por causa da reorganização societária de seus investimentos em outros países. A multinacional integralizou capital em uma de suas controladas, a Gerdau GTL Spain, aberta na Espanha, com entrega de ações e quotas de seus investimentos no exterior. Assim, diversas empresas estrangeiras que antes eram controladas pela Gerdau Internacional passaram a ser controladas diretamente pela empresa espanhola — e indiretamente pela brasileira —, tornando-a uma holding dos investimentos no exterior.

De acordo com a Receita Federal, a Gerdau GLT passou a ser subsidiária integral da Gerdau Internacional. Como a Gerdau GTL Spain é uma ETVE [*Entidade de Tenencia de Valores Extranjeros*], não é tributada na Espanha. Para o fisco, como um acordo internacional entre Brasil e Espanha proíbe a tributação do lucro no Brasil, o rendimento acaba não sendo tributado. A alegação foi de que a empresa espanhola não tem propósito negocial, sendo uma mera repassadora de lucros, com o intuito de evitar a tributação no Brasil. Por isso, a Receita concluiu que a reestruturação societária teve a intenção de burlar a legislação brasileira, já que tudo funcionaria do mesmo jeito se a holding espanhola não existisse.

O fundamento para a autuação foi o abuso do tratado internacional e o fato de a legislação comercial e tributária brasileira permitir, nesses casos, tributar diretamente o lucro das empresas controladas indiretas e residentes no exterior. A fiscalização usou o artigo 243 da Lei das Sociedades Anônimas — a Lei 6.404/1976 — para defender que a lei não diferencia controladas diretas ou indiretas. Foi alegado que o artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35, de 2001 — que disciplina a tributação de lucros de



coligadas e subsidiárias no exterior —, alcança controladas diretas e indiretas. Dessa forma, os lucros de todas as controladas se sujeitariam à tributação, salvo quando a produtora do lucro estiver em país com tratado. Além disso, segundo o fisco, os lucros das controladas da Gerdau GTL Spain que atuam fora da Espanha — algumas em paraísos fiscais — não estão protegidos pelo tratado com a Espanha.

A defesa da empresa alegou que os tratados internacionais de bitributação têm prevalência sobre regras internas; que a Gerdau GTL Spain tinha autonomia para definir suas atividades e é a gestora das participações internacionais do grupo, sendo gerida pelo seu conselho de administração e, com os lucros que auferir, faz aquisições internacionais; que não há base legal para desconsiderar a personalidade jurídica da Gerdau GTL Spain e que o planejamento fiscal não é proibido. Segundo o recurso do contribuinte, a reorganização, que colocou a empresa espanhola como controlada da brasileira e de estrangeiras, bem como a constituição, os negócios e as atividades da empresa espanhola, não violaram nenhum dispositivo de lei. Segundo a empresa, o fato de a Espanha dispensar a tributação dos lucros da empresa espanhola não afeta o que dispõe o tratado firmado com o Brasil.

A Gerdau alegou ainda que o artigo 74 da Medida Provisória 2.158-35, de 2001, é inconstitucional e contraria o tratado. A questão da cobrança de lucros de empresas vinculadas com sede no exterior está sub judice no [Supremo Tribunal Federal](#), que ainda não decidiu sobre o assunto. A multinacional afirmou ainda que não houve disponibilização de lucros e que a Receita Federal desconsiderou a empresa espanhola sem informar a base legal para a medida. Segundo a companhia, não há norma que autorize o fisco a aplicar o conceito de abuso de direito.

Conceito extrapolado

Os argumentos do fisco foram rejeitados por unanimidade pelos conselheiros do Carf. Já os da empresa foram aceitos por maioria, vencida a relatora, Edeli Bessa. Segundo ela, os lucros das controladas pela holding espanhola deveriam ser considerados da empresa brasileira porque a estrangeira não demonstrar ter movimentação financeira.

Autor do voto que abriu a divergência, o conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro esclareceu que a própria fiscalização reconheceu que a empresa espanhola é uma holding, razão pela qual não se poderia esperar que existam funcionários e instalações compatíveis com empresas operacionais — como exigiu a fiscalização. O razoável, disse o conselheiro, é que uma holding funcione com alguns comitês e conselhos tomando decisões e com a estrutura enxuta.

Segundo ele, embora seja provável que a estrutura identificada pela fiscalização tivesse como objetivo a economia fiscal, não é possível tomar como verdade a afirmação de que foi esse o único objetivo para criar a empresa espanhola. Para ele, o fato de a fiscalização e o contribuinte informarem que a holding faz aquisições de empresas em outros países e que traça suas linhas estratégicas enfraquece a tese de que o único objetivo é a economia fiscal.



Mesmo que o objetivo da operação societária fosse reduzir tributos, de acordo com Guerreiro, isso não mudaria o fato de que a empresa existe e nem permitiria que o tratado internacional fosse afastado. Ou seja, ainda que a empresa seja uma chamada *treaty shopping* — empresa aberta unicamente com o propósito de se beneficiar de um tratado de bitributação —, não há como deixar de aplicar as regras do tratado.

Segundo o conselheiro, a partir de uma base “tão instável” como a avaliação subjetiva dos objetivos da empresa, não é possível desconsiderar o tratado e a personalidade da empresa espanhola. Para ele, mesmo se existisse uma regra que permitisse afastar o tratado por conta de eventual planejamento tributário, a solução não seria buscar diretamente o lucro das controladas indiretas, mas sim verificar o lucro da holding espanhola.

Guerreiro acrescentou ainda que o planejamento fiscal não é proibido e que a previsibilidade da tributação não pode ser afetada por juízo de abuso de direito da fiscalização. Segundo ele, não há base no sistema jurídico brasileiro para o fisco afastar incidência de lei, sob a alegação de haver abuso.

Com relação ao fundamento da autuação de que a legislação brasileira permite tributar diretamente o lucro das controladas indiretas residentes no exterior, o conselheiro afirma não ser possível entender que toda menção à controlada se refira também às controladas indiretas, isso porque, segundo ele, sem uma ressalva semelhante à existente no artigo 243 da Lei das Sociedades por Ações, a interpretação de “controlada” é “controlada direta”. O dispositivo, em seus parágrafos 1º, 2º, 4º e 5º, afirma que “são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa”; que “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”; 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”; e que “é presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la”.

Segundo Guerreiro, não é possível supor que o termo “controlada” possa alcançar as diretas e as indiretas, porque o resultados das controladas indiretas já estão refletidos nas controladas diretas — razão pela qual, para se considerar diretamente o lucro das controladas indiretas, seria necessário desconsiderar o lucro das diretas.

O conselheiro Marcos Takata, convocado para julgar na 1ª Turma, acompanhou a divergência. Ele afirmou que fará declaração de voto. No julgamento, adiantou que concordou com a conclusão do voto de Guerreiro, mas apenas em relação à desnecessidade de substância negocial para holdings. Para ele, as holdings, por definição, são instrumentais, formas de organização de investimentos, em participações societárias, que prescindem de “substância” ou de estruturas materiais — sejam elas no Brasil ou no exterior. Segundo ele, houve vício no motivo do auto de infração, já que, em seu entendimento, a Receita adotou dois pesos e duas medidas quanto à desconsideração de holdings, já que admitiu que outras holdings semelhantes à espanhola não precisariam ser desconsideradas.

Ele divergiu de Guerreiro quanto ao uso dessas empresas para se aproveitar de tratados — o que acabou



não alterando o resultado do julgamento, que parou na primeira questão. Segundo ele, a interpretação finalística dos tratados interditaria seu uso para as chamadas "treaty shoppings" e "conduit companies" — empresas "canais". Ele lembrou que os Comentários da OCDE, que orientam a interpretação dos tratados, vão no mesmo sentido.

Processo 16643.000276/2010-42

Date Created

09/01/2013