

Coordenação

EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI

TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

HOMENAGEM AO PROF. AIRES BARRETO

COLEÇÃO: TRIBUTAÇÃO & DESENVOLVIMENTO

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, primavera de 2011
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E REFORMA TRIBUTÁRIA: ESSE OBSCURO E ARDILOSO
OBJETO DO DESEJO, 351**

JOSÉ ROBERTO VIEIRA

A REFORMA TRIBUTÁRIA: SEUS MODELOS E SUA CRÍTICA, 383

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

**A RELAÇÃO ENTRE EDUCAÇÃO, TRANSPARÊNCIA, DEMOCRACIA E QUALIDADE
DA TRIBUTAÇÃO, 389**

JÚLIO M. DE OLIVEIRA

A EFICÁCIA SOCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, 407

KAREM JUREIDINI DIAS

IMUNIDADES: DISCUSSÃO SOBRE UM CASO CONCRETO, 423

JOSÉ ANTONIO LIMA

**IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA NO BRASIL: TRIBUTAÇÃO DA RENDA OU
DO RENDIMENTO?, 441**

LUÍS CESAR SOUZA DE QUEIROZ

**TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DAS EMPRESAS NACIONAIS E DESENVOLVIMENTO:
NOVOS RUMOS?, 467**

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO DE VERDADE!, 487

MARCELO VIANA SALOMÃO

OS IMPOSTOS INDIRETOS SÃO NECESSARIAMENTE REGRESSIVOS?, 497

MARCOS VINICIUS NEDER & LUCIANE PIMENTEL

**TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO: O ICMS E AS OPERAÇÕES TRIANGULARES,
INTERESTADUAIS SUJEITAS À CLÁUSULA FOB E HABITUALIDADE, 513**

MARIA RITA FERRAGUT

TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DAS EMPRESAS NACIONAIS E DESENVOLVIMENTO: NOVOS RUMOS?

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

I. INTRODUÇÃO

O atual crescimento das relações internacionais insere-se em um contexto de intensa concorrência internacional entre os países. Os Estados, de maneira semelhante aos agentes econômicos integrados a um mercado altamente competitivo, buscam de todas as maneiras atrair investimentos internacionais.

Dessa forma, um Estado não pode mais acreditar que, a partir de sua soberania, pode dispor sua legislação tão somente a partir das vontades políticas de seu Congresso Nacional, sem dispensar atenção para as contingências exigidas pela intensa competitividade do cenário internacional. O contexto globalizado apresenta crescente exigência para que o País apresente um sistema tributário que seja competitivo, coerente com os padrões internacionais.

A partir do momento em que o Brasil deixa de ser um país em desenvolvimento para tornar-se um *player* cada vez mais ativo no cenário internacional, novos desafios serão impostos ao nosso sistema tributário. Medidas tomadas por um país vizinho terão repercussão direta em nossa realidade: caso não haja contramedidas, estará comprometida a competitividade de nosso sistema. Nesse sentido, por exemplo, não há como o País tributar os não residentes, se os demais países não o tributam: caso tribute, os investimentos estarão comprometidos.

Em tal cenário, a atual disciplina, no Brasil, da tributação dos lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas de empresas brasileiras é triste exemplo de descompasso entre a legislação brasileira e os padrões internacionais – descompasso, este, que implica sérias conseqüências para a competitividade das empresas nacionais no cenário internacional.

II. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TRIBUTAÇÃO DOS LUCROS NO EXTERIOR

2.1. DA TERRITORIALIDADE À UNIVERSALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

No que concerne à tributação de não residentes, a tradição do imposto de renda brasileiro, até 1939, sempre esteve alicerçada na limitação de seu alcance a situações ocorridas no País (critério de fonte de produção). Fundamentava-se a postura legislativa brasileira no princípio da soberania, de onde decorreria a territorialidade em sentido material. Destarte, não se poderia aceitar

a incidência do imposto de renda sobre rendimentos decorrentes de atos ou contratos ocorridos no exterior, ainda que a fonte pagadora estivesse sujeita à soberania brasileira.

Não obstante, o estudo da evolução do imposto de renda no Brasil¹ revela que já há muito se adotou, no País, para as pessoas físicas, o princípio da universalidade da tributação, presentemente positivado no parágrafo 4º do artigo 3º da Lei 7.713/88.

No que se refere às pessoas residentes ou domiciliadas no exterior, estas somente passaram a ser atingidas pelo imposto brasileiro em 1968, por meio do Decreto-lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968. Naquela oportunidade, entretanto, o legislador, em vez de nomear contribuinte do imposto o beneficiário do rendimento, pretendeu transformar em fato gerador a remessa de juros, sendo contribuinte o remetente.

Nota-se, aqui, que o legislador ainda tinha pejo em considerar contribuinte do imposto brasileiro o residente ou domiciliado no exterior. Ao nomear contribuinte (não meramente responsável) o remetente dos recursos, acabou por criar um imposto sobre dispêndios, taxado de inconstitucional pela doutrina da época².

Hoje, a tributação de não residentes está regulamentada nos artigos 682 e seguintes do vigente Regulamento do Imposto de Renda. No que tange às pessoas jurídicas brasileiras, até 1995 vigiu norma afastando do alcance da tributação pátria os rendimentos produzidos fora do País (territorialidade material).

2.2. A TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS EM BASES UNIVERSAIS

Assim como em diversos outros países latino-americanos, a tributação brasileira da renda tradicionalmente adotou uma territorialidade pura. Desta forma, rendas auferidas no exterior, direta ou indiretamente, não eram tributadas no Brasil.

Uma primeira tentativa de se abolir o critério da territorialidade material 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*

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

2 Cf. Ruy Barbosa Nogueira, "Imposto de Renda e Soberania Tributária", in Ruy Barbosa Nogueira (direção e colaboração), *Direito Tributário (3ª Coletânea)*, S. Paulo, José Bushatsky, Editor, 1971, pp. 9-29.

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, "a semelhança do lucro consolidado previsto na França que, porém, só o admite a título excepcional e a requerimento do contribuinte"³.

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 material no artigo 337 do Regulamento do Imposto de Renda editado em 1994 (Decreto 1.041/94 – RIR/94).

No entanto, seguindo uma tendência mundial, em 1995 a tributação universal das pessoas jurídicas iniciou no Brasil, com a Lei nº 9.249/95, que previu, em seu artigo 25, a tributação dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior por pessoas jurídicas residentes no Brasil. Assim, no que se refere às pessoas jurídicas, o Princípio da Universalidade somente foi introduzido pela Lei nº 9.249/95.

Naquela época, 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. Uma incursão à exposição de motivos contida no Projeto de Lei levado ao Congresso Nacional, nos revela o verdadeiro intento do legislador, como se extrai da exposição de motivos que acompanhou aquela lei:

3 Cf. Alberto Xavier, *Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp. 308-309.

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

Fica 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, tão arraigado nos países latino-americanos, se deu como reação à migração e alocação do capital em países de menor tributação.

O artigo 25 da Lei nº 9.249/95 exigiu que os lucros apurados pelas controladas no exterior fossem adicionados ao lucro da controladora brasileira, nos balanços levantados em 31 de dezembro de cada ano. Ou seja: a tributação dos lucros apurados pelas controladas no exterior ocorreria independentemente de sua distribuição à controladora brasileira. Tal dispositivo determinou, desta forma, a disponibilização automática dos lucros apurados pelas subsidiárias no exterior à investidora brasileira.

Na época de sua edição, a legalidade do artigo 25 da Lei nº 9.249/95 foi bastante questionada, já que este mandava tributar valores sobre os quais a controladora brasileira não tinha disponibilidade, em desrespeito ao conceito de renda previsto no artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Em função dos referidos questionamentos, foi editada a Instrução Normativa SRF nº 38/96, cujo artigo 2º dispôs que os lucros auferidos no exterior, por intermédio de filiais, sucursais ou subsidiárias, deveriam ser adicionados ao lucro líquido da empresa brasileira, para fins de determinação do lucro real correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido disponibilizados.

Portanto, pela Instrução Normativa SRF nº 38/96, os lucros apurados por controladas no exterior passaram a ser tributados somente após sua efetiva disponibilização para a controladora brasileira.

É comum que se diga que a Instrução Normativa SRF nº 38/96 alterou o momento da tributação no Brasil dos lucros das coligadas e controladas no exterior, que teria passado de 31 de dezembro de cada exercício de apuração para 31 de dezembro do ano-calendário em que foram disponibilizados.

No entanto, tal veículo não era instrumento adequado para alterar a Lei nº 9.249/95, já que instrução normativa pode no máximo interpretar o texto da lei ordinária, e nunca alterá-lo, principalmente no que tange à matéria de incidência tributária.

O vocábulo “alterar” comumente utilizado tem a sua razão: tão dissonante era a pretensa interpretação da Instrução Normativa SRF nº 38/96 em relação ao artigo 25 da Lei nº 9.249/95 que só se poderia entendê-lo como alteração. Modificando-se o aspecto temporal da regra-matriz de incidência tributária, a instrução normativa previa a tributação sobre hipótese diversa daquela prevista pela lei. Com efeito, enquanto esta se referia a um lucro apurado em um balanço, a instrução normativa descrevia outra situação: um lucro disponibilizado. Todavia, uma vez que a instrução normativa não poderia ir – como foi – além do texto da lei, tem-se que a Instrução Normativa SRF nº 38/96 carecia de base legal.

A então Secretaria da Receita Federal, percebendo o exagero da Lei nº 9.249/95 em tributar automaticamente os lucros das subsidiárias no exercício em que foram auferidos (sem qualquer necessidade de sua distribuição), tentou corrigir tal situação por meio de instrução normativa. Louvável o fim e o esforço para concretizá-lo; totalmente inadequado, todavia, o meio.

A tributação dos lucros independentemente de sua disponibilização somente foi alterada com a introdução da Lei nº 9.532/97, esta sim o meio adequado para realizar a mudança pretendida pela Instrução Normativa SRF nº 38/96.

Com efeito, o artigo 1º da Lei nº 9.532/97 determinou que somente deveriam ser adicionados ao lucro líquido da investidora brasileira os lucros que tiverem sido efetivamente disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil. Esse dispositivo conferiu à Instrução Normativa SRF nº 38/96 o embasamento legal de que carecia.

Concluindo a análise da evolução legislativa, deve-se mencionar que posteriormente à edição da nº 9.532/97, a Lei Complementar nº 104/01 inseriu o parágrafo 2º no artigo 43 do Código Tributário Nacional. Lê-se, no dispositivo:

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

Nesse contexto, foi editada, em 24 de agosto de 2001, a Medida Provisória nº 2.158-35. O artigo 74 da referida norma revigorou o quanto disposto no artigo 25 da Lei nº 9.249/95, determinando que os lucros apurados

pelas controladas e coligadas no exterior consideram-se disponibilizados na data do balanço de sua apuração, devendo ser adicionados ao lucro líquido da controladora brasileira no dia 31 de dezembro do exercício em que tiverem sido apurados.

O parágrafo único do artigo 74, por sua vez, estabeleceu que os lucros apurados por controladas e coligadas no exterior até 31 de dezembro de 2001 seriam considerados disponibilizados para a controladora brasileira em 31 de dezembro de 2002, a não ser que tais lucros tivessem sido efetivamente disponibilizados, antes desta data, de acordo com a legislação em vigor.

III. O ARTIGO 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158-35/01

Já tive a oportunidade de examinar o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 do ponto de vista de sua contrariedade ao Código Tributário Nacional⁴. Em tal ocasião, sustentei que a alteração promovida no artigo 43 do referido texto não implicou a possibilidade de o legislador tributar lucros ainda não disponibilizados; a liberdade do legislador federal cinge-se, a meu ver, à determinação do exato momento e das condições em que se consideram disponibilizados os lucros no exterior. Ou seja: não pode o legislador declarar disponibilizados lucros que não o foram; apenas lhe cabe apresentar critérios seguros para que se constate esta disponibilização. O mesmo entendimento tem sido adotado pelos diversos autores que se debruçaram sobre a matéria⁵. Ademais, a constitucionalidade do dispositivo em caso encontra-se sob apreciação do Supremo Tribunal Federal⁶.

4 Cf. Luís Eduardo Schoueri, "Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior". In: *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, volume 7, Dialética, São Paulo, 2003, pp. 303-330. Já apresentara entendimento semelhante quando da vigência da Lei nº 9.249/95, conforme expresso em parecer que proferi à época: "Acordos de Bitributação e Lei Interna - Efeitos da Lei nº 9.249/95", *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 17, 1997, pp. 91-127.

5 Cf. Ricardo Mariz de Oliveira, "O conceito de renda: inovação do art. 43 do CTN pela lei complementar nº 104 (a questão da disponibilidade sobre lucros de coligadas e controladas no exterior)", *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 73, 2001, pp. 105-115"; do mesmo autor, "Lucros de coligadas e controladas no exterior e aspectos de elisão e evasão fiscal no direito brasileiro e no internacional", *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 102, 2004, pp. 95-122; João Francisco Bianco, *Transparência fiscal internacional*, São Paulo, Dialética, 2007; Sacha Calmon Navarro Coêlho, "Tributação pelo IRPJ e pela CSLL de lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior - inconstitucionalidade do art. 74 da medida provisória nº 2158-35/01", *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 130, 2006, pp. 135-149.

6 ADIn nº 2.588-1. A Ministra Ellen Gracie julgou a ação parcialmente improcedente; o Ministro Nelson Jobim votou pela improcedência da ação, no que foi seguido pelo Ministro Eros Grau. Já o Ministro Marco Aurélio entendeu ser inconstitucional o dispositivo, sendo acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, que adiantou seu voto, e Ricardo Lewandowski. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Carlos Britto.

Propus, em trabalho anterior⁷, que num único caso a disponibilidade poderia ser reconhecida, independentemente de qualquer deliberação nos órgãos da companhia. Trata-se do caso de investimentos em certos países de legislação tributária favorecida e normas societárias flexíveis (os chamados “paraísos fiscais”), que oferecem ao investidor imediata disponibilidade sobre os valores nominalmente pertencentes às empresas *off-shore*. Nesses casos, é senso comum que basta ao investidor um telefonema, ou um fax, para que os recursos da empresa sejam depositados na conta-bancária que indicar. Via de regra, somente mais tarde, i.e., depois da disponibilização dos recursos, far-se-ão, se assim o investidor quiser, documentos societários para formalizar a disponibilização já ocorrida. Em tais casos, é evidente que não há como se negar a disponibilidade imediata dos recursos.

Mas aí é que está a questão: o legislador não diferenciou entre os casos dos paraísos fiscais, acima apontados, e os investimentos ativos.

Cumpra, assim, no presente artigo, analisar o dispositivo a partir de sua finalidade, i.e., compreendê-lo à luz do controle de planejamentos fiscais internacionais, notadamente em comparação com a legislação de *Controlled Foreign Corporations* (CFCs) adotada por sistemas estrangeiros.

III.1 O ARTIGO 74 DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158-35/01 E AS *CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS*

Não é difícil determinar o objetivo pretendido pelo artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, que, como referido, já estava presente desde a edição da Lei nº 9.249/95: pretendeu o legislador obstar a alocação dos lucros de residentes brasileiros em países de diminuta carga tributária, destacadamente, os paraísos fiscais, bem como impedir a prática do *deferral* (diferimento da tributação) desses lucros sob o escudo de jurisdição estrangeira.

O texto pode ser apontado, pois, como mais uma tentativa da legislação brasileira de adequar-se a uma tendência mundial (verificada marcadamente nos países europeus e nos Estados Unidos), que institui o regime de transparência fiscal com o fim de inibir a evasão fiscal praticada por meio de sociedades constituídas em países de baixa tributação, cujos sócios são residentes de Estados de tributação normal, as denominadas *Controlled Foreign Corporations* (CFCs).

Comumente, as CFCs são utilizadas como base para investimentos no exterior. Daí a referência a “sociedades-base” (*base companies, Basisgesellschaften*).

Conforme relata Bellsted, a expressão foi empregada pela primeira vez por Gibbons e compreende a constituição de empresas constituídas num ambiente tributário especialmente favorável (*base country*) a fim de realizarem, a partir daí, negócios com parceiros em terceiros países⁸. Os lucros “auferidos” pela sociedade-base ficam afastados da tributação no Estado da residência de seu sócio, enquanto não distribuídos. Neste sentido, o sócio renuncia, temporariamente, à distribuição de lucros, reinvestindo-os. Ainda que mais tarde os lucros venham a ser distribuídos, pode o sócio beneficiar-se do chamado efeito cumulativo (*Kumulationseffekt*): enquanto numa tributação imediata, os valores a serem reinvestidos seriam reduzidos pela tributação no Estado do acionista, o empresário que se vale de uma sociedade-base pode reinvestir praticamente todo o seu lucro, sem qualquer dedução por conta da tributação⁹.

Implica o fenômeno da transparência, na seara fiscal, a imputação automática (independente de distribuição), dos lucros gerados por sociedade não residente aos seus sócios submetendo à tributação o lucro que tem sua fonte no exterior, como se houvessem sido produzidos internamente. Na observação de Heleno Tôrres: “como se vê, isso se dá por recurso a uma *fictio iuris*, segundo a qual, para efeitos tributários, considera-se que o sujeito interposto efetua uma automática e direta distribuição de lucros ao sujeito residente na data do balanço na qual os lucros são apurados”¹⁰.

Via de regra, no direito comparado, constata-se que o objeto de preceitos dessa natureza, essencialmente, não é a renda que deriva da atividade produtiva, mas sim a renda passiva (tais como juros e dividendos), não relacionada à iniciativa produtiva econômica e que, por meio da interposição de sociedade em país de baixa tributação, acaba tendo sua tributação diferida¹¹.

Assim, identificando-se a sociedade não residente como uma CFC, mediante a aplicação de critérios estabelecidos na lei (adiante comentados),

8 Cf. Christoph Bellsted, *Die Besteuerung International Verflochtener Gesellschaften*, 3ª ed. Colônia, Otto Schmidt, 1973, p. 312.

9 Cf. Hans-Jochem v. Beckerath, *Der Durchgriff im Deutschen Aussensteuerrecht*, Berlim, Duncker & Humblot, 1978, p. 244.

10 Cf. Heleno Tôrres, *Pluritributação internacional sobre as rendas das empresas*, 2ª ed. São Paulo, RT, 2011, p. 207.

11 “Two different approaches may be discerned. Some countries – France, Germany, and the United Kingdom – provide a series of exemptions for controlled foreign corporations; if none of the exemptions are applicable, all of the income of the controlled foreign corporation is attributed to its domestic shareholders. The other countries follow what is often referred to as a ‘tainted’ income approach, whereby only certain types of income are subject to attribution.” Cf. Brian J. Arnold, *The taxation of controlled foreign corporations: an international comparison*, in *Canadian Tax Paper*, nº 78, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1986.

atribui-se a ela a condição de “sociedade transparente” com o propósito de submeter à tributação, na pessoa do sócio, controladora ou coligada, o lucro por ela obtido no exterior.

Decorre daí que, mesmo sendo o lucro mantido na sociedade não residente (em tesouraria, por exemplo) sem a distribuição aos sócios, ocorrerá na pessoa destes, em seu país de residência, a tributação dos lucros da sociedade. No caso mais específico, imputam-se os lucros das controladas estrangeiras às sociedades controladoras, como sucede pelo Art. 74 da MP 2158-39.

Não obstante o intento de perfilhar-se à essa legislação anti-evasão, deixou-se de atentar, ao contrário do que aconteceu na Europa e nos Estados Unidos, para o fato de nem sempre estar a sociedade controlada ou coligada em país da baixa tributação, tampouco ser o seu objetivo precípua a economia de impostos. Desconsiderou, assim, a possibilidade de a controlada ou coligada no exterior estar servindo a propósitos outros como, por exemplo, a atuação no segmento internacional do mercado.

Somente por este aspecto, já se revela inadequada a medida contida no artigo 74 em discussão que, a pretexto de combater a sonegação fiscal, acabou por solapar as regras de repartição de competência estabelecidas mundialmente. Afinal, o alvo de medidas dessa natureza, presentes em praticamente todos os modernos ordenamentos jurídicos, são as sociedades constituídas em países de baixa tributação ou paraísos fiscais e controladas por residentes de país de carga tributária mais expressiva, as denominadas CFCs.

III.2 A LEGISLAÇÃO DE CFCs NO DIREITO COMPARADO

Existe uma evidente coincidência entre o disposto no artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35 e o modelo encontrado em diversas legislações, que visa a combater a evasão fiscal praticada por meio das CFCs. Ambos buscam inibir a evasão fiscal praticada em âmbito internacional, mediante recurso idêntico, qual seja, regime de transparência (da sociedade) com imputação do lucro diretamente na pessoa do sócio.

Há um empenho mundial no sentido de inibir o diferimento (*deferral*) da tributação dos lucros mediante o emprego de mecanismos que impedem a alocação de lucros em países de baixa tributação. Mecanismos dessa natureza estão presentes destacadamente na legislação relativa às *Controlled Foreign Corporations* e na legislação dos Preços de Transferência.

Datam de 1962, nos Estados Unidos (US Subpart F), as medidas tendentes a combater a evasão fiscal em patamares internacionais por meio das CFCs, quando então buscou-se limitar o *tax deferral* de algumas entidades não resi-

dentes calculando seus lucros diretamente na pessoa dos sócios e compelindo-os a incluir os lucros dessas entidades na sua base tributável, tivessem ou não sido distribuídos¹². Posteriormente, medidas semelhantes vieram a ser adotadas pela grande maioria dos países integrantes da OCDE, preocupados pelo fato da alta carga tributária de seus países estar ocasionando o fenômeno da migração de capital, alocação de lucro e *deferral*, sob o resguardo de jurisdição estrangeira.

Nesse sentido, foi desenvolvida uma legislação que, à semelhança da figura da desconsideração da pessoa jurídica (embora com ela não se confunda), qualifica as sociedades em “sociedades transparentes” e “sociedades não transparentes”, submetendo-as a regimes fiscais diversos. A caracterização de uma sociedade em transparente ou não transparente pode se dar em virtude da sua natureza societária, como sucede no caso das *partnerships* ou das filiais, ou ainda, para o caso das controladas ou coligadas, como medida visando o combate à evasão fiscal¹³.

Em consonância com a legislação que busca coibir a utilização das CFCs como instrumento evasivo classificando-as como “sociedades transparentes”, imputam-se ao sócio ou proprietário da entidade não residente, para fins tributários, os lucros da sociedade como se essa não existisse, como se fosse “transparente” ou uma *pass-through entity*.

Portanto, da qualificação de uma empresa como “transparente” ou “não transparente”, decorrerá tratamento tributário distinto. Ao ser reconhecida como não-transparente, confirma-se a distinção entre a figura da sociedade e a do sócio, impondo-se a cada um, destacadamente, a respectiva tributação. Na hipótese contrária, sociedade transparente, desconsidera-se para fins fiscais a existência da sociedade como pessoa distinta da do sócio, para imputar a esse último os lucros auferidos pela primeira. Daí porque se disse guardar essa situação certa semelhança com a figura da “desconsideração da pessoa jurídica”, embora com ela não se confunda, pois naquela a fundamentação e os efeitos são meramente tributários.

Considerando-se o caráter excepcional do fenômeno sob análise (transparência) bem como dos seus efeitos, torna-se imperioso o estudo detido dos

12 Cf. Martin Greif, *Auslandsaktivitäten Inländischer Unternehmen*, in *Steuerrecht International Tätiger Unternehmen*, Jörg Manfred Mössner (org.), Colônia, Otto Schmidt, pp. 412-570 (530).

13 No original: *The tax system, which is affected, reacts by means of simulation concurrence in fraud legis. To sham conduit company entity conceals the illicit deferral of payment of tax in the residence state of the principal shareholder, so as to avoid the application of a higher tax that he is meant to pay.* (Rosembuy, Tulio. In *Controlled Foreign Corporations – Critical Aspects*. Intertax, volume 26, issue II, Kluwer Law International, 1998, pp. 341).

contornos de uma CFC, ou seja, dos requisitos necessários para que uma sociedade possa assim ser considerada, de forma a legitimar a imposição tributária diretamente na pessoa do sócio, controlador ou coligado.

Kees van Raad¹⁴, analisando a legislação de diversos países, identifica dois tratamentos distintos dispensados à matéria. Alguns países preveem na sua legislação tributária um rol exaustivo de situações onde entidades organizadas, sob a lei nacional, estão sujeitas à tributação *in their own capacity*. Esse procedimento é definido como “definição específica de entidades tributáveis” (*specific definition of taxable entities*) e, dada a dificuldade (quando não a impossibilidade) de se prever em todas as hipóteses possíveis de entidades organizadas sob a lei estrangeira que como tais são submetidas ao seu imposto de renda, acaba-se tornando inviável.

Outra forma, adotada pela grande maioria dos países que dispõem de legislação de combate às CFCs, fornece a mera indicação das características gerais das entidades que como tais são submetidas ao imposto de renda da pessoa jurídica (*corporate income tax*). Assim, na Argentina e na Áustria, por exemplo, as leis tributárias citam entidades específicas constituídas sob a sua lei nacional e que são consideradas como entidades não transparentes. As entidades constituídas sob legislação estrangeira, somente serão consideradas não transparentes se os seus atributos legais e sua posição sob a lei geral desse país estrangeiro, forem semelhantes aos das entidades não transparentes mencionadas pela lei argentina e austríaca, respectivamente¹⁵.

Com relação ao seu objetivo, pode-se identificar uma CFC, pelo intento de manter em outro país, protegido da tributação no país da residência, os lucros que, de outro modo, somente seriam tributados quando da sua efetiva distribuição.

Como regra geral, são tomados em consideração os seguintes critérios para equiparar uma sociedade à uma CFC para então submetê-la ao regime de transparência fiscal:

- ser constituída em país diverso da do sócio;
- estar submetida a uma carga tributária inferior ao do país da residência do controlador;
- reter parte ou a totalidade dos dividendos;
- objetivo evidente de economizar imposto.

14 Cf. Kees Van Raad, Recognition of foreign enterprises as taxable entities, Cahiers de Droit Fiscal International, General Report, Amsterdam, 1988.

15 Cf. Kees Van Raad, op. cit. (nota 13), p. 71.

Não se pode ignorar que as implicações do fenômeno da transparência destoam das regras gerais de tributação, exigindo uma análise casuística com o fim de apurar se, realmente, uma determinada entidade pode vir a ser considerada uma CFC e, conseqüentemente, aplicar-lhe o tratamento de sociedade transparente. Os quatro critérios mencionados no parágrafo anterior permitem uma análise prévia mas não satisfatória da situação.

Oportuno citar aqui o caso do Reino Unido, cuja legislação dispensa tratamento minucioso à matéria. Nesse país, são estabelecidas legalmente uma série de condições e exames prévios para que uma entidade possa ser considerada uma CFC¹⁶. Tem-se, assim:

- (i) *Excluded Country List* – o *Statutory Instrument* 1998/3081 arrola uma série de países excluídos da legislação de combate às CFCs. Vale lembrar que, muitas vezes (embora não sempre), as CFCs são constituídas em paraísos fiscais. Tendo sido a entidade constituída em um dos países arrolados na lista do *Statutory Instrument* 1998/3081, não há que se falar em CFC;
- (ii) *Motiv Test* – caso a empresa esteja situada em um país de menor tributação do que o Reino Unido, terá o contribuinte a prerrogativa de demonstrar, que a redução do imposto que seria cobrado na Inglaterra foi mínima e de não ter sido essa a principal razão para constituir a sociedade nesse outro país. Assim, por exemplo, poderá provar que seu intento era o de atuar no mercado internacional por intermédio de uma nova sociedade. Trata-se, indubitavelmente, de um critério subjetivo: a aferição do verdadeiro intento do contribuinte, teria sido ou não a economia tributária. Na prática, no Reino Unido, entende-se que: se houve redução do imposto que deveria ser pago no Reino Unido, é normal que se presuma que essa redução foi desejada. Se a redução foi substancial, pode-se concluir que esse foi um dos principais objetivos visados pelo contribuinte.
- (iii) *Exempt Activities Test* – segundo esse parâmetro, perquire-se sobre o número de pessoas empregadas que, nos termos da lei britânica, deverá ser adequado para lidar com o volume de negócios atribuídos à entidade não residente.

- (iv) *Acceptable Distributions Test* – a entidade deve, segundo esse critério, proceder a uma distribuição aceitável dos seus lucros. No caso do Reino Unido, 90% do lucro deverá ser distribuído para acionistas residentes no Reino Unido.

A legalidade da legislação britânica de CFCs no âmbito do direito comunitário europeu foi analisada pela Corte Europeia de Justiça no caso Cadbury Schweppes¹⁷. Entendeu-se, na ocasião, que a restrição à liberdade de estabelecimento na União Europeia imposta pela legislação do Reino Unido é justificada desde que destinada a casos em que se constate “arranjos integralmente artificiais” (*wholly artificial arrangements*). Para a Corte, caberia ao tribunal inglês avaliar se o *motive test* é adequado a permitir a aplicação das regras de CFCs apenas às circunstâncias de *wholly artificial arrangements* – se o estabelecimento e atividade econômica da controlada são genuínos, não é aceitável a restrição à liberdade de estabelecimento para a prevenção de abusos¹⁸.

Em análise comparando seis países (Canadá, França, Alemanha, Japão, Reino Unido e Estados Unidos), Arnold arrola as seguintes hipóteses que excluem a aplicação da legislação CFC¹⁹:

- empresas atuando principal ou exclusivamente em atividades empresariais genuínas;
- empresas que distribuem um certo percentual de sua renda;
- empresas cujas ações são negociadas em bolsa ou no mercado;
- empresas que não são usadas com o propósito de evitar ou reduzir a tributação (*motive test*); e
- empresas cuja renda não exceda um determinado montante (*de minimis*).

Demonstra-se, assim, haver unanimidade quanto à *excepcionalidade* do regime de transparência fiscal nos sistemas jurídicos estrangeiros. A regra, no direito comparado, é o respeito à personalidade jurídica e a tributação apenas quando da efetiva disponibilização; a transparência apenas aplica-se a situações excepcionais.

A mesma conclusão se extrai, aliás, a partir da resenha no direito comparado feita no voto do Ministro Nelson Jobim na ADIn nº 2.588-1, onde o Ministro examinou os casos de:

17 Caso C-196/04, [2006] ECR I-7995.

18 Cf. Ben Terra e Peter Wattel, *European tax law*, 5ª ed. Holanda, Kluwer Law International, 2008, p. 360.

19 Cf. Arnold J. Brian, *The taxation of Controlled Foreign Corporations: an international comparison*, in *Canadian Tax Paper*, nº 78, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1986.

1. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA (2.1), onde encontrou a chamada Legislação de Controle de Sociedades Estrangeiras (*Controlled Foreign Corporations – CFC Legislation*), assim descrevendo-as, com base em Xavier:

As FOREIGN PERSONAL HOLDING COMPANIES, ou seja, sociedades constituídas no exterior cuja renda seja integrada, ao menos em 90%, por 'renda passiva' – juros, aluguéis, royalties – e em que mais de 50% das ações sejam possuídas, direta ou indirectamente, por cinco pessoas físicas sujeitas o imposto de renda norte-americano; e

As CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS, sociedades cujas receitas sejam constituídas por lucros de comercialização ou de serviços e em que mais de 50% das ações pertençam a cidadãos norte-americanos, possuindo cada um pelo menos 10% do direito a voto²⁰

2. PORTUGAL (2.2), onde se encontrou o artigo 57-B do Decreto-Lei 37, de 14.02.1995, que versa sobre o tema nos seguintes termos:

Art. 57-B (Imputação de lucros de sociedades residentes em países com regime fiscal privilegiado)

1 – São imputados aos sócios residentes em território português, na proporção de sua participação social e independentemente de distribuição, os lucros obtidos por sociedades residentes fora desse território e aí submetidos a um regime fiscal claramente mais favorável, desde que o sócio detenha, directa ou indirectamente, uma participação social de, pelo menos, 25%, ou, no caso de a sociedade não residente ser detida, directa ou indirectamente, em mais de 50%, por sócios residentes, uma participação social de, pelo menos, 10%.

3. ESPANHA (2.3), que adotou o regime de combate à concorrência dos "paraísos fiscais" com base no instituto da 'transparência fiscal internacional' (L. 43, de 27.12.1995 – L. do Imposto sobre Sociedades.

4. FRANÇA (2.4), que assim inseriu o artigo 209-B do Code General des Impôts:

20 Há, todavia, previsões na legislação norte-americana que restringem a aplicação da legislação CFC. Assim, há a chamada isenção *de minimis*, que prevê que o regime anti-abuso não deve ser aplicado caso a sociedade estrangeira esteja sujeita a uma tributação sobre a renda equivalente a pelo menos 90% da que incidiria nos Estados Unidos. Ademais, se menos de 5% do total das receitas da sociedade estrangeira corresponder à categoria companhia-base, ou se a receita total da sociedade for inferior a um milhão de dólares norte-americanos, a nenhum rendimento serão aplicadas as regras CFC. Menção a essas e outras restrições da aplicação do regime CFC previstas na legislação norte-americana encontra-se em Taísa Oliveira Maciel, *Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

I. Quando uma empresa responsável pelo imposto de sociedades detém direta ou indiretamente 25% pelo menos de ações ou participações de empresa domiciliada em país estrangeiro ou em território localizado fora da França, do qual o sistema tributário seja privilegiado no sentido mencionado no art. 238 A, essa empresa fica obrigada ao imposto de sociedades sobre os lucros resultantes da empresa estrangeira, na proporção dos direitos sociais que detém naquela.

5. ALEMANHA (2.5), onde se encontra a Lei de Tributação no Exterior, de 08.09.1972, cujo parágrafo 14 dispõe:

Se uma sociedade estrangeira é, sozinha ou junto com um contribuinte irrestrito de acordo com o § 7º, uma sociedade estrangeira (*Untergesellschaft*.) controlada (“*participada*”), então, para a aplicação dos §§ 7º até 12, a renda da *Untergesellschaft*, que seria submetida a baixa tributação e distribuída de acordo com a participação nominal da *Untergesellschaft*, é adicionada, desde que não se prove que essa renda da *Untergesellschaft* está fora das atividades indicadas no § 8º, inciso I até 7, ou advenham de produtos obtidos pela própria empresa ou se trata de renda no sentido do § 8, inciso 8 e 9, ou ainda que essa renda de atividades venha daquelas atividades próprias da empresa estrangeira previstas no § 8, inciso 1, número 1 a 6.

Em primorosa pesquisa sobre o tema, Taísa Oliveira Maciel apresenta um quadro sobre o mesmo assunto²¹, de onde se extrai que, via de regra, os Estados europeus instituíram suas regras CFC principalmente nas décadas de 1960 a 1980, enquanto grande parte dos países latino-americanos somente instituiu sua legislação CFC muito recentemente, como é o caso da Venezuela (2002), da Argentina (2000) e do Brasil. Constata-se que há divergência quanto ao tipo de renda abrangido pelas diferentes legislações CFC. Assim, os Estados Unidos, por exemplo, aplicam suas regras sobre rendas passivas e do tipo companhia-base, enquanto a Alemanha e o México as aplicam sobre rendas passivas e países como a França, o Reino Unido e a Nova Zelândia que a princípio parecem submeter todo o tipo de renda à legislação CFC, acabam por restringi-la aos casos em que se encontram presentes os pré-requisitos de sua aplicação. A França, por exemplo, afasta o regime quando a empresa tiver como atividade principal a industrial ou comercial no mercado local. Vale observar, ainda, que muitos países apresentam “testes” que afastarão o regime de transparência fiscal, ou prevêm isenções, como por exemplo as isenções *de*

minimis e de motivação, restringindo o âmbito de aplicação de sua legislação CFC, sendo regra a concessão de créditos para impostos pagos no exterior. Ademais, costuma-se conceder algum tipo de compensação, (*carry back* ou *carry forward*) dos prejuízos fiscais da sociedade controlada.

A novidade brasileira – e nesse ponto o único país de que tenho notícia de ter chegado perto é a Nova Zelândia – foi estender a transparência fiscal a todo e qualquer investimento, relevante ou não, produtivo ou não, em paraísos fiscais ou não.

Assim resume Heleno Tôrres os “testes” encontrados no direito comparado para definir a aplicabilidade das regras CFC:

O primeiro é o da confrontação das alíquotas vigentes em ambos os ordenamentos, de tal sorte que a alíquota do país de localização da CFC não seja inferior a uma dada proporção em relação àquela do país de residência do controlador (90%, 75%, etc.). O teste do escopo social serve para verificar se a sociedade exerce um fim comercial legítimo (*business purpose*) ou presta-se apenas como meio de economia de tributos. O terceiro teste é o da cotação em bolsa, para excluir a aplicação das medidas. O teste mais freqüente é o da “distribuição aceitável”, satisfeito quando um percentual preestabelecido de rendimento disponível para distribuição é recebido dentro de um prazo razoável (18 meses, em média). Um outro teste é o da data contábil, à qual as autoridades atribuem um vínculo de participação pelo período de tempo que o sujeito manteve-se vinculado à sociedade. E, por fim, o teste de *minimis*, que não é mais do que um teto mínimo aceitável de distribuições em face do volume de investimentos e dentro de um dado período de tempo.²²

Comparando-se o modelo existente noutros países com o que prevê o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, constata-se que, ao pretender tributar o lucro das coligadas e controladas no exterior, deveria o dispositivo ter estabelecido critérios de discriminação, de tal forma que referida determinação incidisse apenas sobre as empresas constituídas com o exclusivo objetivo de escapar à tributação.

Tal o entendimento de Eivany Antonio da Silva²³:

A fim de serem plenamente atingidos os objetivos da tributação pelo princípio da universalidade da renda, o Governo deveria propor altera-

22 Cf. Heleno Tôrres, *Direito tributário internacional. Planejamento tributário e operações transnacionais*, São Paulo, RT, 2001, pp. 127-128.

23 Cf. Eivany Antonio da Silva, *Imposto sobre a Renda: Teoria e Prática*. In: *Justiça Tributária*, 1999, p. 114.

ção no CTN, via Lei Complementar, alargando, para alcançar o caso das chamadas “empresas de papel”, o conceito de fato gerador. É mais, a fim de agir com justiça e sem ferir norma constitucional, seguir o que fazem países mais experientes na aplicação do princípio da universalidade da renda, ou seja, submeter, à incidência do imposto de renda, na matriz, já no momento de sua apuração, os resultados das filiais, sucursais, controladas ou coligadas, que exerçam atividades não operacionais (“off shore”) e, somente no momento de sua distribuição, ou disponibilização, os resultados daquelas dependências, quando elas forem operacionais e não meras “empresas de papel”.

III.3 CONSEQUÊNCIAS CONCORRENCIAIS DO REGIME ADOTADO PELO BRASIL

Conforme já apontado, ao contrário das legislações estrangeiras, o legislador brasileiro não diferenciou entre os casos dos paraísos fiscais e os investimentos ativos.

Poder-se-ia argumentar que tal diferenciação não seria necessária, já que, se o investimento não for feito em paraíso fiscal, a subsidiária no exterior pagará imposto no país onde estiver situada, compensando tal imposto com o devido no Brasil, sem sofrer, daí, qualquer prejuízo.

Não é esta, entretanto, a realidade, tendo em vista que cada país tem critérios próprios para a apuração da base de cálculo do imposto. Do mesmo modo, a atual alíquota aplicável às pessoas jurídicas (34%, considerando o imposto de renda, seu adicional e a contribuição social) ultrapassa a alíquota de diversos países, nomeadamente aquelas aplicadas em países com nível de desenvolvimento equivalente ao brasileiro. O caso do Chile é gritante, já que naquele país, as pessoas jurídicas são tributadas à alíquota de 17%.

Assim, se uma empresa brasileira decidir efetuar um investimento produtivo no Chile, pagará, localmente, o imposto à alíquota acima apontada. Até este ponto, não estará em situação diferente de todas as demais empresas que ali investirem, dando-se, pois, igualdade de concorrência.

Entretanto, a teor do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158/35, adicionalmente ao imposto local, a investidora brasileira complementarará o imposto, até alcançar o nível de 34%, independentemente de qualquer distribuição.

Ou seja: enquanto o investidor local pagará imposto apenas à alíquota de 17%, o investidor brasileiro pagará imposto brasileiro. Mais ainda: considerando-se que a legislação brasileira é o único exemplo no mundo, ao lado da Nova Zelândia, onde se tem tal tributação, o investidor brasileiro será colocado em desvantagem concorrencial em relação a investidores de terceiros países,

se uns e outros decidirem reter os lucros localmente. Por exemplo, se um investidor norte-americano decidir reinvestir os lucros auferidos, não estará sujeito ao imposto norte-americano, até que ocorra a distribuição; já o investidor brasileiro terá tal ônus.

III.4 A QUESTÃO DA PROPORCIONALIDADE

Vem à mente, neste ponto, a análise da legislação brasileira a partir da perspectiva da proporcionalidade. O estudo do tema sob a ótica da proporcionalidade foi inclusive defendido pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto na ADIn nº 2.588-1, ao defender que a abrangência da norma é tamanha que acaba por resultar em ofensa ao princípio da proporcionalidade.

A questão jurídica que se põe, agora, é se o princípio da proporcionalidade admite regra tão abrangente quanto a brasileira, tendo em vista que o objetivo de conter a evasão fiscal poderia ser igualmente atendido por meio de uma legislação que seguisse os padrões internacionais. Torna-se relevante, para tanto, compreender a extensão do princípio da proporcionalidade no Direito Tributário brasileiro. Não é esta, entretanto, a ocasião para um estudo mais aprofundado sobre o tema²⁴.

No que interessa para o presente caso, o princípio da proporcionalidade impõe considerações sobre necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Dado ser aceitável a necessidade de que se adotassem medidas para impedir que contribuintes mantivessem, indefinidamente, seus recursos no exterior, livres da tributação brasileira, passa por este critério qualquer medida que se enquadre no regime de transparência fiscal. Mais ainda, a transparência fiscal é uma medida adequada para impedir tal diferimento *sine die* da tributação dos lucros brasileiros.

O problema que surge, entretanto, é quando se tem em conta a proporcionalidade em sentido estrito: tendo em vista ser possível – à luz dos vários exemplos do direito comparado – adotar medidas que alcancem exclusivamente os casos de tributação diferida em paraísos fiscais, evidencia-se a desproporcionalidade da medida que, juntamente com os casos de diferimento em paraísos fiscais, acaba por tributar igualmente os lucros de empreendimentos produtivos no exterior.

24 Cf. Ricardo Krakowiak, *Capacidade contributiva: trabalho semestral de pesquisa: princípios da tributação*, 1997; Helenilson da Cunha Pontes, "Direito tributário sancionador e princípio da proporcionalidade", *Revista de Direito Tributário da APET*, volume 2, 2005, pp. 65 ss., Ricardo Aziz Cretton, *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário: dissertação*, 2000; Ricardo Lobo Torres, *Tratado de Direito Constitucional Tributário – volume II – Valores e Princípios Constitucionais Tributários*; Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Noutras palavras: havendo medida igualmente adequada para atingir a finalidade almejada, nada justifica se adote medida que, conquanto atingindo tal finalidade, tenha uma atuação ainda mais abrangente, atingindo liberdades que não precisariam ser atingidas numa medida igualmente eficaz.

No caso concreto, vê-se que o regime de transparência fiscal desconsidera a personalidade jurídica das empresas localizadas no exterior. Ademais, atinge a liberdade de organização dos empreendedores. Tais liberdades, quando postas em confronto com a proteção ao erário, acabam, no caso, cedendo espaço para a aplicação da transparência fiscal. Ou seja: para se evitar que os contribuintes, valendo-se de artifícios típicos de investimentos em paraísos fiscais, aloquem seus recursos por tempo indefinido naqueles países, o ordenamento convive com a desconsideração da pessoa jurídica e a tributação automática de lucros, mesmo que não distribuídos.

Mas a pergunta, quando se tem em conta a proporcionalidade, toma outro viés: considerando que toda medida de transparência fiscal afeta a liberdade de negócios do contribuinte, haverá fundamento para uma ampla transparência fiscal, quando um regime mais restrito, aplicável apenas a países de tributação favorecida, atingiria igual objetivo?

A resposta imediata é pela negativa, ou seja: não atende o princípio da proporcionalidade a regra do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, tendo em vista que a norma atinge, juntamente com os casos de diferimento de tributação por meio de paraísos fiscais, outros investimentos, estes produtivos e em países com tributação normal²⁵.

Se a prática observada no Direito Comparado mostra ser plenamente viável a extensão do regime de transparência fiscal exclusivamente aos casos de paraísos fiscais, revela-se inconstitucional, por desproporcionalidade, a medida brasileira.

IV. CONCLUSÃO

A norma do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35, diferentemente de suas congêneres internacionais, tem um espectro muito amplo, atingindo situações em que o investidor brasileiro não tem qualquer disponibilidade sobre os recursos no exterior.

Ao contrário das legislações antievasão europeias e norte-americana, a norma brasileira não atentou para o fato de nem sempre estar a sociedade controla-

25 No mesmo sentido, João Francisco Bianco também analisou o artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01 à luz do princípio da proporcionalidade, concluindo pela inconstitucionalidade da norma brasileira. Cf. João Francisco Bianco, *op. cit.* (nota 5), p. 83.

da ou coligada em país de baixa tributação – desconsiderou, dessa forma, a possibilidade da empresa no exterior estar servindo a propósitos legítimos.

Tal circunstância coloca o investidor brasileiro em nítida desvantagem concorrencial em relação a investidores de terceiros países, comprometendo, assim, a competitividade de nosso sistema – característica, esta, cada vez mais exigida pelo contexto internacional globalizado.