

pessoas jurídicas aqui sediadas (princípio da residência), limitava o alcance do imposto às situações aqui ocorridas.

A) A QUESTÃO FUNDAMENTAL: A QUEM CABE TRIBUTAR A RENDA DE UMA TRANSAÇÃO INTERNACIONAL?

A possibilidade de um Estado tributar seus residentes (ou nacionais) com base no princípio da universalidade, ao lado da tributação dos não-residentes com base no princípio da fonte, leva a uma das questões centrais do Direito Tributário Internacional: qual o Estado com legitimação para tributar a renda gerada numa transação internacional: o Estado da residência (adotando o princípio da universalidade) ou o Estado da Fonte do rendimento? Merece menção, neste sentido, os estudos de dois financistas, Wagner e Schanz, desenvolvidos no final do século XIX.

No estudo de Wagner, encontram-se as bases para o princípio que veio a se desenvolver como o da universalidade da tributação (*world-wide taxation*), que legitimava o Estado onde residisse o contribuinte a exigir tributo não somente sobre a renda auferida nos limites de seu território, mas em bases mundiais⁶². O estudo de Wagner não entrava no mérito da provável bitributação que sua solução poderia gerar, o que, na análise de Klaus Vogel, bem se explica tendo em vista que Wagner não considerava particularmente desejável o investimento no exterior, o que, ademais, apenas refletia a tendência nacionalista e isolacionista prevalente na época em que Wagner escrevia⁶³.

Escrevendo em 1892,⁶⁴ Schanz trouxe à discussão outros argumentos, sustentando que nem a residência nem a nacionalidade ou a mera presença física poderiam servir como critérios únicos para estabelecer a sujeição tributária pelo imposto de renda, já que tais critérios possibilitariam a tributação de pessoas que não se beneficiam (ou se beneficiam

muito pouco) das atividades do Estado. Nesse sentido, seria injusto exigir que tais contribuintes suportassem a carga tributária de um Estado que beneficiaria muito mais a terceiros. Por tal motivo, defendeu Schanz a introdução de um critério que, desde que aplicado consistentemente, poderia afastar tal injustiça: o princípio da *pertinência econômica* (*economic allegiance, wirtschaftliche Zugehörigkeit*), assim entendido o vínculo de dependência que se cria entre o indivíduo e o Estado, de modo que esse indivíduo participe da vida econômica e social desse Estado⁶⁵. A pertinência econômica seria encontrada, caso-a-caso, conforme a natureza do tributo. Assim, quando se tratasse de uma tributação sobre o consumo, a pertinência econômica poderia ser fixada a partir do critério da residência (embora em combinação com outros). Tratando-se de tributação sobre a renda, entretanto, Schanz defende que a residência pertence de muita força quanto à pertinência econômica, já que, embora os rendimentos de um contribuinte possam ter relação com o lugar em que reside, será o Estado da fonte do rendimento, em caso de a pessoa estar economicamente ligada a Estado diverso de sua residência, que terá maior importância (ou maior relevância econômica) para o gozo dos rendimentos. Por tal razão, Schanz propunha que a tributação se dividisse entre o Estado da fonte e o Estado da residência conforme sua pertinência econômica, sugerindo, afinal, no caso da tributação da renda, uma fórmula segundo a qual três quartos do tributo deveriam ser alocados ao Estado da fonte, ficando o Estado da residência meramente com um quarto da renda tributária.

Em 1921, o Comitê Financeiro da Liga das Nações encarregou quatro especialistas em finanças públicas, Bruins (Holanda), Einaudi (Itália), Seligman (E.U.A.) e Stamp (Reino Unido), de efetuarem um relatório sobre os problemas relativos ao fenômeno da bitributação, bem como as possíveis soluções para sua eliminação. O relatório foi editado em 1923, fazendo referência à pertinência econômica mas, como obser-

62 Cf. A. Wagner, *Finanzwissenschaft, Zweiter Teil: Gebühren- und allgemeine Steuerlehre*, 1880, p. 296, *apud* K. Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Reevaluation of Arguments, in Influence of Tax Differentials on International Competitiveness*, Mc. Lure, Sinn, Musgrave et al., Kluwer, Separata, sem data, pp. 117 - 166.

63 Cf. K. Vogel, *op. cit.* (nota 46), p. 121.

64 Cf. Schanz, *Zur Frage der Steuerpflicht*, in *Finanzarchiv* 1, 4 (1892), *apud* Klaus Vogel, *op. cit.* (nota 46), p. 122.

65 Cf. Allix, *Repetitions Ecrites de Science Financière, Les Cours de Droit Répétitions Ecrites & Orales*, Paris, 1937-1938, p. 178.

va Klaus Vogel⁶⁶, seu resultado foi praticamente inverso à sugestão de Schanz, já que na visão dos especialistas, deveriam os Estados isentar, reciprocamente, os não residentes da tributação, de tal modo que só restaria a tributação pelo Estado da residência, com base no princípio da universalidade. Nesse sentido, o conceito de "pertinência econômica" era substituído pelo mais amplo de "pertinência econômica estatal": enquanto o primeiro, buscando vínculos econômicos, possibilitava que uma pluralidade de Estados se julgasse intitulados a tributar, o último conceito, mais tarde explicitado por Dorn e divulgado, entre outros, por Spitaler, investiga qual o Estado que possui mais facilidade para instituir e cobrar o imposto⁶⁷. Entre 1926 e 1927, com a colaboração de especialistas provenientes principalmente de outros países europeus e dos Estados Unidos, a comissão elaborou quatro modelos de convenções, respectivamente em matéria de imposto de renda, de imposto de sucessões, de assistência administrativa e de assistência judiciária, emendados e aprovados em 1928, desta feita por representantes de vinte e oito Estados. Nesse modelo, prevalecia, para os impostos "pessoais", o critério da residência, com base no princípio da universalidade, aplicando-se a fonte para os impostos "reais"⁶⁸. No mesmo ano, instalava-se um comitê permanente para o assunto, do qual se desdobrou um subcomitê, criado mais tarde que, em 1943, reunindo-se no México, propôs um modelo de acordo para evitar a bitributação da renda, no qual prevalecia o interesse dos países importadores de capital. Vale lembrar que aquele colegiado foi composto primordialmente de representantes de países latino-americanos (já que os E.U.A. e os países europeus estavam envolvidos na Segunda Guerra). A este se seguiu outro, celebrado em 1946, no qual os países industrializados tiveram maior peso. Enquanto o modelo mexicano dava maior peso à territorialidade, beneficiando, destarte, os países importadores de capital, o modelo londrino retornava

à prioridade do Estado da residência, com a adoção do princípio da universalidade.

Os trabalhos da Liga das Nações tiveram prosseguimento por meio da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – cujo Conselho, em 1956, instituiu um Comitê Fiscal (a partir de 1971, Comitê para Assuntos Fiscais), composto por autoridades governamentais encarregadas da negociação de acordos de bitributação. Entre 1956 e 1963, o Comitê Fiscal trabalhou na elaboração de um modelo de acordos de bitributação, aprovado em 30 de julho de 1963, juntamente com seus comentários. Esse modelo e comentários foram revistos em trabalho iniciado em 1973, resultando em nova publicação, datada de 1977. Em 1991, o Comitê para Assuntos Fiscais, verificando a necessidade de uma constante avaliação do modelo e comentários, decidiu adotar um modelo em folhas soltas, que permitisse mudanças caso-a-caso, sem que se fizesse necessária uma revisão completa. O modelo da OCDE claramente privilegia o Estado da residência. A ele se opõe o modelo, desenvolvido em 1971, pelos países do Pacto Andino, que enfatiza o Princípio da Fonte⁶⁹.

Diante da constatação de que o modelo da OCDE não atentava para a diversidade de níveis de desenvolvimento que pode existir entre as partes contratantes, o Secretário-Geral das Nações Unidas convocou um grupo de peritos, representando países desenvolvidos e em desenvolvimento. O grupo se reuniu por oito vezes, entre 1968 e 1979, culminando com a produção de um modelo de acordo, acompanhado de comentários. Conforme relata Francisco Dornelles, que esteve presente nesses trabalhos, conquanto se insistisse na necessidade de mudar os conceitos incluídos no modelo da OCDE, devendo o modelo a ser elaborado consagrar o princípio da tributação exclusiva no país de origem do rendimento (país de Fonte) e, conseqüentemente, a não incidência de imposto no país de residência do beneficiário da renda e a rejeição ao Princípio da Universalidade, acabou por prevalecer o ponto de vista dos

66 Cf. K. Vogel, op. cit. (nota 46), p. 123.

67 Cf. Allix, op. cit. (nota 65), p. 181.

68 Cf. V. Uckmar, "I Trattati Internazionali in Materia Tributaria", in *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Victor Uckmar (coord.), Milão, CEDAM, 1999, pp. 73 a 109 (84).

parte, a otimização da alocação dos fatores. A tal raciocínio pode-se opor, entretanto, a constatação de que uma neutralidade de exportação apenas restringe investimentos internacionais⁷⁶. O tema é bem explorado por Ganderberger, que faz ver que em caso de neutralidade de exportação, o investidor fica sujeito ao imposto em sua residência, que acaba por diminuir sua capacidade de reinvestimento. Assim, dois investidores sujeitos a cargas tributárias diferentes em seus países de residência terão diferentes capacidades de reinvestimento. Ganderberger traz vários outros argumentos, valendo notar, por seu poder de convencimento, o raciocínio no sentido de que se o nível de tributação em qualquer país deve corresponder ao grau dos serviços oferecidos pelo Poder Público, à menor tributação em determinado país correspondem, proporcionalmente, maiores custos no investimento, para igual grau de satisfação. Assim, se o investidor, residindo em um país desenvolvido (e portanto, com alta carga tributária e elevado grau de serviços públicos) sofre a mesma carga tributária, em seu país de residência, investindo neste ou noutro país que não lhe ofereça serviços públicos adequados, esse investidor será levado a se dirigir a sua residência; desse modo, consata-se que o fator tributário deixa de ser neutro, pesando na decisão do investidor⁷⁷.

A própria divisão entre neutralidade de exportação e neutralidade de importação, entretanto, não é pacífica, já que se pode sustentar, com True⁷⁸, que a neutralidade não pode ser vista isoladamente do ponto de vista de cada país, mais valendo a busca da neutralidade entre os países (interestatal). Nesse sentido, a partir da definição de neutralidade como uma tributação que não altera os preços relativos (explícitos ou implícitos) de bens, serviços, atividades, fatores de produção, etc. no setor pri-

vado, a neutralidade entre os países significaria apenas que nenhum país deva procurar usar seu poder tributário com a finalidade de modificar mais os preços relativos em outro país, que seriam modificados na falta dos tributos.

Conforme Klaus Vogel, para um correto juízo da neutralidade, não se devem considerar apenas os tributos, mas também os benefícios, já que para o investidor, o nível dos benefícios é tão importante quanto o nível de tributação. Assim, segurança, estabilidade econômica, infraestrutura, subsídios diretos, nível da saúde pública e educação etc. são fatores que podem contrabalançar determinada tributação, redefinindo-se, pois, a neutralidade entre os países como a circunstância em que um contribuinte, que exerce atividade em outro país — ou mercado — e utiliza as facilidades oferecidas por aquele outro país (bens públicos) tenha a certeza de que não será mais tributado que qualquer outro que, sob as mesmas circunstâncias, use aquelas facilidades de maneira equivalente⁷⁹. Ora, prevalecendo o princípio da universalidade, o contribuinte sofrerá idêntica tributação caso invista em um país que lhe ofereça altos benefícios ou caso se veja obrigado a suportar altos revezes⁸⁰. Noutras palavras, uma neutralidade de exportação de natureza meramente tributária apenas desencoraja os investimentos naqueles países que mais necessitam de investimentos; a neutralidade de importação, outrossim, assegura que o contribuinte tenha uma carga tributária contrabalançada pelas respectivas dificuldades. Percebe-se, daí, que do ponto de vista financeiro, a neutralidade de importação ganha peso, justificando-se a preferência pelo princípio da fonte.

Mesmo que não se considerem investimentos diretos em atividade produtiva, o princípio da residência também enfrenta óbices de natureza econômica. Assim, por exemplo, é o caso dos rendimentos por aplicações financeiras, em que se constata que uma maior tributação implicará a necessidade de o credor exigir maior taxa de juros, para lhe

76 Cf. T. Horst, "A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income", 94 *The Quarterly Journal of Economics*, 693 (1980), apud K. Vogel, op. cit. (nota 69), p. 139.

77 Cf. Ganderberger, "Kapitalexportneutralität versus Kapitalimportneutralität", 7 *Aufsätze zur Wirtschaftspolitik, Forschungsinsitut für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz* (1983), apud Klaus Vogel, op. cit. (nota 46), p. 140.

78 Cf. True, "Taxing Foreign Source Income", in *U.S. Taxation of American Business Abroad*, 37 (195=75), apud Klaus Vogel, op. cit. (nota 46), p. 141.

79 Cf. K. Vogel, op. cit. (nota 46), pp. 141-143.

80 Cf. H. W. Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip*, Köln, Otto Schmidt, s.d. (1967?), p. 66.

assegurar o mesmo rendimento líquido, daí se concluindo ser mais eficiente que se considere o nível de tributação na praça do devedor (fonte) como o parâmetro adequado para assegurar a neutralidade entre aplicadores nacionais e estrangeiros.

Mas não é apenas do ponto de vista da eficiência que a questão merece ser tratada. Também entre os juristas o tema é defendido, desta feita sob o mote de *justiça e igualdade*, que se refletem no princípio da capacidade contributiva⁸¹. Exemplar, neste sentido, a decisão da Corte Fiscal Federal da Alemanha, em agravo que versava acerca do artigo 48 da Comunidade Econômica Européia, quando se decidiu que a tributação da renda mundial auferida por contribuintes seria uma decorrência necessária do princípio da capacidade contributiva⁸². Tampouco sob este prisma a conclusão fica ileisa às críticas de Klaus Vogel⁸³, que, compulsando a doutrina que versa sobre a capacidade contributiva, revela que não há, em tais estudos, qualquer posicionamento no sentido de que somente a tributação da renda mundial atenderia a capacidade contributiva, lembrando, inclusive, que diversos países onde vige aquele princípio adotam o princípio da territorialidade da tributação. Ademais, como acentua Vogel, se se quisesse buscar uma plena igualdade entre os contribuintes que investem em seu país (sujeitos apenas ao imposto local) e no exterior (sujeitos à tributação em sua residência e no Estado da fonte sem localmente se sujeitassem duas vezes ao imposto local, para terem, aí sim, tratamento igual aos que investem no exterior. Vogel ingressa especificamente na questão da isonomia, que dá base ao argumento da capacidade contributiva, segundo a qual não seria justo que um Estado impusesse menor tributo sobre residentes com rendimentos do exterior

que o exigido de residentes com rendimentos de igual monta, auferidos localmente. Para Vogel, este argumento desconsidera o fato de que rendimentos do exterior são auferidos em condições substancialmente diversas das locais. Conforme lembra o autor, "se a tributação do Estado da fonte é menor - e só neste caso é que caberia o argumento baseado na isonomia - também são menores, freqüentemente, as prestações es-tatais que beneficiam o contribuinte e maiores os seus riscos. Se o contribuinte é um empresário, ele se encontra, no país estrangeiro, em concorrência com outros empresários, que também pagam o menor tributo exigido por aquele Estado; uma tributação complementar por parte de seu Estado de residência prejudica suas condições de concorrência. Finalmente, ele pode nem mesmo ter certeza de que poderá transferir para o País seus rendimentos do exterior".

O argumento parece convincente, revelando que, de fato, não se pode cogitar em igualdade entre ambos os contribuintes, que, afinal, submeteram-se a riscos completamente dispares, podendo um mesmo resultado financeiro decorrer de investimentos muito diferentes, seja em volume, seja em certeza de rendimentos. Do ponto de vista de igualdade, muito mais certo parece afirmar que aqueles que se submetem a igual risco, em um mercado, devem submeter-se a igual tributação. Esse raciocínio conduz à tributação pelo Estado da Fonte. A esse argumento, que considera a igualdade do ponto de vista do contribuinte, deve somar-se a questão da justiça interestatal. Sob este prisma, vê-se que o Estado da residência já se beneficia da tributação sobre o consumo do contribuinte, sendo injusto que ele fique também com a tributação da renda com base no princípio da universalidade, forçando o contribuinte a trazer parte dos recursos alocados no Estado da fonte para satisfazer a obrigação tributária no Estado da residência. Com tais argumentos, fica reforçada a discussão, agora baseada em questões de justiça, para que se assegure ao Estado da Fonte a prerrogativa de tributar o rendimento.

Em síntese, constata-se que, apesar de a prática internacional vir dando preferência à tributação pelo Estado da residência, com a adoção do princípio da universalidade, existem argumentos sólidos, tanto sob a ótica da

81 Cf. C. Sacchetto, *Territorialità (dir. trib.) (verbeta)*, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, Milão, Giuffrè, 1992, pp. 303-332 (314). *La conseguenza di questa concezione è che "tutti i residenti" (per appartenenza politica ed economica) "devono" concorrere con "tutti" i loro redditi ovunque prodotti.*

82 Cf. decisão da Corte Fiscal Federal da Alemanha (BFH) de 14.4.93 in *IsFR* 1993, p. 272.

83 Cf. K. Vogel, "Tributação da Renda Mundial", in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, vol. 7, 1994, pp. 133 a 143.

eficiência, como sob o prisma da justiça, que fundamentam a legitimidade da tributação exclusiva pelo Estado da fonte do rendimento.

B) A ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE NO BRASIL: HISTÓRICO E QUESTÕES ATUAIS

O estudo da evolução do imposto de renda no Brasil⁸⁴ revela que já há muito se adotou, no País, para as pessoas físicas, o princípio da universalidade da tributação, presentemente positivado no § 4º do art. 3º da Lei 7.713/88, *verbis*:

§ 4º - A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou da nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda, e da forma de percepção das rendas ou proveitos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título.

Vale notar, a este respeito, que o referido dispositivo antecipou-se mesmo à Lei Complementar nº 104/2001, que veio confirmar sua validade, ao inserir no art. 43 do Código Tributário Nacional dois parágrafos que versaram sobre a universalidade:

§1º. A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

§ 2º. Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo.

O último dispositivo oferece consequências relevantes para a tributação das pessoas jurídicas, como se verá a seguir.

Com efeito, no que tange às pessoas jurídicas brasileiras, até 1995 vigeu norma afastando do alcance da tributação pátria os rendimentos produzidos fora do País (territorialidade pura).

Uma primeira tentativa de se abolir o critério da territorialidade pura na fixação da base de cálculo do imposto de renda das pessoas

jurídicas deu-se por meio do Decreto-lei nº 1.987, cujo artigo 7º dispôs que "serão computados no lucro real das pessoas jurídicas de Direito Privado domiciliadas no País os resultados obtidos no exterior, diretamente ou através de filiais, sucursais, agências ou representações"; o parágrafo único do mesmo dispositivo acrescentava que "o imposto de renda pago no exterior será considerado redução do imposto de renda brasileiro, mas a redução não poderá implicar imposto menor que o que seria devido sem a inclusão dos resultados obtidos no exterior". Tal norma foi logo substituída pelo artigo 8º do Decreto-lei nº 2.413, de 10 de fevereiro de 1987, segundo o qual passavam a ser "computados no lucro real das pessoas jurídicas de Direito Privado, domiciliadas no País, os resultados obtidos no exterior, diretamente ou através de subsidiárias, filiais, sucursais, agências ou representações". Conforme anota Alberto Xavier, a inserção do Brasil entre os países que tributam a renda mundial das pessoas jurídicas ali domiciliadas implicaria um avanço além do que já se conhecia na legislação norte-americana e inglesa, já que estes países tributavam apenas os resultados das "explorações diretas", enquanto o Decreto-lei nº 2.413/87 alcançava também as "explorações indiretas" através de subsidiárias, "à semelhança do lucro consolidado previsto na França que, porém, só o admite a título excepcional e a requerimento do contribuinte"⁸⁵. Na verdade, o regime francês vai além, autorizando, mesmo, a consolidação dos lucros do grupo empresarial, independentemente de serem auferidos por pessoa jurídica independente⁸⁶.

A tributação da renda mundial das pessoas jurídicas foi, entretanto, expressamente afastada de nosso regime jurídico, dois meses depois de sua introdução, pelo artigo 15 do Decreto-lei nº 2.429, de 15 de abril de 1988, consolidando-se, assim, o critério da territorialidade pura, limitando-se a tributação aos rendimentos de fonte brasileira. Dizia o artigo 337 do Regulamento do Imposto de Renda de 1994 (Decreto 1.041/94 - RIR/94):

Art. 337. O lucro proveniente de atividades exercidas parte no País e parte no exterior somente será tributado na parte produzida no País.

85 A Xavier, *op. cit.* (nota 8), p. 433.

86 Cf. J. P. Jarnevic, *Droit Fiscal International*, Paris, Economica, 1985, p. 167.

84 *Evolução do Imposto de Renda no Brasil*, Fundação Getúlio Vargas, Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, 1966, *passim*.

§ 1º Considera-se lucro de atividades exercidas parte no País e parte no exterior o proveniente:

- (a) das operações de comércio e outras atividades lucrativas iniciadas no Brasil e ultimadas no exterior, ou vice-versa;
- (b) da exploração de matéria prima no território nacional para ser beneficiada, vendida ou utilizada no exterior, ou vice-versa;
- (c) dos transportes e meios de comunicação com os países estrangeiros.

§ 2º. Para os efeitos da alínea "c" do parágrafo anterior, serão considerados:

- (a) resultados produzidos no País;
- (b) resultados produzidos no exterior aqueles derivados de fontes estrangeiras, provenientes de fretes, passagens ou outros, recebidos ou a receber de fontes sediadas, domiciliadas ou estabelecidas no exterior, irrelevante o local em que tal pagamento se efetue.

§ 3º (...)

§ 4º. Se a pessoa jurídica que explorar atividades nas condições previstas neste artigo não puder apurar separadamente o lucro operacional produzido no País, será ele estimado ou arbitrado como equivalente a vinte por cento da receita bruta de vendas e serviços.

O princípio da universalidade foi introduzido, para as pessoas jurídicas, pela Lei nº 9.249/95.

Considerando-se a diminuta parcela de empresas brasileiras com envergadura suficiente para atuar no exterior e o fato de ser o Brasil um país predominantemente importador de capital, não haveria, em tese, motivos para a adoção do princípio da universalidade. Entretanto, uma incursão à exposição de motivos contida no Projeto de Lei levado ao Congresso Nacional, revela-nos o verdadeiro intento do legislador:

14. Adota-se, com a tributação da renda auferida fora do País, medida tendente a combater a elisão e o planejamento fiscais, uma vez que o sistema atual – baseado na territorialidade da renda propicia que as empresas passem a alocar lucros a filiais ou subsidiárias situadas em "paraísos fiscais". Intenta-se, ainda, harmonizar o tratamento tributário dos rendimentos, equalizando a tributação das pessoas jurídicas à

das pessoas físicas, cujos rendimentos externos já estão sujeitos ao imposto de renda na forma da legislação em vigor.

Fica bem evidente no trecho reproduzido a preocupação do legislador no sentido de buscar mecanismos de combate à evasão fiscal praticada por meio de empresas constituídas no exterior, submetendo à tributação brasileira o rendimento estrangeiro. Assim, o abandono, por parte do Brasil, da aplicação estrita do princípio da territorialidade pura, tão arraigado nos países latino-americanos, se deu como reação à migração e alocação do capital em países de menor tributação.

Já naquela oportunidade, pretendia o legislador que a tributação, pela empresa brasileira, dos lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior se desse no próprio período em que fossem eles auferidos pelas últimas, independentemente de qualquer ato tendente a sua disponibilização. A pretensão do legislador não escapou de críticas, quando assim concluíamos:

4.5.6.8.2 Imediata a conclusão de que, na sistemática do Código Tributário Nacional – na qual se insere a definição de renda – vedada é a tributação, pela União, de lucros ou dividendos ainda não distribuídos.

4.5.6.9 Conclui-se, pois, que – malgrado a intenção do legislador federal – os lucros auferidos por controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior não podem ser acrescidos ao lucro real da sócia brasileira, enquanto não forem efetivamente distribuídos (desde que, obviamente, a legislação do país onde se situa a controlada ou coligada não exija a automática e integral distribuição dos lucros).⁸⁷

Diante da falta de respaldo legal, houve por bem o fisco federal, através da Instrução Normativa (SRF) nº 38/96, determinar que a tributação somente se desse no momento da disponibilização dos lucros no exterior. O mesmo instrumento normativo definia, ainda, o que entendia por "lucro disponibilizado".

Em tais circunstâncias, configurava-se o seguinte paradoxo: a Lei nº 9.249/95, ao pretender tributar lucros ainda não disponibilizados, era institucional, por eleger fato gerador que não correspondia à definição do artigo 43 do Código Tributário Nacional. Já a Instrução Normativa nº 38/96, posto que definindo fato gerador conforme o Código Tributário Nacional, deslocava o seu aspecto temporal para momento posterior ao concebido pelo legislador ordinário. Tendo em vista que somente a lei (e não a Instrução Normativa) é que pode definir o fato gerador da obrigação tributária (inclusive em seu aspecto temporal), não servia aquele instrumento normativo para instituir obrigação tributária válida.

Finalmente, em dezembro de 1997, foi editada a Lei nº 9.532, cujo artigo 1º, notoriamente inspirado na ilegal Instrução Normativa nº 38/96, definia como fato gerador do imposto de renda o lucro auferido no exterior, quando disponibilizado:

Art. 1º. Os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais, controladas ou coligadas serão adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado no dia 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

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

- a) no caso de filial ou sucursal, na data do balanço no qual tiverem sido apurados;
- b) o caso de controlada ou coligada, na data do pagamento ou do crédito em conta representativa de obrigação da empresa no exterior.

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

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

1. o crédito do valor em conta bancária, em favor da controlada ou coligada no Brasil;

2. a entrega, a qualquer título, a representante da beneficiária;

3. a remessa, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça;

4. o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada no exterior.

(...)

Fica claro, portanto, que a sistemática vigente até o final de 2000 previa, em plena conformidade com o artigo 43 do Código Tributário Nacional, que a tributação somente se efetivasse quando disponibilizado o lucro para o titular da renda.

Surgiu o desafio, imposto às autoridades brasileiras, de como alcançar as operações realizadas pelas pessoas jurídicas por meio de controladas e coligadas no exterior. Em parte, a solução encontrada – seguindo exemplo de outros países – foi a adoção de regras de preços de transferência, o que se deu pela Lei nº 9.430/96⁸⁸. Esta legislação, entretanto, não era suficiente para alcançar os casos em que o contribuinte, valendo-se de sociedades controladas no exterior – *Controlled Foreign Companies* – CFCs, mantivesse os lucros represados fora do alcance da lei tributária brasileira.

A Lei Complementar nº 104/2001 adicionou ao artigo 43 do Código Tributário Nacional o segundo parágrafo, acima reproduzido. Segundo aquele dispositivo, pode a lei dispor sobre condições e momento em que se dá a disponibilidade da renda; o dispositivo não permite, entretanto, que se tribute renda não disponível.

Pretendendo lastrear-se no referido parágrafo segundo do Artigo 43 do Código Tributário Nacional, foi editada a Medida Provisória 2.158-35, cujo artigo 74 instituiu um novo regime de tributação dos lucros auferidos pelas controladas e coligadas sediadas no exterior ao dispor:

Art. 74 – Para fim de determinação da base de cálculo do imposto de renda e da CSLL, nos termos do artigo 25 da Lei 9.249, de 26 de

dezembro de 1995, e do artigo 21 desta Medida Provisória, os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior serão considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil, na data do balanço no qual tiverem sido apurados, na forma do regulamento.

Parágrafo único. Os lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2001 serão considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida, antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação em vigor.

A nova legislação também não escapou de críticas, já que, mais uma vez, pretendeu dispensar o elemento "disponibilidade", tributando lucros ainda não distribuídos ou mesmo que não pudessem ser distribuídos. Basta imaginar o exemplo de a sociedade com lucro no exterior num determinado exercício apresentar, em seu balanço, prejuízo acumulado de exercícios passados, impossibilitando a distribuição.

Na verdade, o que o legislador pretendeu fazer foi introduzir, no País, norma de tributação que atingisse as CFCs, a exemplo do que se faz na prática internacional. Diversamente, entretanto, dos exemplos do Direito comparado, nosso legislador não se limitou a alcançar operações que justificassem a suspeita de servirem de plataforma usada pelo contribuinte para escapar da tributação, alcançando, igualmente, operações legítimas. Daí já termos sustentado, noutra oportunidade, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, a ser constatada em casos concretos em que prevaleça a boa-fé do contribuinte⁸⁹.

Vê-se, daí, que o princípio da universalidade encontra-se adotado pelo ordenamento brasileiro. Conforme exposto na primeira parte deste estudo, não nos parece ser a melhor solução, do ponto de vista da justiça e eficiência, a adoção do referido princípio. Esta questão merece atenção redobrada na atual conjuntura, quando se busca estimular a atuação de empresas brasileiras no exterior, não fazendo sentido submetê-las à

carga tributária brasileira, quando terão de concorrer, noutras praças, com empresas que sofrem carga tributária local inferior. Embora se justifique a adoção de uma legislação que coíba a prática de CFCs, a atual legislação merece ser revista, pelos motivos já expostos, de ordem jurídica e econômica. Não é possível deixar de anotar, finalmente, que a legislação brasileira erra duplamente, já que ao mesmo tempo em que atinge operações legítimas, deixa de lado os casos em que CFCs são criadas por pessoas físicas, às quais não se aplica o art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35. Para estas, o princípio da universalidade apenas alcança a renda disponível para o contribuinte.

Finalmente, uma análise crítica acerca da introdução do princípio da universalidade no Direito brasileiro não pode dispensar a referência ao § 5º do art. 25 da Lei nº 9.249/95, segundo o qual "os prejuízos e perdas decorrentes das operações referidas neste artigo não serão considerados com lucros auferidos no Brasil". A referida regra se faz complementar pelo art. 16 da Lei nº 9.430/96, que impõe sejam "considerados de forma individualizada, por filial, sucursal, controlada ou coligada, os lucros auferidos no exterior". O resultado da aplicação de tais regras é que o legislador brasileiro, conquanto determinando o alcance do imposto a lucros auferidos no exterior, despreza as perdas porventura sofridas fora do País. Ou seja: apenas os acréscimos patrimoniais são considerados, sem os decréscimos. Para os ganhos, vale a universalidade, enquanto as perdas apenas se consideram se ocorreram no território.

A crítica a tal regra é imediata: tem o legislador a opção pela adoção do princípio da territorialidade pura, ou por seguir a universalidade. Um ou outro caminho estão abertos. O princípio da igualdade, entretanto, impõe que o legislador escolha um critério e, a partir daí, siga-o coerentemente, sob pena de recair em arbitrariedade, ferindo, daí, o princípio da igualdade⁹⁰. Quando, entretanto, o legislador abre mão do primeiro e passa a considerar fatos ocorridos fora do território, não pode ele desprezar as perdas ali verificadas. É elementar ao conceito de renda

89 Cf. L. E. Schoueri, Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior, in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, 7ª vol., Valdir de Oliveira Rocha (coord.), São Paulo, Dialética, 2003, pp. 303-330.

90 Cf. K. Tipke, op. cit. (nota 1), p. 354.

que esta resultará da somatória de ganhos e perdas em determinado período. Assim, *todos* os ganhos e perdas porventura compreendidos no campo espacial coberto pela lei tributária devem ser considerados, sob pena de se afastar a lei de seu limite constitucional. Em síntese: a proibição de consideração das perdas no exterior é inconstitucional porque: (i) implica arbítrio ao adotar o princípio da universalidade para os resultados positivos e o princípio da territorialidade pura para as perdas, em afronta ao princípio da igualdade; e (ii) desvia-se da tributação da renda, ao desconsiderar perdas sofridas pelo contribuinte no mesmo período em que ganhos são auferidos.

OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Pasquale Russo

Università di Firenze