

# A Regra Brasileira de Transparência Fiscal sob a Perspectiva da Indução Econômica

Raphael Assef Lavez  
*Advogado em São Paulo.*

## *Resumo*

O presente artigo pretende analisar os principais efeitos econômicos decorrentes da regra brasileira de transparência fiscal internacional, à luz de considerações relacionadas à neutralidade e indução econômica na tributação internacional da renda.

*Palavras-chave:* regra de transparência fiscal, neutralidade na exportação de capitais, neutralidade na importação de capitais, indução econômica.

## *Abstract*

This article aims to analyse the main economic effects of the Brazilian Controlled Foreign Company regime taking into consideration thoughts about neutrality and economic effects of international taxation of income.

*Keywords:* CFC regime, capital export neutrality, capital import neutrality, economic induction.

## **1. Introdução**

A regra brasileira de transparência fiscal, fruto de um processo de alterações legislativas iniciado com a Lei nº 9.249/1995, que instituiu a tributação sobre a renda das pessoas jurídicas em bases mundiais, encontra-se disciplinada pelo artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 e regulamentada pela Instrução Normativa SRF nº 213/2002. O atual regime é caracterizado, sobretudo, pela regra antidiferimento, isto é, pela tributação em bases mundiais com disponibilização automática e ficta dos lucros auferidos pelas coligadas e controladas no exterior.

Assim que a citada Medida Provisória foi editada, colocaram-se inúmeros questionamentos quanto à sua constitucionalidade, especialmente no que se refere à ausência da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, fato gerador do imposto sobre a renda definido pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional<sup>1</sup>. Atualmente, esse debate encontra-se inconcluso no Poder Judiciário, diante da pendência de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.588

<sup>1</sup> Nesse sentido, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Imposto de renda e os lucros auferidos no exterior". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 7. São Paulo: Dialética, 2003, p. 203; OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. "A distribuição ficta de lucros de coligadas ou controladas no exterior". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. V. 6. São Paulo: Dialética, 2002, p. 394; e TÔRRES, Heleno Taveira. "Lucros auferidos por meio de controladas e coligadas no exterior". In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional aplicado*. V. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 143, entre outros.

pelo Supremo Tribunal Federal, proposta pela Confederação Nacional da Indústria e que questiona justamente esse aspecto da regra brasileira de transparência fiscal<sup>2</sup>.

Ocorre que, não obstante a pendência do julgamento da ADI nº 2.588, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 611.586/PR, de modo a se reiniciar o debate a respeito da constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001. Tal fato, por si só, não apresentaria consequências além da reapreciação da questão pela nova composição do Tribunal<sup>3</sup>, significativamente renovada desde então. Entretanto, o reconhecimento da repercussão geral torna-se relevante no debate em questão na exata medida em que traz à tona novo aspecto que vinha sendo, até então, relegado a um segundo plano: o impacto do modelo brasileiro na competitividade das empresas nacionais no cenário internacional. Do ponto de vista científico, portanto, trata-se da análise relativa ao vetor de orientação da indução econômica advinda da norma em análise frente à Ordem Econômica Constitucional brasileira.

É, pois, um novo âmbito no qual o debate acerca da regra brasileira de transparência fiscal será travado<sup>4</sup>, sendo certo que a coordenação entre os efeitos econômicos dela decorrentes e os princípios informadores da Ordem Econômica Constitucional brasileira deverá ser importante parâmetro de constitucionalidade dos dispositivos impugnados<sup>5</sup>.

Nesse contexto, o presente artigo analisará quais os principais efeitos econômicos que advêm do modelo brasileiro de tributação internacional da renda, fundado na universalidade e dotado de uma regra geral antidiferimento.

Para tanto, serão apresentados os termos nos quais se insere o debate da neutralidade tributária no contexto internacional, assim como sua relação com o modelo brasileiro de tributação da renda das pessoas jurídicas. Em seguida, será

<sup>2</sup> Para uma contextualização do debate travado no Supremo Tribunal Federal, cf. 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* v. 142. São Paulo: Dialética, julho de 2007, p. 39-50; e BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 74-76.

<sup>3</sup> Não se pode, ademais, considerar que a reapreciação de temas cujo julgamento encontrava pendente em outros autos seja algo incomum no STF. A esse respeito, pode-se citar como exemplo a propositura da Ação Direta de Constitucionalidade nº 18, ajuizada pelo Presidente da República com o objetivo de reconhecer a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins incidentes sobre o faturamento, preterindo-se o pendente Recurso Extraordinário nº 240.785, no qual, embora pendente, já havia sido alcançada maioria do pleno para reconhecimento da inconstitucionalidade da referida regra.

<sup>4</sup> Para uma síntese da evolução do âmbito de debate acerca da constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-34/2001, cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. “O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior e a Ordem Econômica Constitucional”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 210. São Paulo: Dialética, março de 2010, p. 133-137.

<sup>5</sup> Sobre a utilização dos efeitos econômicos da incidência tributária como parâmetro de constitucionalidade, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2: os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 141-164.

feita uma crítica às ideias de neutralidade tributária internacional num contexto atual de globalização e volatilidade do capital, momento em que será demonstrada a razão pela qual parece utópica a ideia de um tributo efetivamente neutro. Finalmente, à luz do substrato teórico levantado nos itens precedentes, serão apresentados os principais efeitos econômicos da regra brasileira de transparência fiscal, em especial no que se refere à competitividade do investimento direto brasileiro no exterior.

Dessa forma, buscarei detalhar a tributação brasileira de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior à luz da indução tributária, sendo certo se tratar de ferramenta indispensável para a aferição da constitucionalidade do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001.

## **2. A Neutralidade Tributária no Âmbito das Situações Internacionais e a Regra Brasileira de Transparência Fiscal**

Numa abordagem mais geral, a noção de neutralidade relaciona-se à circunstância na qual a norma tributária não afete ou condicione a atuação dos agentes econômicos<sup>6</sup>. Esse conceito, aplicado especificamente no âmbito da tributação internacional da renda, tem sido compreendido como a não interferência na alocação internacional de capital<sup>7</sup>. Trata-se de um ideal segundo o qual as distribuições das forças de mercado não fossem afetadas por questões de ordem fiscal<sup>8</sup>. Nesse sentido, parece adequado considerá-la uma neutralidade essencialmente econômica<sup>9</sup>.

Nesse sentido, o primeiro estudo relevante<sup>10</sup> que abordou o problema da neutralidade na tributação internacional da renda foi apresentado por Richard A. Musgrave<sup>11</sup>. Em seu trabalho, foram concebidos três modelos de neutralidade: *capital export neutrality* (CEN), *capital import neutrality* (CIN) e *national neutrality* (NN), sobre as quais se discorrerá a seguir.

A neutralidade na exportação de capitais foca-se na carga tributária total suportada pelo investidor<sup>12</sup>. Está, dessa forma, ligada à consecução do objetivo segundo o qual todos os investidores residentes de uma mesma jurisdição fiscal

<sup>6</sup> Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. V. 4. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2011, p. 38 (Série Doutrina Tributária).

<sup>7</sup> Cf. SILVA, Mauro José. *Da competição à cooperação tributária internacional: aspectos jurídicos da promoção do desenvolvimento nacional num cenário internacionalizado*. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). São Paulo: USP, 2009, p. 98.

<sup>8</sup> Dessa forma, o ideal de neutralidade se revela conectado à noção do “ótimo de Pareto”, situação na qual não se é mais possível a melhora da situação de determinado agente sem importar no prejuízo de outro.

<sup>9</sup> Cf. VOGEL, Klaus. “World-wide vs. Source taxation of income - a review and re-evaluation of arguments”. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdã: Kluwer, 1989, p. 117.

<sup>10</sup> A respeito do pioneirismo de Musgrave, cf. VOGEL, Klaus. “Which method should the European community adopt for the avoidance of double taxation?”. *Bulletin for international taxation* v. 56, nº 1. Amsterdã: IBFD, 2002, p. 4.

<sup>11</sup> Cf. MUSGRAVE, Richard A. “Criteria for foreign tax credit”. *Taxation and operations abroad*. Princeton: The Institute, 1960, p. 83-93, *apud* SILVA, Mauro José. *Op. cit.* (nota 7), p. 101.

<sup>12</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Princípios no Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade”. *In*: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 361.

estejam sujeitos à mesma carga tributária, qualquer que seja a jurisdição em que esteja baseada a fonte de seu rendimento. Sob essa perspectiva, neutro é o sistema no qual diferentes regimes fiscais não impactam na decisão do investidor sob qual jurisdição seu investimento estará alocado.

Para tanto, a neutralidade da exportação de capitais preconiza dois postulados essenciais: (i) a tributação da renda auferida por residentes em bases mundiais; e (ii) a concessão pelo Estado da residência do investidor, como método para evitar a dupla tributação, do crédito do imposto estrangeiro<sup>13-14</sup>. Como resultado da aplicação de tais postulados, verifica-se que a carga tributária total incidente sobre determinado rendimento auferido por meio de fonte situada em outra jurisdição sempre será determinada pelo Estado da residência do investidor, sendo irrelevante a alíquota aplicada pelo Estado da fonte.

Em suma, a neutralidade na exportação do capital busca assegurar que os resultados líquidos (*after-tax return*) de investimentos, seja realizados domesticamente, seja no exterior, sejam idênticos na hipótese de mesmo resultado bruto (*pretax return*)<sup>15</sup>. Qualquer circunstância que distancie a tributação desse modelo importaria, segundo essa lógica, uma perda na eficiência econômica da alocação do capital (*deadweight loss*), deslocando-se do “ótimo de Pareto”. Isso porque a decisão do investido quanto ao local onde investir seu capital não será pautada pela produtividade do Estado do investimento, onde o investidor auferiria o melhor resultado antes da tributação, mas pela economia fiscal. Assim, o investidor abrirá mão de um investimento em seu próprio país ou num terceiro, supostamente mais produtivo e eficiente<sup>16</sup>.

Para a neutralidade na importação do capital, por sua vez, o relevante é a tributação global incidente sobre o capital em si<sup>17</sup>. Sob esse ponto de vista, a neutralidade é alcançada por meio da equalização da carga tributária incidente sobre todos os investimentos realizados numa mesma jurisdição fiscal, qualquer que seja sua origem<sup>18</sup>.

Dessa forma, a neutralidade na importação do capital pressupõe a tributação da renda exclusivamente em bases territoriais, por meio da isenção a todos os

<sup>13</sup> Cf. DAGAN, Tsilly. *The costs of international tax cooperation*. University of Michigan, Public Law and Legal Theory, *Research Paper* nº 02-13, 2002, p. 8. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=315373>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

<sup>14</sup> Em tese, a neutralidade na exportação do capital pressuporia a concessão de um crédito tributário ilimitado, isto é, na hipótese do imposto pago na fonte ser superior àquele devido na residência, a diferença deveria ser restituída ao investidor. Todavia, a realidade mostra que nenhum Estado assegura um crédito ilimitado, uma vez que tal prática levaria a uma tendência de aumento da tributação na fonte às custas dos países de residência dos investidores (cf. AVI-YONAH, Reuven S. “Tax competition and the fiscal crisis of the Welfare State”. *Harvard law review* v. 113, nº 7, maio de 2000, p. 1.607).

<sup>15</sup> Cf. AVI-YONAH, Reuven S. “Tax competition and the fiscal crisis of the Welfare State”. *Harvard law review* v. 113, nº 7, maio de 2000, p. 1.604.

<sup>16</sup> Cf. AVI-YONAH, Reuven S. “Tax competition and the fiscal crisis of the Welfare State”. *Harvard law review* v. 113, nº 7, maio de 2000, p. 1.605.

<sup>17</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Princípios no Direito Tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 361.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 1.605.

rendimentos auferidos por residentes provenientes do exterior. Tributa-se, assim, exclusivamente no Estado da fonte. O postulado da neutralidade na importação do capital, portanto, é a igualdade no resultado líquido, após impostos, auferidos por residentes ou não residentes em razão de investimentos realizados no mesmo local<sup>19</sup>. Assim, o investimento estrangeiro direto (IED) competirá em iguais condições (sob o ponto de vista fiscal) com o investimento realizado por residente<sup>20</sup> - aproxima-se, portanto, da ideia de neutralidade concorrencial.

Tomando por premissa o fato de que diferentes jurisdições adotam diferentes alíquotas para a tributação da renda, as neutralidades na exportação e na importação do capital se revelam inconciliáveis e excludentes entre si<sup>21</sup>, sendo certo que a adoção de um ou outro método - crédito ou isenção - deveria, em tese, levar em consideração os diferentes objetivos e efeitos dos modelos em questão.

Finalmente, há a terceira modalidade identificada por Richard A. Musgrave, a neutralidade nacional, que põe em questão tratamento a ser dispensado ao imposto pago no exterior.

Como visto, a neutralidade na exportação do capital pressupõe que se conceda ao investidor um crédito no valor do imposto pago no exterior - limitado, na prática, ao valor devido no Estado de residência do investidor<sup>22</sup>. Já nesse caso, por outro lado, preconiza-se que o imposto pago no exterior seja deduzido do rendimento a que se refere para posterior incidência do imposto devido no Estado da residência. Essa ideia surge a partir da constatação de que a concessão de crédito do imposto pago no exterior seria uma forma de transferência de receitas tributárias do Estado da residência do investidor para aquele no qual o investimento foi realizado. Daí a constatação de que a neutralidade nacional não visa a um bem-estar global, como é o caso dos demais modelos vistos anteriormente, mas a um bem-estar meramente nacional<sup>23</sup>. Trata-se, portanto, de um mecanismo de desestímulo ao investimento no exterior, que somente será interessante se o seu retorno após o pagamento do imposto estrangeiro for superior ao resultado bruto do mesmo investimento no país de origem<sup>24</sup>. Dessa forma, a neutralidade nacional procura assegurar a mesma carga tributária sobre, de um lado, o resultado

<sup>19</sup> Cf. AVI-YONAH, Reuven S. "Tax competition and the fiscal crisis of the Welfare State". *Harvard law review v.* 113, nº 7, maio de 2000, p. 1.607.

<sup>20</sup> Cf. DAGAN, Tsilly. *The costs of international tax cooperation*. University of Michigan: Public Law and Legal Theory, *Research Paper* nº 02-13, 2002, p. 8. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=315373>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

<sup>21</sup> Cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 35-36.

<sup>22</sup> Cf. DAGAN, Tsilly. *The costs of international tax cooperation*. University of Michigan: Public Law and Legal Theory, *Research Paper* nº 02-13, 2002, p. 9. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=315373>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

<sup>23</sup> Cf. SILVA, Mauro José. *Da competição à cooperação tributária internacional: aspectos jurídicos da promoção do desenvolvimento nacional num cenário internacionalizado*. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). São Paulo: USP, 2009, p. 104.

<sup>24</sup> Cf. Celso Cláudio de Hildebrand e Grisi Filho. "Uma perspectiva econômica sobre a negociação das convenções internacionais para evitar a dupla-tributação". In: PANZARINI FILHO, Clóvis *et al.* (coords.). *Revista de Direito Tributário internacional* nº 4. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 50.

doméstico, e, de outro, a diferença entre o resultado auferido no exterior e o imposto estrangeiro. De fato, esse modelo desestimula a exportação de capitais, uma vez que não assegura integralmente a eliminação da dupla tributação<sup>25</sup>.

É nesse cenário que deve ser inserida a análise da regra brasileira de transparência fiscal. Em primeiro lugar, é importante assinalar que o modelo brasileiro de tributação das pessoas jurídicas é aquele que, dadas suas características, está mais voltado às ideias da neutralidade na exportação de capitais: tributam-se os rendimentos em base mundial com uma regra antidiferimento. Isso significa que qualquer rendimento auferido no exterior, mesmo que indiretamente, por residente brasileiro será tributado imediatamente no Brasil. Ainda, de acordo com o artigo 14 da Instrução Normativa SRF nº 213/2002, o imposto de renda pago no país de domicílio da controlada ou coligada e pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital poderá ser compensado com o que for devido no Brasil.

Em verdade, a legislação brasileira foi concebida menos preocupada com questões ligadas à neutralidade do que com interesses arrecadatários e com o combate à elisão fiscal<sup>26</sup>. De todo modo, considerações relacionadas aos seus efeitos econômicos não podem ser deixadas de lado no debate acerca da constitucionalidade da regra brasileira de transparência fiscal. Isso porque o texto constitucional brasileiro não admite legislação fiscal que, não obstante eficiente e prático instrumento arrecadatário, implique efeitos para o mercado e para os agentes econômicos que não coadunem com os princípios informadores da Ordem Econômica Constitucional brasileira<sup>27</sup>.

Uma vez destacada, de um lado, a relevância da análise da regra brasileira de transparência fiscal internacional sob a ótica da indução econômica e, de outro, sua profunda identidade com o modelo de neutralidade na exportação de capital, parece-me relevante tecer algumas considerações a respeito da forma como a ideia de “neutralidade” deve ser encarada, especialmente no âmbito da tributação internacional.

### **3. Crítica à Neutralidade Tributária Internacional num Contexto de Volatilidade do Capital**

Peggy Musgrave, ao analisar o modelo elaborado inicialmente por Richard Musgrave, asseverou que a noção de neutralidade na exportação do capital seria o modelo ideal em termos de eficiência, uma vez que asseguraria que cada aporte

<sup>25</sup> Cf. SILVA, Mauro José. *Da competição à cooperação tributária internacional: aspectos jurídicos da promoção do desenvolvimento nacional num cenário internacionalizado*. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro). São Paulo: USP, 2009, p. 105.

<sup>26</sup> A respeito dos fundamentos que levaram a Administração Tributária a elaborar a regra brasileira de transparência fiscal, cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 106-109.

<sup>27</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação* 2. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 163-164.

de capital disponível alocasse-se de forma eficiente, isto é, a tributação, nesse caso, seria efetivamente neutra<sup>28</sup>.

Fato é, entretanto, que a neutralidade trata-se de uma concepção ou ideal que despreza a atual inserção do tributo na vida social, inclusive enquanto mecanismo de atuação estatal; no contexto do Estado Democrático de Direito, não se podem desprezar as funções distributiva e alocativa da norma tributária<sup>29</sup>. De fato, uma vez descartada a possibilidade de uma “tributação *per capita*”<sup>30</sup>, único modelo efetivamente neutro, revela-se ilusório cogitar-se que a incidência tributária não impacte na racionalidade dos agentes econômicos, dado seu impacto na formação do preço de bens e serviços<sup>31</sup>. A neutralidade em sua acepção econômica será, portanto, inalcançável<sup>32</sup>.

Diante dessa constatação, e tendo em vista o disposto no artigo 146-A<sup>33</sup> da Constituição Federal, os estudos a respeito do tema têm procurado uma concepção mais lapidada de neutralidade tributária. Dessa forma, sugere-se que a noção de neutralidade tributária esteja atrelada à prevenção de desequilíbrios concorrenciais decorrentes da incidência tributária - ou seja, da neutralidade tributária decorreria a sujeição de situações similares a cargas fiscais equivalentes<sup>34</sup>. Mais que isso, a neutralidade tributária tomaria por premissa, justamente, o caráter indutor<sup>35</sup> - da norma tributária e, portanto, visaria à minimização de seus efeitos sobre a concorrência<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> Cf. MUSGRAVE, Peggy. *United States taxation of foreign investment income. Issues and arguments*, 1969, *apud* VOGEL, Klaus, 1989, p. 138.

<sup>29</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27-28.

<sup>30</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 142-143.

<sup>31</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 26-29; e SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. V. 4. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2011, p. 37 (Série Doutrina Tributária); e SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 142-145; e BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 14ª ed. rev. e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 176, *apud* SCHOUERI, Luís Eduardo, 2005, p. 3; e AVI-YONAH, Reuven S. “The three goals of taxation”. *Tax law review* v. 59, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1076759>>. Acesso em: 8 out. 2012.

<sup>32</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. “Tributação e indução econômica: os efeitos econômicos de um tributo como critério para sua constitucionalidade”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação 2*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 142; e SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. V. 4. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2011, p. 37 (Série Doutrina Tributária); e SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

<sup>33</sup> “Artigo 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.”

<sup>34</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. V. 4. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2011, p. 40 (Série Doutrina Tributária); e LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *Livre concorrência e o dever de neutralidade tributária*. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio Grande do Sul: UFRS, 2005, p. 70, *apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343.

<sup>35</sup> ZILVETI, Fernando Aurelio. “Variações sobre o princípio da neutralidade no Direito Tributário Internacional”. *Direito Tributário atual* nº 19. São Paulo: Dialética, 2005, p. 26.

<sup>36</sup> Cf. SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Tributação e concorrência*. V. 4. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2001, p. 41 (Série Doutrina Tributária).

Tanto é assim que, de certa forma, a própria distinção conceitual entre a neutralidade na exportação e importação de capitais já é relevante indício de que a tributação da renda em situações internacionais inevitavelmente afetará, de uma forma ou de outra, na racionalidade do agente econômico, no caso, o investidor<sup>37</sup>.

Tais considerações tornam-se ainda mais intensas se tivermos em conta o atual contexto de globalização, marcado pela mobilidade da renda, dos agentes e das atividades econômicas<sup>38</sup>. Essa constatação, por si só, revela-se bastante para reconhecer a extraterritorialidade da norma tributária<sup>39</sup>, tudo como consequência de uma intensa interligação não apenas entre mercados, mas também entre governos e instituições<sup>40</sup>.

Pode-se considerar, dessa forma, que a ideia de um tributo neutro no âmbito das situações internacionais corrobora com a ideia de Estado-nação, corolário da soberania e independência dos Estados, sempre adstritas a um determinado território<sup>41</sup>. De fato, no contexto do Estado-nação, pouco sentido haveria em se cogitar numa norma jurídica tributária cujos efeitos extrapolassem os limites territoriais do poder soberano que a emana. Ocorre que, num contexto de “Estado-transnacional”<sup>42</sup>, marcado por transações econômicas que não se restringem a um determinado território, a aceleração da comunicação acarreta uma mobilidade expressiva do capital<sup>43</sup>. Verifica-se, por fim, uma acentuada sensibilidade do capital internacional, na medida em que qualquer alteração ou diferencial num determinado regime fiscal necessariamente importará numa alteração de sua alocação entre as diversas jurisdições.

Tudo isso leva à conclusão de que a neutralidade não deve ser encarada como um fim em si mesmo, dada a incapacidade de qualquer modelo de tributação, à exceção da incidência *per capita*, efetivamente alcançá-la.

#### **4. A Regra Brasileira de Transparência Fiscal e a Competitividade do Investimento Direto Brasileiro**

Se, por um lado, a regra brasileira de transparência fiscal internacional é corolário da neutralidade na exportação de capitais e, por outro, fica clara a im-

<sup>37</sup> PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 36.

<sup>38</sup> Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 166-173.

<sup>39</sup> Cf. HUCK, Hermes Marcelo. *Evasão e elisão: rotas internacionais do planejamento tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 228.

<sup>40</sup> Cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 27.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>42</sup> Cf. GRECO, Marco Aurélio. “Globalização e tributação da renda mundial”. *Revista Fórum de Direito Tributário* nº 2, ano 1. Belo Horizonte, 2003, p. 82.

<sup>43</sup> Cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 28.

possibilidade de um modelo de tributação efetivamente neutro, parece evidente que a tributação brasileira de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior não pode ser admitida como neutra, razão pela qual o debate quanto à sua constitucionalidade não pode passar ao largo de considerações acerca da indução econômica dela resultante, sendo irrelevante tais efeitos terem sido levados, ou não, em consideração pelo legislador.

No tocante aos impactos econômicos provenientes da regra brasileira de transparência fiscal, deve-se destacar a questão da competitividade. Luís Eduardo Schoueri<sup>44</sup> põe em debate o fato de o modelo brasileiro trazer regra geral antidiferimento, aplicando-se indistintamente a investimentos não operacionais localizados em paraísos fiscais e investimentos ativos e operacionais. Segundo o autor, a aplicação da regra antidiferimento a investimentos operacionais localizados em jurisdições que não se tratam de paraísos fiscais importa grave impacto à competitividade da empresa brasileira multinacional frente a outras empresas locais. Nesse, apresenta o exemplo de uma subsidiária sediada no Chile e detida por pessoa jurídica residente no Brasil e que desenvolva atividades operacionais. A princípio, ambas as empresas (chilena e controlada por brasileira) estarão sujeitas ao mesmo imposto sobre a renda chileno, à alíquota de 17%. Ocorre que, por força do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, a investidora brasileira deverá complementar o imposto até o nível de 34% do resultado antes do imposto, independentemente de qualquer distribuição e mesmo que o negócio desenvolvido no Chile exija que esse resultado seja reinvestido na atividade. Conclui que a atividade da empresa chilena estaria submetida a uma alíquota de 17%, enquanto o investidor brasileiro arcará, imediatamente, à totalidade do imposto sobre a renda brasileiro (34%). Outros aspectos da legislação brasileira têm sido colocados como nocivos à competitividade do investimento brasileiro, especialmente a vedação ao aproveitamento do prejuízo auferido no exterior para compensação com os lucros auferidos no Brasil (artigo 25, parágrafo 5º, da Lei nº 9.249/1995)<sup>45</sup>.

Competitividade, entretanto, não é um conceito completamente claro. Em trabalho recentemente publicado, Reuven S. Avi-Yonah e Nicola Sartori<sup>46</sup> apontam que devem ser consideradas, pelo menos, duas acepções de competitividade. A primeira definição levará em consideração a nacionalidade da empresa produtora, independentemente do local da produção. Está focada, portanto, nas condições de competitividade de uma empresa multinacional de determinado país frente às demais empresas atuantes no local em que desenvolve sua atividade. A

<sup>44</sup> Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. "Tributação internacional das empresas e desenvolvimento: novos rumos?" In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (org.). *Tributação e desenvolvimento - homenagem ao Professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 483-484.

<sup>45</sup> Cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getulio Vargas, 2012, p. 145.

<sup>46</sup> Cf. AVI-YONAH, Reuven S.; e SARTORI, Nicola. "International taxation and competitiveness: introduction and overview". *Law and economic research paper series*, paper nº 12-14, maio de 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2050329](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050329)>. Acesso em: 30 mar. 2013.

segunda noção de competitividade, por sua vez, preocupa-se com a produção desenvolvida num determinado país, independentemente da nacionalidade da empresa por ela responsável. Seria uma espécie de competição entre nações por escassos e voláteis recursos e capitais<sup>47</sup>.

Klaus Vogel, por sua vez, ressalta que não se pode negligenciar a relação existente entre o nível de tributação num determinado país e o grau de oferecimento de serviços públicos<sup>48</sup>. Isso porque um modelo de tributação da renda em bases universais não será neutro na exata medida em que desestimulará o investimento direto no exterior, uma vez que o investidor arcará, de um lado, com a carga tributária de seu país de residência, via de regra mais gravosa, enquanto terá à sua disposição serviços públicos não condizentes com a exação sofrida<sup>49</sup>. Tais constatações são cruciais para demonstrar que um modelo pautado na tributação da renda em bases mundiais, em verdade, está longe de ser neutro. Mais que isso, é um relevante desestímulo ao investimento no exterior.

As ideias colocadas são corroboradas pelo atual debate que vem ocorrendo nos Estados Unidos a respeito da legislação americana de transparência fiscal internacional, cuja característica marcante é justamente a possibilidade de diferimento (*tax deferral*), isto é, a postergação da incidência do imposto sobre a renda americano sobre rendimentos ativos auferidos por controladas e coligadas no exterior até o momento em que forem efetivamente distribuídos ao investidor.

Isso porque, em fevereiro de 2012, veio a público projeto elaborado pela Casa Branca de reforma da tributação sobre negócios (“President Obama’s Framework for Business Tax Reform”)<sup>50</sup>, cuja principal proposta era a abolição da regra de diferimento, como forma de desestímulo à erosão da base tributável pelos EUA. Entretanto, e esse ponto é fundamental, o Executivo norte-americano, ao apresentar proposta que aproximaria aquele regime do modelo brasileiro, não deixou de considerar os perniciosos efeitos de uma regra geral antidiferimento sobre a competitividade (na primeira acepção) do investimento norte-americano no exterior. Assim, como forma de mitigar os impactos resultantes da reforma tributária pretendida, o Executivo norte-americano apresenta como proposta a sujeição do rendimento auferido no exterior a uma alíquota mínima, com a concessão de crédito do imposto pago no exterior<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> AVI-YONAH, Reuven S. *Idem*.

<sup>48</sup> Cf. VOGEL, Klaus. “World-wide vs. Source taxation of income - a review and re-evaluation of arguments”. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdã: Kluwer, 1989, p. 140.

<sup>49</sup> Cf. VOGEL, Klaus. “Tributação da renda mundial”. Tradução Luís Eduardo Schoueri. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas* nº 7. São Paulo: RT, abril/junho de 2004, p. 141.

<sup>50</sup> Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/The-Presidents-Framework-for-Business-Tax-Reform-02-22-2012.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2013.

<sup>51</sup> Na redação original: “Require companies to pay a minimum tax on overseas profits. The President believes we must prevent companies from reaping the benefits of locating profits in low-tax countries, put the United States on a more level playing field with our international competitors, and help end the race to the bottom in corporate tax rates. Specifically, under the President’s proposal, income earned by subsidiaries of U.S. corporations operating abroad must be subject to a minimum rate of tax. This would stop our tax system from generously rewarding companies for moving profits offshore. Thus, foreign income deferred in a lowtax jurisdiction would be subject to immediate U.S. taxation up to the minimum tax rate with a foreign tax credit allowed for in-

Esse debate a respeito dos impactos econômicos resultantes do modelo de tributação norte-americano, em especial no que se refere à competitividade do investimento no exterior, é tão intenso que, como Avi-Yonah e Sartori fazem referência<sup>52</sup>, o presidente da Comissão de Finanças da Câmara dos Deputados propôs, em outubro de 2011, que os Estados Unidos isentassem 95% dos rendimentos ativos auferidos no exterior por controladas e coligadas, mesmo quando distribuídos para seus controladores na forma de dividendos, sob um fundamento essencialmente ligado à competitividade<sup>53</sup>.

No contexto desse debate, o *American Tax Policy Institute* realizou, em outubro de 2011, a conferência “International Taxation and Competitiveness”, cujos resultados são de grande interesse para o tema em análise, especialmente no tocante aos reflexos da regra CFC norte-americana sobre a competitividade das multinacionais daquele país<sup>54</sup>. A esse respeito, verificou-se que as multinacionais daquele país não sofrem desvantagens na competitividade, especialmente se confrontadas a multinacionais europeias e japonesas. Isso porque, muito embora o imposto de renda americano seja, em média, dez pontos percentuais superior à maior parte das jurisdições fiscais europeias, fato é que a base tributável pelo imposto sobre a renda de países europeus costuma ser maior, fazendo com que o custo tributário das multinacionais norte-americanas seja igual ou até mesmo inferior se comparado às europeias<sup>55</sup>. Ainda segundo os resultados apresentados na conferência, isso se deve ao fato de que, via de regra, as *CFC rules* de países-membros da União Europeia são mais rígidas se comparadas com a legislação dos EUA. De fato, dentre outros motivos, a regra americana traz possibilidades mais amplas de se diferir o imposto incidente sobre rendimento estrangeiro, o que sugere uma forte aproximação do modelo norte-americano à territorialidade.

Esse debate pode ser proveitosamente utilizado na análise da regra brasileira de transparência fiscal, na medida em que é um poderoso indício no sentido de que o modelo brasileiro, que cumula a tributação em bases mundiais, sem deferimento e com altas alíquotas, revela-se bastante pernicioso à competitividade do investimento produtivo brasileiro no exterior.

come taxes on that income paid to the host country. This minimum tax would be designed to balance the need to stop rewarding tax havens and to prevent a race to the bottom with the goal of keeping U.S. companies on a level playing field with competitors when engaged in activities which, by necessity, must occur in a foreign country.”

<sup>52</sup> Cf. AVI-YONAH, Reuven S.; e SARTORI, Nicola. “International taxation and competitiveness: introduction and overview”. *Law and economic research paper series* nº 12-14, maio de 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2050329](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050329)>. Acesso em: 30 mar. 2013.

<sup>53</sup> Cf. *Technical explanation of the ways and means discussion draft provisions to establish a participation exemption system for the taxation of foreign income*. Disponível em: <[http://waysandmeans.house.gov/uploadedfiles/final\\_te\\_-\\_ways\\_and\\_means\\_participation\\_exemption\\_discussion\\_draft.pdf](http://waysandmeans.house.gov/uploadedfiles/final_te_-_ways_and_means_participation_exemption_discussion_draft.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2013.

<sup>54</sup> Cf. AVI-YONAH, Reuven S.; e SARTORI, Nicola, em publicação já referenciada, realizaram espécie de relatório da conferência, fazendo constar as principais colocações dos painelistas.

<sup>55</sup> Cf. AVI-YONAH, Reuven S.; e SARTORI, Nicola. “International taxation and competitiveness: introduction and overview”. *Law and economic research paper series* nº 12-14, maio de 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2050329](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050329)>. Acesso em: 30 mar. 2013.

Feitas tais considerações, um último questionamento parece ser pertinente. Isso porque, ao analisar-se o volume da internacionalização produtiva do capital brasileiro, não se verifica uma diminuição ao longo dos últimos dez anos, mas, sim, um incremento<sup>56</sup>. Essa constatação não parece desabonar as conclusões aqui alcançadas, porquanto se trata de um efeito econômico resultante da inelasticidade relativa da curva da demanda por investimento no exterior<sup>57</sup>.

Para compreensão desse fenômeno econômico, será preciso retomar os conceitos de competitividade trazidos por Avi-Yonah e Sartori<sup>58</sup>. Nesse relatório, os autores indicam que na conferência realizada pelo *American Tax Policy Institute* foi aventado que cada uma daquelas noções de competitividade será estimulada por um modelo de neutralidade na tributação internacional da renda - na exportação e na importação do capital. Isso porque um sistema territorial de tributação impactará na competitividade do investimento norte-americano realizado no exterior (primeira noção de competitividade), na exata medida em que elevará o custo do investimento realizado nos próprios Estados Unidos (segunda noção de competitividade). Por outro lado, a eliminação da regra de diferimento (tributação plena da renda em bases mundiais) prejudicará sensivelmente a competitividade do investimento norte-americano realizado no exterior (primeira noção de competitividade), de modo que reduzirá o custo do investimento realizado localmente (segunda noção de competitividade)<sup>59</sup>.

Tais considerações deixam claro que, em verdade, está-se diante de um autêntico *trade-off* entre o investimento no exterior ou no próprio país. E é nesse contexto em que deve ser encarada a expansão da internacionalização produtiva do capital brasileiro, apesar do alto custo que a tributação lhe tem infligido. Em verdade, parece evidente haver uma demanda represada por investimento no exterior, razão pela qual, mesmo com o aumento do custo (preço) do investimento no exterior, a demanda por ele permanecerá, dada a inelasticidade relativa de sua curva<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e ligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - Fundação Getúlio Vargas, 2012, p. 216-253-257.

<sup>57</sup> Sobre o impacto da tributação sobre curvas da oferta e demanda, cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2012, p. 49-60.

<sup>58</sup> Cf. AVI-YONAH, Reuven S.; e SARTORI, Nicola. "International taxation and competitiveness: introduction and overview". *Law and economic research paper series* nº 12-14, maio de 2012. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2050329](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2050329)>. Acesso em: 30 mar. 2013.

<sup>59</sup> *Ibidem*, 2012, p. 12-14.

<sup>60</sup> Sobre a ineficiência da neutralidade na exportação de capitais na hipótese de demanda por investimento que não varie conforme o custo do investimento, ao lado de uma oferta variável conforme o custo, cf. VOGEL, Klaus. "World-wide vs. Source taxation of income - a review and re-evaluation of arguments". *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdã: Kluwer, 1989, p. 139; e AVI-YONAH, Reuven S. "Tax competition and the fiscal crisis of the Welfare State". *Harvard law review* v. 113, nº 7, maio de 2000, p. 1.606. Ambos autores referem-se a HORST, Thomas. "A note on the optimal taxation of international investment income". *The quarterly journal of economics* nº 783, 1980.

## **5. Conclusões**

Diante das considerações expostas, parece suficiente demonstrada a indução econômica negativa resultante da regra brasileira de transparência fiscal, isto é, um significativo desestímulo à alocação do capital nacional no exterior. Isso se deve às condições essencialmente desfavoráveis a que o modelo de tributação adotado no Brasil expõe as multinacionais brasileiras com atividades no exterior por meio de coligadas e controladas, especialmente se desenvolvidas em jurisdições sujeitas a uma incidência do imposto sobre a renda menos gravosa que a brasileira.

Dessa forma, muito embora o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/2001 afeiçoe-se com o modelo de neutralidade na exportação de capitais, a realidade tem mostrado tratar-se de um instrumento extremamente ineficiente e responsável por relevantes distorções na alocação do capital produtivo brasileiro. Pode ser imputada ao modelo brasileiro a não satisfação de toda a crescente demanda por investimentos no exterior, constatações que não podem ser desconsideradas quando da análise de sua constitucionalidade.