

CONCEITUAÇÃO DE FILIAL, SUBSIDIÁRIA E EMPRÊSA DE CAPITAL ESTRANGEIRO NO DIREITO BRASILEIRO

A. L. MASSET LACOMBE

“O estrangeiro pode bem dizer no Brasil: ‘ille terrarum mihi praeter omnes angulus ridet’.” — CARVALHO DE MENDONÇA.

A publicação no *Diário Oficial da União*, de 18-II-1965, do Decreto 55.762, de 17-II-1965, que regulamenta a Lei 4.131, de 3-IX-1962, modificada pela Lei 4.390, de 29-VIII-1964, colocou novamente em pauta o problema da conceituação de *filial*, *subsidiária* e *empresa com maioria de capital estrangeiro*. O regulamento refere-se expressamente a uma dessas figuras jurídicas no § 2.º do art. 3.º, no art. 20 e seu parágrafo único, e nos arts. 34, 35 e 36.

FILIAL, SOCIEDADE CONTROLADA E COLIGAÇÃO
“STRICTO” E “LATO SENSU”

A distinção entre filial e empresa com maioria do capital controlada por outra (nacional ou estrangeira) — sociedade-filha e sociedade controlada — sempre foi feita no direito brasileiro:

● TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE¹ faz nítida distinção entre sociedade-filha (empresa controlada) e filial, termo que emprega como sinônimo de sucursal e agência

A. L. MASSET LACOMBE — Advogado em São Paulo.

1) T. M. VALVERDE, *Sociedade por Ações*, Rio: Forense, 1953, 2.ª edição, Vol. I, pág. 399.

e que define por “organização ou estabelecimento que depende de outro, o principal, em regra situado fora da circunscrição política ou administrativa em que se encontra o último”. A diferença, no entender do eminente jurisconsulto, prende-se ao fato de que as sociedades-filhas (empresas controladas) gozam de autonomia jurídica, de personalidade, o que não ocorre com as filiais que são meras extensões da organização principal.

● TULLIO ASCARELLI² estuda o problema das sociedades coligadas e controladas, afirmando haver coligação em sentido restrito (a coligação em sentido amplo não se aplica ao tema de que estamos tratando) quando uma sociedade é sócia da outra; há controle quando a participação de uma sociedade em outra faculta legalmente o controle da primeira pela segunda; e haverá um *holding* quando uma sociedade, sem explorar diretamente nenhuma atividade comercial, tiver o seu patrimônio invertido, em ações ou cotas de outras sociedades que tenham ficado, por isso mesmo, sujeitas ao seu controle. ASCARELLI distingue, de um lado, a autonomia jurídica das várias sociedades e, de outro, a conexão econômica, não aceitando as orientações que, em virtude da conexão econômica, chegam a negar a autonomia jurídica para afirmar a confusão entre os patrimônios das sociedades coligadas.

● WALDEMAR FERREIRA,³ comentando o art. 64 da Lei das Sociedades Anônimas, afirma ser vedado à sociedade estrangeira estabelecer-se no Brasil sem autorização do Governo Federal, por si mesmas ou por filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos que as representem, podendo, entretanto, ser acionistas de empresa nacional, independentemente de autorização governamental. A prática, no entanto, não consagrou essa interpretação, pois não se cogitou jamais de exigir autorização de funcionamento a sociedades constituídas no Brasil, mas com capital inteiramente controlado por empresas estrangeiras.

2) T. ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo: Saraiva, 1946, pág. 533.

3) W. FERREIRA, *Tratado das Sociedades Mercantis*, Rio: Editora Nacional de Direito, 1958, 5.^a edição, Vol. IV, págs. 1336 e segs...

● A legislação do imposto de renda sempre reconheceu a autonomia jurídica das empresas coligadas, uma vez que já determinava no art. 69 (e seu parágrafo único) do Decreto-Lei n.º 5.844, de 23-IX-1943, que cada uma delas apresentasse declaração em separado, quanto ao resultado de suas atividades. O referido decreto-lei — que até hoje é a norma básica do imposto de renda — fez nítida distinção entre filial e empresa controlada quando determinou no *caput* do art. 81: “As pessoas jurídicas serão lançadas em nome da matriz, tanto por seu movimento próprio, como pelo de suas filiais, sucursais, agências ou representações”, e no § 2.º: “no caso de coligadas, controladoras ou controladas, o lançamento será feito em nome de cada uma delas”. Também ao regulamentar o domicílio fiscal e a competência das autoridades, o Decreto-Lei n.º 5.844 distinguiu nitidamente a filial da empresa controlada ao declarar no parágrafo único do art. 173 que no caso de entidades coligadas ou controladas o domicílio fiscal é o lugar onde se situe o estabelecimento de cada uma delas. As filiais não têm domicílio fiscal, pois nada mais são do que extensões de suas respectivas matrizes. O atual Regulamento do Imposto de Renda, baixado pelo Decreto n.º 55.866, de 25-III-1965, consolida essas disposições, sem qualquer alteração, nos arts. 258 e seu parágrafo único, 270 e seus parágrafos, principalmente o § 2.º, e 374, parágrafo único.

TÚLIO ASCARELLI ⁴ lembra, com razão, que apesar da distinção dos sujeitos jurídicos, devem ser considerados como um único patrimônio, para efeito do imposto de renda, o patrimônio da sociedade-filha e a correspondente parcela do patrimônio da sociedade-mãe, e como um único rendimento o rendimento da primeira e a correspondente parcela do rendimento da segunda. A simultânea tributação do rendimento em ambas sociedades não significa o reconhecimento de uma pluralidade de rendimentos, mas a adoção de uma técnica cuja finalidade é evitar a coligação de sociedades.

4) T. ASCARELLI, *op. cit.*, pág. 536.

A nova legislação do imposto de consumo (Lei n.º 4.502, de 30-XI-1964) cuida da questão de uma forma toda especial. Enquanto pelo art. 4.º, item II, considera as filiais equiparadas a estabelecimento produtor e, por conseguinte, contribuintes autônomas, considera, por outro lado, pelo item III do art. 42, haver coligação entre empresas quando uma delas tenha vendido ou consignado à outra, no ano anterior, mais de 20% — no caso de distribuição com exclusividade em determinada área do território nacional — e mais de 50% — nos demais casos — do volume de vendas dos produtos tributados de sua fabricação, importação ou arrematação. É o caso da “coligação em sentido amplo” de que nos fala ASCARELLI.⁵

FILIAL, SUBSIDIÁRIA E EMPRESA DE CAPITAL ESTRANGEIRO

Vimos, por conseguinte, que a distinção entre filial e empresa controlada com maioria do capital estrangeiro ou nacional sempre foi feita pelo direito brasileiro. Não havia, no entanto, até a publicação do Decreto n.º 55.762, distinção entre empresa com maioria do capital estrangeiro e subsidiária. O § 2.º do art. 3.º do Regulamento de Remessa de Lucros distingue a *sociedade filiada a empresas estrangeiras* das *sociedades controladas* por maioria de ações pertencentes a estrangeiros. Assim está redigido o parágrafo:

“O registro dos reinvestimentos a que se refere a letra c será devido, ainda que se trate de pessoa jurídica com sede no Brasil mas *filiada a empresas estrangeiras ou controlada por maioria de ações pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas com residência ou sede no estrangeiro.*” (Gri-fos nossos.)

Isso significa que a filiação independe do contróle majoritário do capital. Note-se que o dispositivo não se refere a filiais, mas sim a “pessoa jurídica com sede no Brasil,

5) *Idem, ibidem*, pág. 533.

mas *filiada* a empresas estrangeiras”. Como o item c referido no § 2.º alude ao registro dos reinvestimentos, conclui-se que mesmo que a participação estrangeira seja mínima, os reinvestimentos dos lucros dessas parcela deverão ser registrados, por menores que sejam.

- O art. 34, referindo-se à subsidiária nos termos da definição do parágrafo único do art. 20, distingue-a de filial, da seguinte forma:

“As empresas cuja maioria do capital social com direito a voto pertença a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, e as filiais de empresas estrangeiras não terão, até o início comprovado de suas operações ou atividades, acesso ao crédito das entidades e estabelecimentos mencionados no artigo anterior.”

Nesse artigo o legislador foi por demais prolixo, uma vez que “empresas cuja maioria do capital social com direito a voto pertença a pessoas [. . .] jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior” nada mais são do que subsidiárias, conforme definição dada pelo próprio regulamento, no parágrafo único do art. 20, como veremos. A distinção feita pelo art. 34 não apresenta novidade, exceto ao incluir na restrição as empresas pertencentes a pessoas físicas estrangeiras, o que justifica a sua forma prolixa.

- O art. 35 refere-se apenas ao conceito de subsidiária e também está redigido, pelas mesmas razões, com prolixidade:

“As entidades e estabelecimentos de crédito mencionados no art. 33 só poderão conceder empréstimos, créditos ou financiamentos para novas inversões a serem realizadas no ativo fixo da empresa cuja maioria do capital social com direito a voto pertença a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, quando tais empresas exercerem atividades econômicas essenciais e seus empreendimentos se localizarem em regiões econômicas de alto interesse nacional, assim definidos e enumerados em decreto do Poder Executivo, mediante audiência do Conselho Nacional de Economia.”

- O art. 36 menciona *empresas controladas por capital estrangeiro ou subordinadas a empresas com sede no estrangeiro*:

“As sociedades de crédito, financiamento e investimento somente poderão colocar no mercado nacional de capitais ações e títulos emitidos pelas empresas controladas por capital estrangeiro ou subordinadas a empresas com sede no estrangeiro, que tiverem assegurado o direito de voto.”

Parece que nesse artigo o regulamento quis referir-se à *subsidiária* ou *empresa com maioria do capital estrangeiro* (distinção feita pelo art. 20 e seu parágrafo único) e à *filial*, uma vez que, subordinação sem controle de capital só ocorre nas relações entre matriz e filial, que possuem capital idêntico e uno.

- As maiores atenções, porém, devem ser concentradas no art. 20, que estabelece distinção entre *filial*, *subsidiária* e *empresa com maioria do capital estrangeiro*, fixando, no parágrafo único o conceito nítido de subsidiária. O *caput* do art. 20 está calcado no art. 14 da Lei 4.131, de 3-IX-62, e o parágrafo único não tem antecedente legal: é uma simples disposição regulamentar e interpretativa. Eis o texto legal:

“Art. 20. Não serão permitidas remessas para o pagamento de *royalties* pelo uso de patentes de invenção e de marcas de indústria ou de comércio entre *filial* ou *subsidiária* de empresa estabelecida no Brasil e sua matriz com sede no exterior, ou *quando a maioria do capital da empresa* no Brasil pertença aos titulares do recebimento dos *royalties* no estrangeiro.

Parágrafo único. Para os efeitos deste decreto considera-se subsidiária de empresa estrangeira a pessoa jurídica estabelecida no País, de cujo capital com direito a voto pelo menos 50% (cinquenta por cento) pertença direta ou indiretamente a empresa com sede no exterior.” (Grafos nossos.)

Pela leitura do *caput* do artigo verifica-se, desde logo, que existem três conceitos nitidamente distintos: (a) o de

filial, (b) o de subsidiária e (c) o de empresa cuja maioria do capital pertença a estrangeiros. Deixando de lado o conceito de filial, já fixado muito antes de surgir a legislação de remessa de lucros e quanto ao qual endossamos o parecer de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, fixemos a distinção entre *empresa subsidiária* e *empresa com maioria de capital pertencente a estrangeiros*, distinção que só surgiu com o art. 14 da Lei n.º 4.131. O emprêgo da conjunção “ou” (alternativa) sugere diversidade de conceitos que autoriza a conclusão de que uma empresa não subsidiária pode ter a maioria do seu capital pertencente a estrangeiros, sendo a recíproca também admissível, isto é, que uma empresa subsidiária possa ter a maioria do seu capital, desconsiderada a situação de voto, pertencente a nacionais.

A REMESSA DE “ROYALTIES” EM FACE DO DECRETO 55.762

O direito de voto, que é o elemento de distinção, leva-nos ao problema das ações preferenciais. Nos casos de sociedades anônimas, verificamos pelo Decreto-Lei n.º 2.627, de 26-IX-1940, que regula êsse tipo de sociedade, que as ações podem ser ordinárias ou preferenciais. A emissão de ações preferenciais (sem direito a voto) não pode ultrapassar a metade do capital da empresa. Claro está que mesmo as ações preferenciais integram o capital social de uma companhia. A “preferência” pode consistir: (a) em prioridade na distribuição de dividendos, ainda que fixos e cumulativos; (b) em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem êle; (c) na acumulação de ambas as vantagens (art. 10 do Decreto-Lei n.º 2.627).

Assim, se uma sociedade possuir 50% do seu capital representado por ações preferenciais sem direito a voto, e tôdas essas ações pertencerem a um acionista estrangeiro, estando as demais divididas por um número qualquer de pessoas (respeitado, evidentemente, o limite mínimo de sete), dentre as quais o mesmo acionista estrangeiro, ainda que com uma parcela mínima de ações, o possuidor da maioria do capital será, sem dúvida, o acionista estran-

geiro, detentor das ações preferenciais, que não terá, no entanto, poder administrativo dentro da empresa. Essa empresa hipotética não será considerada subsidiária de empresa estrangeira, de acordo com o conceito estabelecido pelo parágrafo único do art. 20 do Regulamento da Lei de Remessa de Lucros, mas não poderá remeter *royalties* ao seu acionista estrangeiro, caso fabrique um produto de propriedade deste, uma vez que o art. 20 proíbe a remessa quando a maioria do capital pertença ao beneficiário dos *royalties*.

No entanto, uma sociedade brasileira que tiver entre seus acionistas duas empresas estrangeiras individualmente minoritárias, mas majoritárias em conjunto, não será considerada subsidiária — mesmo que a totalidade das ações estrangeiras sejam ordinárias — porque nenhum dos acionistas estrangeiros terá 50% dos votos. No entanto, se um desses acionistas estrangeiros for controlado acionariamente por outro, estaremos diante de uma sociedade subsidiária, uma vez que o capital da empresa brasileira pertencerá a uma só empresa estrangeira, a qual terá controle direto sobre uma parcela do capital e indireto sobre a outra. O parágrafo único do art. 20 prevê a hipótese do controle indireto.

Estaremos também diante de controle indireto típico quando a maioria das ações da companhia pertencer a um *holding* de pessoa estrangeira. Parece mesmo que a previsão do dispositivo legal teve em vista essa hipótese, já bastante comum na prática comercial. No caso de a subsidiária fabricar produto da proprietária do *holding*, esta ficaria com grande disponibilidade de numerário recebido a título de *royalties*, mas na impossibilidade de efetuar remessa.

A REMESSA DE "ROYALTIES" EM FACE DA LEI 4.728

Parece, no entanto, que haverá possibilidade de remessa de *royalties* no caso da hipótese, há pouco aventada, de

não haver a menor relação societária entre as empresas acionistas estrangeiras, sendo ambas totalmente independentes e individualmente minoritárias, e a empresa brasileira fabricar um produto de cada uma delas. É que a Lei n.º 4.728, de 14-VII-1965, publicada no DOU de 16 do mesmo mês, que disciplina o mercado de capitais e dispõe sobre medidas para o seu desenvolvimento, estabeleceu — no § 1.º do art. 22, inserto na Seção, IV, que regula o acesso de empresas de capital estrangeiro ao sistema financeiro nacional — distinção entre *filiais de empresa estrangeira* (lêtra a), *empresas com sede no País, cujo capital pertença integralmente a residentes ou domiciliados no exterior* (lêtra b) e *sociedades com sede no País controladas por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior* (lêtra c). O § 2.º desse mesmo artigo, por seu turno, conceitua como *empresa controlada por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior* aquela cuja maioria do capital com direito a voto pertença às referidas empresas ou pessoas físicas estrangeiras.

Assim, o conceito que a Lei de Mercado de Capitais (4.728) estabelece para *empresa controlada por pessoas estrangeiras* assemelha-se ao conceito de *subsidiária* dado pelo parágrafo único do art. 20 do Regulamento de Remessa de Lucros. A diferença está em que, enquanto este último fala em 50% do capital com direito a voto, aquela fala em maioria, vale dizer, em 51% no mínimo. O mais importante, entretanto, é que os 50% da subsidiária devem pertencer a uma única empresa, enquanto a maioria da empresa controlada por estrangeiros pode pertencer a diversas pessoas físicas ou jurídicas. Portanto, no caso mencionado de uma empresa brasileira ter entre seus acionistas duas empresas estrangeiras sem haver a menor relação entre elas, minoritárias individualmente e majoritárias em conjunto, não será essa sociedade considerada subsidiária, mas, sem dúvida alguma, será uma *controlada por residentes ou domiciliados no exterior* (lêtra c, § 1.º, art. 22,

da Lei n.º 4.728) e, como tal, não encontrará maiores entraves à remessa de *royalties*.

CINCO CONCEITOS DIFERENTES

Em síntese, após o advento da legislação de remessa de lucros, consolidada pelo Decreto n.º 55.762, de 17-II-1965, e da Lei n.º 4.728 (“Lei de Mercado de Capitais”), de 14-VII-1965, foram estabelecidos no direito brasileiro cinco conceitos nitidamente distintos, a saber:

- o de *filial*, que não foi alterado, tendo sido esposado o entendimento de TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE;
- o de *subsidiária de empresa estrangeira* — aquela cujo capital com direito de voto pertence, pelo menos à razão de 50%, à sociedade sediada no exterior;
- o de *controlada por pessoas residentes ou domiciliadas no exterior* — aquela cuja maioria (e não apenas a metade) do capital com direito a voto pertence, diretamente ou não, a uma ou mais pessoas residentes ou domiciliadas no estrangeiro;
- o de *sociedade de capital estrangeiro* — que não considera o direito de voto; e, finalmente,
- empresas cujo capital pertence integralmente a pessoas residentes ou domiciliadas no exterior.