

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O APROVEITAMENTO DO “TAX CREDIT” NO BRASIL

Fábio Piovesan Bozza
advogado em São Paulo

texto publicado na Revista Internacional de Direito Tributário nº 15 (2010)

Double taxation occurs mainly due to overlapping tax laws from two or more different tax jurisdictions. The relief most frequently available is an itemized deduction for foreign taxes paid on the taxpayer's income tax return. This article discusses the relevant issues concerning the tax credit method adopted by Brazilian legislation for avoiding or mitigating double taxation on overseas income and capital gains earned by foreign subsidiaries of Brazilian parent companies.

1. Aspectos gerais do “tax credit” contidos na legislação brasileira.

Ao introduzir a tributação em bases universais (“*worldwide income taxation*”), a Lei n. 9.249/95 submeteu os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil ao fenômeno da dupla tributação internacional da renda.

Nessa circunstância, dois ou mais Estados soberanos – o Estado de residência do beneficiário e o Estado de fonte do rendimento – podem impor a cobrança de tributos semelhantes (imposto de renda) sobre um mesmo substrato econômico (a renda) em idênticos períodos.

A oneração excessiva de uma mesma renda por duas ou mais jurisdições traz conseqüências indesejáveis, não apenas ao beneficiário, que suporta o ônus econômico dos tributos, mas à própria comunidade internacional, cujas relações econômicas são afetadas pelas dificuldades criadas pela dupla tributação para a movimentação de capitais e de pessoas, transferência de tecnologia e intercâmbio de bens e de serviços.

É por esse motivo que muitos Estados mobilizaram-se para combater os efeitos do concurso de pretensões impositivas, restringindo os respectivos poderes de tributação. A criação de normas para evitar ou mitigar a dupla tributação internacional da renda pode surgir tanto da ação individual do Estado, com a inserção de normas de direito interno, quanto da iniciativa conjunta dos Estados interessados, mediante a celebração de tratados internacionais.

Na essência e a par das diversas variações existentes, são dois os mecanismos para evitar ou mitigar a dupla tributação internacional: a isenção da renda (“*tax exemption*”) ou a concessão de crédito fiscal (“*tax credit*”).

Pelo método da isenção, o Estado abstém-se, total ou parcialmente, de tributar a renda, excluindo-a da base de cálculo de seus impostos. Já pelo outro mecanismo, denominado método da imputação, determinado Estado tributa a renda global do contribuinte, concedendo-lhe, entretanto, um crédito pelo imposto de renda pago no outro Estado, podendo este crédito estar ou não sujeito a limitações.

No caso brasileiro, a legislação adotou unilateralmente o método da imputação ordinária, por meio do qual o Brasil, na qualidade de Estado da residência da pessoa jurídica beneficiária, concede um “tax credit” sobre o valor do imposto de renda pago no Estado de fonte sobre os rendimentos auferidos no exterior, até o limite do montante do imposto de renda brasileiro incidente sobre os referidos rendimentos¹.

O “tax credit” é calculado sobre o valor do tributo incidente no país de origem, qualquer que seja sua denominação oficial e qualquer que seja o ente que o tenha cobrado (federação, estado, município ou qualquer outra unidade), desde que incidente sobre os lucros, rendimentos ou ganhos de capital oferecidos à tributação no Brasil.

A fonte primária dessa norma advém do art. 26 da Lei n. 9.249/95:

“Art. 26. A pessoa jurídica poderá compensar o imposto de renda incidente, no exterior, sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital computados no lucro real, até o limite do imposto de renda incidente, no Brasil, sobre os referidos lucros, rendimentos ou ganhos de capital.

Parágrafo 1º Para efeito de determinação do limite fixado no caput, o imposto incidente, no Brasil, correspondente aos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos no exterior, será proporcional ao total do imposto e adicional devidos pela pessoa jurídica no Brasil.

Parágrafo 2º Para fins de compensação, o documento relativo ao imposto de renda incidente no exterior deverá ser reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo Consulado da Embaixada Brasileira no país em que for devido o imposto.

Parágrafo 3º O imposto de renda a ser compensado será convertido em quantidade de Reais, de acordo com a taxa de câmbio, para venda, na data em que o imposto foi pago; caso a moeda em que o imposto foi pago não tiver cotação no Brasil, será ela convertida em dólares norte-americanos e, em seguida, em Reais”.

A limitação contida no dispositivo tem por escopo restringir a aplicação do “tax credit” aos rendimentos auferidos no exterior por pessoa jurídica domiciliada no Brasil, evitando que o valor do imposto de renda brasileiro incidente sobre rendimentos auferidos localmente seja afetado.

E a razão para isso é simples: a atribuição do “tax credit”, ao contrário de constituir um benefício fiscal, procura assegurar a neutralidade da tributação internacional,

¹ Em se tratando de rendimentos auferidos por pessoa física residente no Brasil, o aproveitamento do imposto pago no exterior, na forma de “tax credit”, depende da existência de tratado internacional ou da comprovação da reciprocidade de tratamento pelo país de fonte.

conferindo à renda mundial, tanto quanto possível, o mesmo tratamento dado às rendas nacionais.

Conseqüentemente, a concessão do “tax credit” não pode ir além do valor do imposto brasileiro incidente sobre a renda auferida no exterior, muito menos significar a restituição, pelo Brasil, de suposto excesso cobrado pelo Estado de fonte.

2. O “tax credit” de controlada indireta no exterior.

A legislação brasileira não veda que o “tax credit” da controladora brasileira alcance também o imposto de renda pago por suas controladas indiretas estrangeiras (ou seja, a controlada da controlada no exterior), pois atribui de modo genérico a possibilidade de compensar o imposto pago por lá sobre os lucros sujeitos ao imposto de renda daqui².

Também não especifica se o crédito é composto pelo imposto devido no país de domicílio da controlada direta, nem se se trata do imposto de renda da pessoa jurídica controlada (doravante “imposto de renda corporativo”) ou do imposto de renda devido na fonte (doravante “IRF”), especificamente sobre a distribuição de dividendos.

Neste quadro, podem ser considerados compensáveis ambos os tipos de imposto de renda (corporativo e IRF), seja o imposto devido na jurisdição da controlada direta, seja o imposto devido na jurisdição da controlada indireta.

Por seu turno, a Instrução Normativa SRF n. 213/02 (doravante “IN 213/02”), ao dispor sobre a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior por pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil, refere-se, no “caput” do art. 14³, à compensação do imposto pago no país do domicílio da controlada. Tomando-se isoladamente esse dispositivo, pode-se ter a impressão de que apenas o imposto de renda do país de domicílio da controlada direta seria compensável no Brasil, embora abrangendo tanto o imposto de renda corporativo, quanto o IRF.

Essa interpretação, no entanto, é equivocada e não se sustenta diante da interpretação sistemática dos demais dispositivos da própria IN 213/02.

Inicialmente, deve-se lembrar que a legislação citada refere-se genericamente à “controlada”, e este termo engloba tanto a controlada direta quanto a indireta, segundo a definição de pessoa jurídica controlada contida na Lei n. 6.404/76 e na legislação do imposto de renda.

² Apenas para facilitar a fluência e a compreensão do texto, deixaremos de fazer referência às “filiais”, “sucursais” e “coligadas”, reportando-nos apenas às “controladas”. De qualquer forma, a menção às “controladas” também engloba, quando for o caso, aquelas figuras, quer o vínculo societário seja direto, quer seja indireto. O mesmo se aplica às “matrizes” e “coligadas” em relação às “controladoras”.

³ **“Art. 14. O imposto de renda pago no país de domicílio da filial, sucursal, controlada ou coligada e o pago relativamente a rendimentos e ganhos de capital, poderão ser compensados com o que for devido no Brasil”.** (grifamos)

Mais enfático é o parágrafo 6º do mesmo art. 14 da IN 213/02, o qual prevê a consolidação, pela controlada direta, dos tributos pagos correspondentes a lucros auferidos através de outras pessoas jurídicas nas quais tenha participação societária (ou seja, as controladas indiretas)⁴.

A exegese desse dispositivo deve ser feita de forma sistemática, conjugada com a determinação contida no parágrafo 7º do art. 1º da mesma IN 213/02⁵, segundo o qual o funcionamento do método da imputação ordinária adotado pelo Brasil pressupõe que a renda auferida no exterior seja incluída no lucro real brasileiro, sem o cômputo do imposto de renda estrangeiro.

Significa dizer que o imposto de renda devido no exterior não é tratado como simples despesa na formação do lucro, rendimento ou ganho de capital, mas como crédito a ser compensado diretamente com o montante do imposto de renda devido no Brasil⁶.

Conseqüentemente, ao se combinar (i) o parágrafo 6º do art. 14, que determina a consolidação do “tax credit” das controladas indiretas pela controlada direta, para fins de apuração do imposto devido pela controladora brasileira, ao (ii) parágrafo 7º do art. 1º, que estabelece o cômputo do lucro, rendimento ou ganho de capital sem a dedução do imposto de renda pago no exterior, a IN 213/02 nada mais faz do que dar efetividade ao comando insculpido no art. 26 da Lei n. 9.249/95.

Não obstante toda a complexidade e a tecnicidade que governam a aplicação do método de imputação ordinária (“tax credit”) – e cujos detalhes ainda continuarão a ser examinados no presente trabalho – a essa altura dos estudos, já se pode afirmar que o mecanismo eleito pelo Brasil para evitar ou reduzir a dupla tributação da renda internacional privilegia a tributação do imposto de renda pelo Estado de fonte (países ou dependências estrangeiras de onde o rendimento tributável se origina), em detrimento do imposto de renda incidente no Estado de residência do beneficiário do rendimento (que, no caso, é o próprio Brasil).

Por isso que, analisando economicamente o funcionamento do método da imputação ordinária – que, vale enfatizar, busca garantir a neutralidade fiscal das rendas internacionais – constata-se que:

- se a tributação do rendimento pelo Estado de fonte (por exemplo, a uma alíquota 40%) for superior àquela incidente no Estado de residência (34%), a carga fiscal conjunta nessas duas jurisdições não poderá ser superior à maior das incidências (40%),

⁴ “Parágrafo 6º A filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, deverá consolidar os tributos pagos correspondentes a lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos por meio de outras pessoas jurídicas nas quais tenha participação societária” (grifamos).

⁵ “Parágrafo 7º Os lucros, rendimentos e ganhos de capital de que trata este artigo a serem computados na determinação do lucro real e da base de cálculo de CSLL, serão considerados pelos seus valores antes de descontado o tributo pago no país de origem”.

⁶ A solução de consulta n. 138/05, de 23.8.2005, expedida pela SRRF da 8ª Região Fiscal, considerou que o valor do imposto de renda pago no exterior que exceder ao limite compensável com o IRPJ e CSL não pode ser compensado com outros tributos federais, nem ser deduzido fiscalmente com despesa.

não havendo qualquer cobrança suplementar, a título de imposto de renda, nem a devolução de qualquer suposto excesso (6%) pelo Estado de residência;

- se a tributação do rendimento pelo Estado de fonte (34%) for equivalente àquela incidente no Estado de residência (34%), a carga fiscal conjunta nessas duas jurisdições não poderá ser superior à maior das incidências (34%), não havendo qualquer cobrança suplementar, a título de imposto de renda, pelo Estado de residência; e

- se a tributação do rendimento pelo Estado de fonte (30%) for inferior àquela incidente no Estado de residência (34%), a carga fiscal conjunta nessas duas jurisdições não poderá ser superior à maior das incidências (34%), havendo cobrança suplementar, a título de imposto de renda, pelo Estado de residência (4%).

Essa visão econômica caminha “pari passu” com a finalidade jurídica da sistemática de imputação ordinária e serve de bússola na interpretação tanto das normas positivadas, quanto de questões não dispostas explicitamente pela legislação, mas que exigem solução.

Por outro lado, a consolidação do “tax credit” das controladas indiretas pela controlada direta não deve significar desrespeito à autonomia das personalidades jurídicas das entidades envolvidas, nem autorizar a aplicação do método de equivalência patrimonial pela controladora brasileira diretamente sobre as contas do patrimônio líquido das controladas indiretas. Tal exegese extrapola o conteúdo e os limites da imposição fiscal determinados pela legislação brasileira sobre as rendas advindas do exterior.

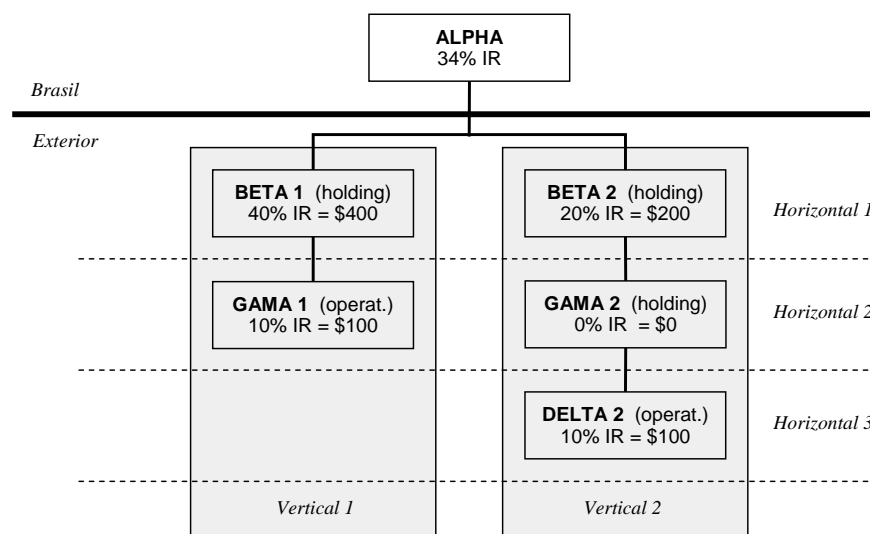
A confirmar essa proibição, impõe-se igualmente invocar o art. 6º da própria IN 213/02, segundo o qual as demonstrações financeiras das controladas estrangeiras, para efeitos de apuração do IRPJ e da CSL, deverão ser elaboradas de acordo com as normas da legislação comercial do país de seu domicílio, as quais, eventualmente, podem sequer prever o emprego do mencionado método de avaliação dos resultados das empresas.

E mesmo na hipótese em que as demonstrações financeiras da controlada estrangeira devam ser elaboradas com observância dos princípios contábeis geralmente aceitos, segundo as normas da legislação brasileira (parágrafo 1º do art. 6º da instrução normativa), tal fato não autoriza, muito menos determina, que a controladora brasileira avalie diretamente seus investimentos em controladas indiretas, sem consolidá-los na controlada direta⁷.

⁷ Malgrado todas essas considerações, há um precedente, proferido pela 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, que confirmou a aplicação do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158/01 aos lucros auferidos pelas controladas indiretas no exterior. Trata-se do acórdão n. 101-97070, julgado em 17.12.2008. Embora esse acórdão não aborde diretamente a questão do “tax credit” das controladas indiretas, é interessante notar que a matéria discutida em seu bojo tem reflexos importantes. O ponto fático principal a ser considerado é o seguinte: pessoa jurídica brasileira possuía o controle societário de uma empresa domiciliada nas Ilhas Canárias, Espanha (controlada direta). A sociedade espanhola, por sua vez, possuía investimentos em outras duas sociedades: uma domiciliada no Uruguai e outra domiciliada na Argentina (controladas indiretas). A sociedade brasileira possuía, portanto, investimentos diretos, na Espanha, e indiretos, no Uruguai e na Argentina. A 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes chancelou o auto de infração lavrado contra a controladora brasileira, o

Finalmente, é importante esclarecer o conteúdo do parágrafo 4º do art. 14 da IN 213/02⁸. Diferentemente do parágrafo 6º do art. 14 da instrução normativa, que dispõe sobre a formação do “tax credit” da empresa brasileira numa *visão vertical* – determinando competir a cada controlada direta no exterior a consolidação tanto dos impostos incidentes sobre os seus próprios lucros, rendimentos ou ganhos de capital, quanto dos impostos incidentes sobre os lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos por outras entidades a ela vinculada (ou seja, as controladas indiretas) – o parágrafo 4º disciplina a constituição do “tax credit” da empresa brasileira numa *visão horizontal*, proibindo a reunião dos impostos pagos no exterior por diferentes controladas.

A seguinte representação gráfica, envolvendo a estrutura de investimentos no exterior de uma controladora brasileira, melhor esclarece as diferenças entre essas duas visões:



No exemplo, pressupondo que: (i) as sociedades controladoras possuem a integralidade das participações societárias nas respectivas controladas; (ii) Alpha, Beta1, Beta2 e Gama2 são sociedades “holdings”; (iii) Gama1 e Delta2 são sociedades operativas (comerciais ou prestadoras de serviços, por exemplo) que, em 31 de dezembro de determinado ano, apuraram, cada uma, lucro líquido antes da dedução do imposto de renda equivalente a \$1000, o qual foi distribuído integralmente como dividendos; (iv) todas as sociedades envolvidas realizaram a distribuição e o pagamento integral dos dividendos

qual exigia o recolhimento do IRPJ e acréscimos legais incidente sobre o lucro auferido pelas controladas indiretas, não obstante: (a) a falta de disponibilização dos respectivos lucros pelas controladas indiretas à controlada direta, de acordo com as normas contábeis vigentes nos respectivos países de domicílio (Uruguai e Argentina); (b) o fato de a Espanha não adotar o método de equivalência patrimonial para avaliação de investimentos em sociedades; e (c) a controlada direta espanhola ter apurado prejuízo contábil em 31.12.2002.

⁸ “Parágrafo 4º A compensação do imposto será efetuada, de forma individualizada, por controlada, coligada, filial ou sucursal, vedada a consolidação dos valores de impostos correspondentes a diversas controladas, coligadas, filiais ou sucursais”.

apurados em 31 de dezembro de determinado ano, não havendo qualquer custo ou despesa relevante a considerar nas demonstrações de resultado das sociedades “holdings”; e (v) as bases de cálculo de incidência do imposto de renda nessas sociedades são idênticas e não há qualquer influência da variação cambial a ser apreciada sobre os rendimentos ou sobre o “tax credit”; podemos afirmar que:

- numa *visão vertical* da estrutura de investimento, o parágrafo 6º do art. 14 da IN 213/02 permite às controladas diretas (Beta1 e Beta2) consolidar todo o imposto de renda recolhido no exterior, próprio e de outras controladas indiretas (respectivamente, \$500 e \$300);

- numa *visão horizontal* da estrutura de investimento, o parágrafo 4º do art. 14 da IN 213/02 impede que o imposto de renda devido por uma controlada (Beta1), incidente à alíquota de 40% (não compensável integralmente no Brasil, já que a alíquota conjunta do IRPJ/CSL é de 34%), venha a ser consolidado com o imposto de renda devido por outra controlada estrangeira (Beta2), este à alíquota de 20%, resultando num “tax credit” global de alíquota média de 30% que, em princípio, seria plenamente compensável no Brasil, sem qualquer ajuste;

- de acordo com os parágrafos 9º a 11 do art. 14 da IN 213/02, o “tax credit” gerado na linha de investimentos vinculados à controlada Beta1 (\$500) não poderá ser compensado integralmente com o IRPJ e a CSL devidos pela controladora Alpha, havendo um excesso, não passível de compensação, da ordem de \$160, correspondente à diferença entre \$500 e \$340 (as normas relativas à limitação quantitativa do “tax credit” serão examinadas mais adiante);

- de acordo com os parágrafos 9º a 11 do art. 14 da IN 213/02, o “tax credit” gerado na linha de investimentos vinculados à controlada Beta2 (\$300) poderá ser compensado integralmente com o IRPJ e a CSL devidos pela controladora Alpha, não havendo qualquer ajuste a ser feito; nesse caso, se a controladora não tiver qualquer dedução fiscal a fazer no período, o Brasil deverá exigir da sociedade Alpha o recolhimento do IRPJ e da CSL correspondente a \$40 (as normas relativas à limitação quantitativa do “tax credit” serão examinadas mais adiante);

- a interpretação sistemática de todos esses dispositivos regulamentares induz a concluir que a proibição da consolidação dos impostos pagos no exterior aplica-se entre as controladas diretas (Beta1 e Beta2) – ou, ainda, entre controladas indiretas de diferentes linhas de investimento (Gama1 e Gama2) – não devendo ser observada entre controlada direta e controlada indireta de uma mesma linha de investimento (de um lado, Beta1 e Gama1, do outro, Beta2, Gama2 e Delta2), até por força do parágrafo 6º do art. 14;

- conseqüentemente, a formação do “tax credit” acontece por blocos de investimentos (no exemplo, o primeiro bloco seria composto pela linha de investimentos em Beta1 e Gama1, enquanto o segundo bloco seria formado pela linha de investimentos em Beta2, Gama2 e Delta2), sendo vedada a consolidação dos “tax credits” entre eles.

Como se percebe, afigura-se inequívoco o direito da controladora brasileira à compensação do imposto devido pela controlada indireta em seu país, a título de “tax credit”, diante da inexistência de limitação legal. Corroboram igualmente essa assertiva as disposições da própria IN 213/02, quando interpretadas sistematicamente com a lei, e, ao menos, um julgado administrativo⁹.

3. A quantificação do “tax credit”.

Mantidas as possibilidades de compensação do “tax credit” nas diversas situações possíveis (imposto de renda corporativo ou IRF; vinculação direta ou indireta com a entidade geradora do “tax credit”; domicílio da controlada em “paraíso fiscal” ou não), o parágrafo 7º do art. 14 da IN 213/02 declara que o imposto devido no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital que tiver sido computado na determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSL¹⁰.

Em se tratando de filiais, como a matriz brasileira detém a totalidade das “participações societárias” dessas entidades, todo o imposto de renda devido no exterior encontra-se abrangido por este primeiro critério. Já nos casos de coligadas ou controladas, o imposto devido no exterior, passível de aproveitamento no Brasil, deverá ser proporcional ao montante dos lucros reconhecidos nas bases de cálculo do IRPJ e da CSL, o que normalmente acontece na proporção da participação possuída pela empresa brasileira no capital social da coligada ou controlada no exterior.

Na verdade, a aplicação do preceito da proporcionalidade para determinação do “tax credit” passível de compensação no Brasil comporta dois níveis de avaliação. No primeiro nível, o “tax credit” deverá ser proporcional à participação societária detida pela controladora na controlada. No segundo nível, o “tax credit” compensável deverá ser equivalente ao montante dos lucros do exterior submetidos à tributação do Brasil (notadamente quando ocorre distribuição parcial dos lucros líquidos apurados em determinado período).

Já os parágrafos 9º, 10 e 11 do mesmo art. 14 da instrução normativa determinam, ainda, a observância de outro limite: o imposto devido no exterior poderá ser

⁹ Trata-se do acórdão n. 107-08797, de 19.10.2006, proferido pela 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes que, embora não tenha abordado explicitamente a questão, admitiu o aproveitamento do “tax credit” no Brasil fundado no imposto de renda pago por controladas indiretas no exterior. O caso tratava de uma controladora brasileira que possuía investimentos numa controlada direta domiciliada em “paraíso fiscal” (Ilhas Virgens Britânicas) que, por seu turno, controlava sociedades operativas na Alemanha, nos Estados Unidos e no Japão. É muito provável, portanto, que o “tax credit” em questão refira-se ao imposto de renda pago pelas controladas indiretas estrangeiras, e não pela controlada direta domiciliada em “paraíso fiscal”. Embora a Fazenda Nacional tenha interposto recurso especial contra o referido acórdão, a Câmara Superior de Recursos Fiscais negou-lhe seguimento, confirmando a decisão da 7ª Câmara.

¹⁰ “Parágrafo 7º O tributo pago no exterior, passível de compensação, será sempre proporcional ao montante dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real”.

compensado no Brasil até o limite do IRPJ e da CSL incidentes sobre os referidos lucros oriundos do exterior (34%), individualmente considerados por controlada¹¹.

Como se vê, para controlar o limite quantitativo do “tax credit”, a legislação brasileira instituiu o seguinte mecanismo: os impostos devidos no exterior, globalmente considerados (naquela visão vertical, referida no tópico anterior, que consolida o “tax credit” por blocos de investimento), não poderão exceder à diferença positiva entre o IRPJ e a CSL apurados sobre as bases de cálculos *com* e *sem* a inclusão dos lucros oriundos do exterior.

Em termos práticos, se os lucros da controlada estrangeira estão submetidos a um imposto de renda local de 20%, então o imposto devido no exterior, passível de compensação no Brasil, estará limitado aos 20% devidos (porque dentro do limite dos nossos tributos, que incidem a 34%).

Por outro lado, se os lucros de outra controlada estrangeira (respeitada a participação da controladora brasileira sobre tais lucros, conforme o parágrafo 7º acima comentado) estiverem sujeitos ao imposto de renda local de 40%, somente serão compensáveis no Brasil a parcela correspondente a 34%, não sendo compensável a diferença de 6%, em qualquer período de apuração, ainda que posterior¹².

Essa limitação quantitativa tem por objetivo impedir que o “tax credit” seja compensado com o IRPJ e a CSL incidentes sobre os lucros oriundos de operações realizadas dentro do Brasil.

Embora a alusão às alíquotas nominais dos impostos, no Brasil e no exterior, facilite a compreensão do mecanismo de limitação do “tax credit”, é preciso considerar que outros elementos podem influenciar a determinação do montante passível de compensação com o IRPJ e a CSL. É o caso da variação cambial incidente sobre o valor do imposto pago no exterior¹³ ou da existência de prejuízos fiscais ou de bases de cálculo negativas da CSL acumulados no Brasil, cuja utilização afeta toda a base de cálculo, inclusive a parcela

¹¹ “Parágrafo 9º O valor do tributo pago no exterior, a ser compensado, não poderá exceder o montante do imposto de renda e adicional, devidos no Brasil, sobre o valor dos lucros, rendimentos e ganhos de capital incluídos na apuração do lucro real.

Parágrafo 10. Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a pessoa jurídica, no Brasil, deverá calcular o valor: I - do imposto pago no exterior, correspondente aos lucros de cada filial, sucursal, controlada ou coligada e aos rendimentos e ganhos de capital que houverem sido computados na determinação do lucro real; II - do imposto de renda e adicional devidos sobre o lucro real antes e após a inclusão dos lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior.

Parágrafo 11. Efetuados os cálculos na forma do parágrafo 10, o tributo pago no exterior, passível de compensação, não poderá exceder o valor determinado segundo o disposto em seu inciso I, nem à diferença positiva entre os valores calculados sobre o lucro real com e sem a inclusão dos referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital, referidos em seu inciso II”.

¹² Neste momento estamos desprezando os efeitos da variação cambial originados da aplicação das normas de conversão, para reais, dos lucros e dos impostos pagos no exterior em moeda estrangeira.

¹³ Aliás, a existência de critérios distintos para a realização da conversão em Reais dos lucros apurados em moeda estrangeira pelas controladas (art. 6º, parágrafos 3º e 4º da Instrução Normativa SRF n. 213) e o valor do imposto de renda pago no exterior (art. 14, parágrafos 2º e 3º da Instrução Normativa SRF n. 213) somente potencializa o fenômeno.

relativa ao lucro oriundo do exterior (reduzindo, proporcionalmente, o valor do “tax credit” compensável).

Por esse motivo, a alíquota nominal do imposto de renda devido no exterior não serve como parâmetro para definir o montante do “tax credit” passível de compensação no Brasil.

Em função das variáveis mencionadas, o imposto de renda devido no exterior a uma alíquota nominal de 20% pode ser mais do que suficiente para eliminar a incidência do IRPJ e da CSL no Brasil sobre o lucro correspondente, do mesmo modo que o imposto recolhido no exterior a uma alíquota de 40% pode ser insuficiente.

Também existem considerações adicionais a se fazer com relação aos efeitos da compensação de prejuízos fiscais e de bases negativas de CSL sobre o “tax credit”.

Os parágrafos 15 a 20 do art. 14 da IN 213/02, ainda que sem correspondência expressa em dispositivo legal, asseguram o aproveitamento futuro do saldo do imposto pago no exterior, não compensado no período-base de inclusão dos lucros do exterior, em razão do contribuinte não ter apurado lucro real positivo (ou seja, o prejuízo brasileiro consumiu todo o lucro do exterior) ou ter apurado lucro real inferior ao total dos lucros do exterior (o prejuízo brasileiro reduziu parcialmente o lucro do exterior)¹⁴.

No espírito, esses dispositivos atendem perfeitamente à finalidade do método da imputação ordinária. Afinal de contas, os lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior deixaram de ser tributados no Brasil (ou o foram em patamar inferior) em razão do sacrifício de um ativo fiscal do contribuinte brasileiro, correspondentes aos prejuízos fiscais e às bases negativas de CSL, e não propriamente pela utilização do “tax credit”.

Entretanto, cinco pontos chamam a atenção na regulamentação da matéria pelas autoridades fiscais.

¹⁴ “Parágrafo 15. O tributo pago sobre lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, que não puder ser compensado em virtude de a pessoa jurídica, no Brasil, no respectivo ano-calendário, não ter apurado lucro real positivo, poderá ser compensado com o que for devido nos anos-calendário subseqüentes.

Parágrafo 16. Para efeito do disposto no parágrafo 15, a pessoa jurídica deverá calcular o montante do imposto a compensar em anos-calendário subseqüentes e controlar o seu valor na Parte B do Livro de Apuração do Lucro Real (Lalur).

Parágrafo 17. O cálculo referido no parágrafo 16 será efetuado mediante a multiplicação dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital computados no lucro real, considerados individualizadamente por filial, sucursal, coligada ou controlada, pela alíquota de quinze por cento, se o valor computado não exceder o limite de isenção do adicional, ou pela alíquota de vinte e cinco por cento, se exceder.

Parágrafo 18. Na hipótese de lucro real positivo, mas, em valor inferior ao total dos lucros, rendimentos e ganhos de capital nele computados, o tributo passível de compensação será determinado de conformidade com o disposto no parágrafo 17, tendo por base a diferença entre aquele total e o lucro real correspondente.

Parágrafo 19. Caso o tributo pago no exterior seja inferior ao valor determinado na forma dos parágrafos 17 e 18, somente o valor pago poderá ser compensado.

Parágrafo 20. Em cada ano-calendário, a parcela do tributo que for compensada com o imposto de renda e adicional devidos no Brasil, ou com a CSLL, na hipótese do art. 15, deverá ser baixada da respectiva folha de controle no Lalur”.

Primeiro, o “tax credit” a ser controlado na parte B do Lalur e utilizado em anos-calendário subseqüentes deverá ser objeto de novo procedimento de quantificação, cuja base de referência deixa de ser o montante do imposto pago no exterior e passa ser o valor dos lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos fora do Brasil e computados no lucro real, multiplicado por 15% ou 25% (parágrafo 17). O valor do imposto pago no exterior servirá apenas de limite para definição do crédito passível de aproveitamento futuro (parágrafo 19).

Segundo, o cálculo do “tax credit” não contempla a incidência da CSL, apesar de existir a possibilidade de o respectivo valor ser utilizado para compensar o débito da contribuição (parágrafo 20).

Terceiro, embora não exposto formalmente, os parágrafos referidos sinalizam que o “tax credit” controlado no Lalur poderá ser compensado com o saldo do IRPJ ou da CSL devido a cada ano-calendário, independentemente de, no período em que se processar a compensação, haver o reconhecimento de lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior.

Quarto, a redação do parágrafo 20, ao mencionar a expressão “em cada ano-calendário”, sugere que a compensação do “tax credit” somente poderá acontecer no encerramento do período de apuração, por ocasião dos ajustes anuais.

Quinto, o resguardo do direito ao aproveitamento do “tax credit” em períodos subseqüentes tem por propósito dar efetividade ao método de imputação ordinária consagrado pelo art. 26 da Lei n. 9.249/95, pois funciona como medida compensatória àquele contribuinte que “sacrificou” parte ou todo o valor de prejuízos fiscais ou de bases negativas de CSL para reduzir o montante tributável de lucros, rendimentos e ganhos de capital oriundos do exterior, mas não autoriza que eventual saldo seja objeto de pedido de restituição ou de declaração de compensação contra débitos relativos a outros tributos federais.

Em suma, na apuração do IRPJ e da CSL devidos pela controladora brasileira sobre os lucros oriundos de controladas no exterior, será possível o aproveitamento, no Brasil, do valor correspondente ao imposto devido no exterior, na qualidade de “tax credit”, se este:

- for proporcional ao montante do lucro adicionado às bases de cálculos do IRPJ e da CSL;
- não exceder ao IRPJ e à CSL que incidem sobre os lucros oriundos do exterior (34%), individualmente considerados por controlada direta.

Por derradeiro quanto a este tópico, cumpre dizer que, relativamente à CSL, o parágrafo único do art. 21 da Medida Provisória n. 2.158/01, ao introduzir a incidência desta

contribuição sobre os lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, possibilitou a apropriação do respectivo “tax credit”, com algumas peculiaridades¹⁵.

Em outras palavras, a preferência na compensação do “tax credit” é do IRPJ, sendo residual a utilização de eventual saldo na compensação da CSL.

Isso não impede que todo o “tax credit” possa vir a ser objeto de compensação contra a CSL, no momento em que o IRPJ não seja devido no mesmo período, por qualquer motivo. Ora, ser residual contrapõe-se a ser proporcional: primeiro, o “tax credit” deve ser compensado contra o IRPJ, e, se sobrar, poderá ser compensado contra a CSL.

4. Momento adequado para aproveitamento do “tax credit”.

Tratando-se de controlada estrangeira, os lucros apurados no exterior deverão ser adicionados ao lucro real da controladora brasileira na data do balanço em que tiverem sido apurados, de acordo com a avaliação feita pelo método da equivalência patrimonial em 31 de dezembro de cada ano (art. 74 da Medida Provisória n. 2.158/01¹⁶ e art. 7º da IN 213/02¹⁷).

Concomitantemente, a controladora brasileira fará jus ao aproveitamento do respectivo “tax credit”, nas condições e limites já expostos.

Enquanto a controlada estrangeira não esgotar o saldo de prejuízos acumulados e passar a registrar resultado positivo, inexistirá obrigação de se adicionar qualquer valor na apuração do IRPJ e da CSL no Brasil, a título de lucro auferido no exterior. Em contrapartida, entendemos que a empresa brasileira estará impedida de realizar a compensação do correspondente imposto de renda pago no exterior.

Quanto ao prejuízo apurado no exterior, urge esclarecer que a legislação brasileira apenas veda a sua compensação contra lucros gerados no Brasil. Não proíbe, todavia, a controlada estrangeira de compensar seus prejuízos com lucros futuros, próprios ou oriundos de controladas indiretas (art. 4º da IN 213/02¹⁸).

¹⁵ *“Parágrafo único. O saldo do imposto de renda pago no exterior, que exceder o valor compensável com o imposto de renda devido no Brasil, poderá ser compensado com a CSLL devida em virtude da adição, à sua base de cálculo, dos lucros oriundos do exterior, até o limite acrescido em decorrência dessa adição”.*

¹⁶ O art. 74 da Medida Provisória n. 2158-35 veicula a pretensão do fisco brasileiro de tributar as rendas obtidas por pessoas jurídicas coligadas ou controladas no exterior, independentemente da sua disponibilização à pessoa jurídica sediada no Brasil. Por esse motivo, é alvo de contestação perante o plenário do Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade n. 2588-1/DF, cujo julgamento ainda não foi concluído, por ocasião da elaboração do presente estudo.

¹⁷ Também se discute a legalidade do art. 7 da IN 213/02, por supostamente contrariar o parágrafo 6º do art. 25 da Lei n. 9.249/95, o qual determina a intributabilidade dos ajustes positivos de equivalência patrimonial em investimentos no exterior, além de também não se coadunar com o próprio art. 74 da Medida Provisória n. 2.158/01, pois na equivalência patrimonial podem entrar outros fatores que não se confundem com os lucros das coligadas e controladas, ao passo que o art. 74 alude apenas a lucros.

¹⁸ *“Art. 4º É vedada a compensação de prejuízos de filiais, sucursais, controladas ou coligadas, no exterior, com os lucros auferidos pela pessoa jurídica no Brasil.*

Em decorrência disso, é possível afirmar que só há um caminho para a controladora brasileira impor a incidência do IRPJ e da CSL sobre os lucros produzidos pela controlada indireta estrangeira, e este necessariamente passa pela demonstração de resultados da controlada direta estrangeira.

Enquanto a controlada direta não apresentar lucro, o Brasil está impedido de tributar o resultado positivo registrado e distribuído pela controlada indireta. Mais do que isso, enquanto a controlada direta registrar saldo de prejuízos a compensar, todo o lucro distribuído pelas controladas indiretas acabará sendo absorvido e nunca chegará a ser distribuído e tributado pela controladora brasileira¹⁹.

Esse fenômeno da compensação dos prejuízos acumulados pelas controladas diretas estrangeiras acaba por exercer influência direta sobre a formação e utilização do “tax credit” pela controladora brasileira.

Assim, se não há lucro, porque absorvido pelo prejuízo, também não haverá motivo para o fisco brasileiro conceder o “tax credit”, porque a causa que enseja a criação

Parágrafo 1º Os prejuízos a que se refere este artigo são aqueles apurados com base na escrituração contábil da filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, efetuada segundo as normas legais do país de seu domicílio, correspondentes aos períodos iniciados a partir do ano-calendário de 1996.

Parágrafo 2º Os prejuízos apurados por uma controlada ou coligada, no exterior, somente poderão ser compensados com lucros dessa mesma controlada ou coligada.

Parágrafo 3º Na compensação dos prejuízos a que se refere o parágrafo 2º não se aplica a restrição de que trata o art. 15 da Lei nº 9.065, de 1995.

Parágrafo 4º A pessoa jurídica brasileira que absorver patrimônio de filial, sucursal, controlada ou coligada, no exterior, de outra pessoa jurídica brasileira, e continuar a exploração das atividades no exterior, poderá compensar os prejuízos acumulados pela referida filial, sucursal, controlada ou coligada, correspondentes aos períodos iniciados a partir do ano-calendário de 1996, observado o disposto neste artigo.

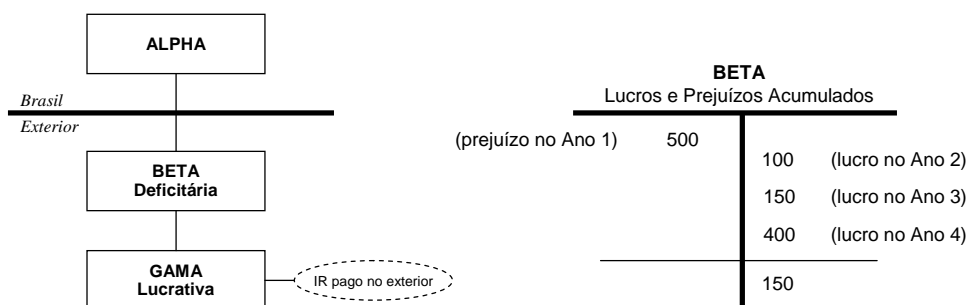
Parágrafo 5º Tratando-se de filiais e sucursais, domiciliadas num mesmo país, quando a matriz no Brasil indicar uma dessas filiais ou sucursais como entidade líder, os resultados poderão ser consolidados por país e os prejuízos de uma poderão ser compensados com os lucros de outra”.

¹⁹ Malgrado todas as considerações a respeito do momento para aproveitamento do “tax credit”, Há um precedente, proferido pela 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, que confirmou a aplicação do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158/01 aos lucros auferidos pelas controladas indiretas no exterior. Trata-se do acórdão n. 101-97070, julgado em 17.12.2008. Embora esse acórdão não aborde diretamente a questão do “tax credit” das controladas indiretas, é interessante notar que a matéria discutida em seu bojo tem reflexos importantes. O ponto fático principal a ser considerado é o seguinte: pessoa jurídica brasileira possuía o controle societário de uma empresa domiciliada nas Ilhas Canárias, Espanha (controlada direta). A sociedade espanhola, por sua vez, possuía investimentos em outras duas sociedades: uma domiciliada no Uruguai e outra domiciliada na Argentina (controladas indiretas). A sociedade brasileira possuía, portanto, investimentos diretos, na Espanha, e indiretos, no Uruguai e na Argentina, no exterior. A 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes teria chancelado o auto de infração lavrado contra a controladora brasileira, o qual exigia o recolhimento do IRPJ e acréscimos legais incidente sobre o lucro auferido pelas controladas indiretas, não obstante: (a) a falta de disponibilização dos respectivos lucros pelas controladas indiretas à controlada direta, de acordo com as normas contábeis vigentes nos respectivos países de domicílio (Uruguai e Argentina); (b) o fato de a Espanha não adotar o método de equivalência patrimonial para avaliação de investimentos em sociedades; e (c) a controlada direta espanhola ter apurado prejuízo contábil em 31.12.2002.

desse mecanismo compensatório simplesmente não estará presente na espécie, ou seja, não haverá dupla tributação da renda mundial a ser elidida.

Somente a partir do instante em que a controlada direta estrangeira esgotar o saldo de prejuízos acumulados e passar a apresentar resultado positivo, e este for tributado no Brasil, haverá a possibilidade de se utilizar o mecanismo do “tax credit”.

O exemplo seguinte, envolvendo uma controlada direta no exterior, deficitária, qualificada como sociedade “holding” domiciliada em “paraíso fiscal” (Beta), e uma controlada indireta, também no exterior, lucrativa, submetida à incidência do imposto de renda local sobre o resultado positivo gerado:



Enquanto a controlada direta Beta apresentar saldo de prejuízo a compensar no final de cada exercício, afigura-se impróprio falar em “tax credit” sobre os lucros distribuídos pela controlada indireta Gama nesses mesmos períodos. Nessa linha de raciocínio, o direito ao “tax credit” apenas nascerá para a controladora brasileira Alpha a partir do Ano 4 e, mesmo assim, não será integral, mas proporcional aos lucros tributados no Brasil (\$150). O momento exato para aproveitamento do “tax credit” será visto logo na seqüência.

Portanto, todo o imposto de renda relativo aos Anos 2 e 3 e parte do imposto relativo ao Ano 4, pago pela controlada indireta Gama em favor do seu país de domicílio, não poderão ser objeto de compensação, no Brasil.

Como se percebe, o mero pagamento de imposto de renda no exterior não é condição necessária e suficiente para a formação e o aproveitamento do “tax credit”, sendo imprescindível, para tanto, haver também a tributação do correspondente lucro no Brasil.

Quanto à existência de prazo para o aproveitamento do “tax credit”, inexistindo lucro no exterior, não há de se cogitar sobre a aplicação da limitação temporal prevista no parágrafo 4º do art. 1º da Lei n. 9.532/97²⁰.

²⁰ “Parágrafo 4º Os créditos de imposto de renda de que trata o art. 26 da Lei nº 9.249, de 1995, relativos a lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, somente serão compensados com o imposto de renda devido no Brasil se referidos lucros, rendimentos e ganhos de capital forem computados na base de cálculo do imposto, no Brasil, até o final do segundo ano-calendário subsequente ao de sua apuração”.

Referida norma condiciona a compensação do “tax credit” ao cômputo dos correspondentes lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior nas bases de cálculo do IRPJ e CSL, até o final do segundo ano-calendário subsequente ao da sua apuração. Se, depois de apurada, a mencionada renda advinda do exterior não for oferecida à tributação até o prazo estipulado, o contribuinte brasileiro perderá o direito ao aproveitamento do “tax credit”.

Obviamente, a intenção do legislador ordinário foi pressionar a realização da disponibilização da renda no Brasil, e conseqüente tributação, dos lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior. Essa norma somente tinha aplicação na sistemática de tributação do lucro efetivamente disponibilizado, que era a decorrente da disciplina constante do art. 1º da Lei n. 9.532/97, e ficou totalmente sem sentido no regime de tributação da disponibilização ficta instituída pelo art. 74 da Medida Provisória n. 2.158/01²¹.

Outra questão importante a ser comentada refere-se ao pagamento do imposto de renda no exterior.

A Lei n. 9.249/95 exige que o pagamento do imposto no exterior seja comprovado através de documento reconhecido pelo respectivo órgão arrecadador e pelo consulado da embaixada brasileira. Todavia, a Lei n. 9.430/96 flexibilizou essa obrigação, exigindo, quanto aos lucros de filiais, sucursais, controladas e coligadas, que sejam apresentadas as respectivas demonstrações financeiras (salvo no caso de arbitramento) e, em qualquer caso, dispensando as formalidades previstas na Lei n. 9.249/95, se comprovado que a legislação do país de origem do lucro, rendimento ou ganho de capital prevê a incidência do imposto que houver sido pago, por meio do documento de arrecadação apresentado.

A IN 213/02, repetindo a IN 38/96, admite o crédito de tributo que ainda não tiver sido pago no país de origem, desde que os comprovantes do respectivo pagamento sejam colocados à disposição da fiscalização antes do encerramento do ano-calendário correspondente.

A instrução não especifica se esse ano é o ano em que os lucros, rendimentos e ganhos de capital sejam oferecidos à tributação no Brasil ou o ano em que se vença o prazo de recolhimento do imposto brasileiro sobre eles.

Ricardo Mariz de Oliveira esclarece que a única alternativa lógica e que permite um resultado efetivo é a última, uma vez que os valores normalmente integram o lucro real apurado em 31 de dezembro, e o imposto sobre o lucro real de 31 de dezembro

²¹ O acórdão n. 105-17124, de 13.8.2008, proferido pela 5ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes tratou do prazo de dois anos para aproveitamento do “tax credit”, contado a partir da disponibilização dos lucros auferidos no exterior para fins de tributação no Brasil. No caso, os lucros de controladas estrangeiras relativos aos anos de 1996 a 2002 foram considerados disponibilizados em 31.12.2002 (parágrafo único do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158/01). O acórdão referendou a cobrança do imposto e negou o aproveitamento dos “tax credits”, correspondentes aos lucros gerados nos anos de 1996 e 2002, sob a alegação de que o direito do contribuinte já teria decaído por ocasião da autuação, ocorrida em 2006.

vence no ano seguinte, de sorte que os comprovantes do pagamento do tributo no país de origem devem estar disponíveis até o final desse ano seguinte²².

Em todo caso, os comprovantes do pagamento do tributo no país de origem deverão ficar à disposição da fiscalização a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da compensação.

5. O art. 9º da Medida Provisória n. 2.158/01.

De acordo com o art. 9º da Medida Provisória n. 2.158/01, o IRF sobre rendimentos pagos ou creditados à controlada estrangeira de controladora brasileira, não compensado em virtude de a beneficiária estar domiciliada em “paraíso fiscal”, poderá ser abatido do imposto de renda devido no Brasil, quando os resultados da controlada, que contiverem os referidos rendimentos, forem computados no lucro real. Confira sua redação:

“Art. 9º O imposto retido na fonte sobre rendimentos pagos ou creditados à filial, sucursal, controlada ou coligada de pessoa jurídica domiciliada no Brasil, não compensado em virtude de a beneficiária ser domiciliada em país enquadrado nas disposições do art. 24 da Lei nº 9.430, de 1996, poderá ser compensado com o imposto devido sobre o lucro real da matriz, controladora ou coligada no Brasil quando os resultados da filial, sucursal, controlada ou coligada, que contenham os referidos rendimentos, forem computados na determinação do lucro real da pessoa jurídica no Brasil.

Parágrafo único. Aplica-se à compensação do imposto a que se refere este artigo o disposto no art. 26 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995”.

A primeira impressão causada pela leitura do dispositivo é a de que apenas na hipótese da entidade domiciliada em “paraíso fiscal”, e apenas quanto ao IRF sobre rendimentos a ela distribuídos, poderia haver a compensação, sem possibilidade de, nas demais situações, haver a compensação de qualquer outro tipo de imposto devido no exterior.

Contudo, outra interpretação, mais sistemática, poderia ser no sentido de que a medida provisória refere-se a uma situação particular, sem eliminar a regra geral de “tax credit”. Desse modo, a norma da medida provisória não se aplica às situações fáticas diversas daquelas por ela abrangidas, nem exclui a aplicação da norma geral sobre estas outras situações.

Nesse sentido, a norma da medida provisória somente se refere ao IRF sobre “rendimentos”, e não ao IRF ou ao imposto corporativo sobre “lucros” de entidade estrangeira, valendo enfatizar que, na terminologia da Lei n. 9.249/95, as expressões “rendimentos” e “ganhos de capital” são distintas da expressão “lucros” de filiais, coligadas e controladas²³.

²² Ricardo Mariz de Oliveira, “Guia IOB Imposto de Renda Pessoa Jurídica”, procedimento X.1.

²³ Sobre as diferentes acepções dos termos “lucros”, “rendimentos” e “ganhos de capital” somente na legislação relativa à tributação das rendas auferidas no exterior, vide: (i) art. 25 da Lei n. 9.429/95 (“lucros, rendimentos e ganhos de capital”), (ii) art. 16 da Lei n. 9.430/96 (“lucros”), (iii) art. 1º da Lei n. 9.532/97 (“lucros”) e (iv) art. 74 da Medida Provisória n. 2.158/01 (“lucros”).

Também a medida provisória não menciona sobre qual IRF o “tax credit” pode ser registrado, sendo legítimo concluir que o dispositivo aplica-se tanto ao IRF pago no exterior, quanto ao IRF pago no Brasil. Aliás, o creditamento sobre o IRF pago no Brasil mostra-se indispensável e evita o enriquecimento indevido do erário brasileiro com a cobrança em duplicidade sobre a mesma riqueza²⁴.

Finalmente, pode-se sugerir uma interpretação teleológica, mais pelo espírito do dispositivo, voltado a impedir ou amenizar a dupla tributação internacional da renda, do que por sua literalidade.

6. O “tax credit” do art. 15 da Lei 9.430/96.

O “tax credit” prescrito pelo art. 15 da Lei n. 9.430/96²⁵ é aplicável às hipóteses de exportação de serviços desenvolvidos em território brasileiro e não integra o regime jurídico estabelecido pelos arts. 25 e 26 da Lei n. 9.249/95 ou pela norma infralegal que os regulamentou, qual seja, a IN 213/02.

E isso se dá pelos seguintes motivos:

- antes mesmo da publicação da Lei n. 9.249/95, os rendimentos oriundos da exportação de serviços já eram tributados no Brasil, com base no princípio da territorialidade das fontes de produção, alcançando os rendimentos provenientes das atividades exercidas no país, independentemente da localização fonte pagadora²⁶⁻²⁷⁻²⁸;

²⁴ O acórdão n. 107-09526, de 16.10.2008, proferido pela 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, confirma a alegação. O “tax credit” em questão refere-se ao IRF incidente no Brasil sobre rendimentos de aplicação financeira auferidos por empresa estrangeira, domiciliada em “paraíso fiscal” e controlada diretamente por empresa brasileira. O julgado referendou a aplicação do art. 9º da Medida Provisória n. 2158-35 e permitiu o aproveitamento do “tax credit” formado pelo IRF incidente sobre rendimento pago à controlada direta no exterior.

²⁵ **Art. 15.** *A pessoa jurídica domiciliada no Brasil que auferir, de fonte no exterior, receita decorrente da prestação de serviços efetuada diretamente poderá compensar o imposto pago no país de domicílio da pessoa física ou jurídica contratante, observado o disposto no art. 26 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995”.*

²⁶ A tributação dos rendimentos decorrentes da exportação de serviços não estava explicitamente disposta na legislação ordinária vigente ao tempo da publicação da Lei n. 9.249/95, mas a conjugação dos seguintes dispositivos conduz, inexoravelmente, a tal conclusão: arts. 34 e 35 do Decreto-lei n. 5.844/43 e art. 43 (atualmente revogado) e 63 da Lei n. 4.506/64.

²⁷ A respeito da aplicação do princípio da territorialidade das fontes de produção ao IRPJ, vide a seguinte manifestação de Gilberto de Ulhoa Canto, “Estudos e Pareceres de Direito Tributário”, 1969, p. 370: *“Portanto, é patente que o legislador, regulando a competência das autoridades brasileiras para cobrar imposto sobre a renda, no caso de lucros de pessoas jurídicas elegeram o critério da territorialidade da fonte dos resultados, apropriando-se apenas daqueles que decorressem de atividades exercidas no país”.*

²⁸ No mesmo sentido é o magistério de Alberto Xavier, “Direito Tributário Internacional do Brasil”, 2005, p. 430: *“De harmonia com o princípio da territorialidade, anteriormente vigente no Brasil, nenhuma renda cuja fonte de produção se localize no exterior recai no âmbito de incidência do imposto de renda das pessoas jurídicas: nem a renda obtida diretamente através de uma atividade funcional (o exercício do próprio objeto social) ou de uma atividade jurídica (o exercício de direitos a rendimentos, tais como juros, “royalties” e dividendos), nem a renda obtida indiretamente através de uma organização de pessoas e bens localizada no exterior, quer se trate de filiais ou sucursais, sem personalidade jurídica, quer se trate de sociedades controladas ou coligadas, com individualidade jurídica própria”.*

- os arts. 25 e 26 da Lei n. 9.249/95 cuidaram somente de expandir o espectro de incidência do imposto de renda brasileiro com o intuito de alcançar também os lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos da atividade desenvolvida direta ou indiretamente no exterior pela pessoa jurídica domiciliada no Brasil;

- o Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 5/01, editado pelas autoridades fiscais, corrobora essa interpretação ao estabelecer que a receita auferida pela pessoa jurídica brasileira na exportação de serviços não deve ser considerada como lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior;

- esse propósito ficou evidente a partir da publicação do art. 15 da Lei n. 9.430/96, que concedeu o “tax credit” sobre o imposto de renda incidente no exterior, relativamente aos rendimentos auferidos em virtude dos serviços prestados em território brasileiro (exportação de serviços);

- se assim não fosse, o art. 15 da Lei n. 9.430/96 teria inserido uma norma redundante no ordenamento jurídico, já abarcada pelo art. 26 da Lei n. 9.249/95, o que seria considerado um despautério, por violar o preceito hermenêutico de direito segundo o qual não se pode presumir que a norma jurídica possua palavras inúteis; e, finalmente,

- o preâmbulo da IN 213/02 não faz referência ao art. 15 da Lei n. 9.430/96, demonstrando que esta norma legal encontra-se inserida num regime jurídico distinto daquele tratado por esse normativo e pelos arts. 25 e 26 da Lei n. 9.249/95.

Finalmente, é importante considerar que o direito ao “tax credit” não é pleno e deve observar as condições impostas pelo art. 26 da Lei n. 9.249/95, em virtude da determinação contida no próprio art. 15, “in fine” da Lei n. 9.430/96.

7. Possíveis inconstitucionalidades e ilegalidades contidas na legislação.

Todas as considerações precedentes tomaram como premissa a validade das disposições legais e infralegais que cuidam da tributação dos lucros auferidos no exterior e da aplicação do método da imputação proporcional (“tax credit”), embora todas elas tenham sido interpretadas de forma sistemática e finalística, à medida do possível.

Porém, depois de conhecer um pouco melhor o teor desses atos, já é possível identificar algumas incongruências ou anomalias que, em tese, podem levar os tribunais brasileiros a declarar inconstitucionais ou ilegais certas restrições contidas nas leis ou nos atos administrativos então mencionados, a saber:

- a disposição contida no parágrafo 5º do art. 25 da Lei n. 9.249/95 (e refletida no “caput” do art. 4º da IN 213/02), que proíbe a compensação do prejuízo apurado no exterior com o lucro oriundo do Brasil, afigura-se inconstitucional, por violar o princípio da universalidade da tributação da renda, insculpido no inc. I do parágrafo 2º do art. 153 Constituição Federal de 1988;

- a determinação contida no parágrafo 5º do art. 1º da IN 213/02, relativa ao cômputo dos lucros das controladas no exterior, de forma individualizada, vedada a consolidação de valores, aliada à vedação contida no parágrafo 2º do art. 4º da mesma instrução normativa, que restringe a compensação dos prejuízos apurados por uma controlada estrangeira somente com lucros dessa mesma controlada, impedindo, assim, que prejuízos e lucros de diferentes controladas diretas no exterior sejam compensados, não encontram o devido amparo legal, sendo, assim, ilegais;

- também se afigura ilegal a determinação contida no parágrafo 4º do art. 14 da IN 213/02, segundo o qual a compensação do imposto pago no exterior deverá ser efetuada de forma individualizada, por controlada estrangeira, vedada a consolidação dos impostos pagos no exterior por diferentes controladas (quer dizer, consolidação na *visão horizontal*); e

- a faculdade contida nos parágrafos 15 a 20 do art. 14 da IN 213/02, concernente ao aproveitamento futuro do “tax credit” não compensado no período-base de inclusão dos lucros do exterior, em razão do contribuinte não ter apurado lucro real positivo ou ter apurado lucro real inferior ao total dos lucros do exterior, embora sem um suporte explícito na lei, é representativa de um direito legítimo do contribuinte fundado na finalidade e na efetividade do método para evitar a dupla tributação, e não pode ser interpretada como um favor unilateralmente conferido pelas autoridades fiscais; por esse motivo, a imposição de nova fórmula de apuração do “tax credit”, mais restritiva, mostra-se ilegal.

8. Conclusões.

Em vista do exposto, conclui-se que:

(a) o art. 26 da Lei n. 9.249/95 não especifica qual o imposto de renda devido no exterior será passível de compensação no Brasil: se apenas o imposto devido pela controlada estrangeira direta ou se, além deste, também o imposto devido pela controlada estrangeira indireta, domiciliada no mesmo ou em diferente país da controlada direta;

(b) referido dispositivo, por outro lado, apenas atribui, de modo genérico, a possibilidade de a controladora brasileira compensar o imposto devido no exterior sobre os lucros sujeitos ao IRPJ e à CSL no Brasil;

(c) quer dizer, o imposto de renda devido no exterior sobre o lucro da controlada estrangeira ou mesmo aquele retido por ela, mas incidente sobre o lucro distribuído à controladora brasileira, desde que computado na apuração do IRPJ e da CSL, pode ser utilizado por aqui, nos limites legais preestabelecidos;

(d) o que está por trás do art. 26 da Lei n. 9.249/95 é a política fiscal adotada pela legislação interna brasileira de evitar ou, quando menos, reduzir, a dupla tributação mundial da renda das pessoas jurídicas, através do crédito do imposto (“tax credit”), independentemente da existência de tratado internacional ou de tratamento recíproco pelo país de fonte;

(e) o próprio parágrafo 6º do art. 14 da IN 213/02 possibilita o “tax credit” pela controladora brasileira do imposto devido pela controlada estrangeira indireta, ao estatuir que a entidade com vinculação direta deverá consolidar os tributos devidos correspondentes a lucros, rendimentos ou ganhos de capital auferidos por meio de outras pessoas jurídicas nas quais tenha participação societária;

(f) foi nesse contexto que veio o art. 9º da Medida Provisória n. 2.158/01 permitir o aproveitamento, a título de “tax credit”, do IRF retido sobre rendimentos devidos à controlada estrangeira de pessoa jurídica domiciliada no Brasil que não tiver sido compensado, em virtude de a beneficiária ser domiciliada em “paraíso fiscal”;

(g) o prejuízo apurado no exterior não é passível de compensação com o lucro gerado no Brasil, mas o é com relação ao lucro gerado pela mesma entidade estrangeira ou pelas controladas indiretas que forem distribuídos;

(h) logo, enquanto a controlada estrangeira não apurar resultado positivo ao final do exercício social, a controladora brasileira não estará obrigada a adicionar qualquer valor a título de lucro oriundo do exterior na apuração do IRPJ e CSL;

(i) em contrapartida, a controladora brasileira estará impedida de realizar o aproveitamento de eventual imposto de renda pago no exterior, porquanto o correspondente lucro sequer chegou a ser tributado no Brasil, não ensejando a aplicação do método para se evitar a dupla tributação internacional da renda;

(j) somente a partir da tributação dos lucros gerados no exterior pela controladora brasileira, o que pressupõe o esgotamento do saldo de prejuízos pela controlada direta, será possível realizar o aproveitamento dos impostos de renda pagos no exterior, a título de “tax credit”;

(k) o prejuízo apurado no Brasil é passível de compensação com o lucro gerado no exterior e pode postergar o aproveitamento do “tax credit” para os anos-calendário subsequentes;

(l) todas essas conclusões foram extraídas pressupondo a validade das disposições legais e infralegais, embora interpretadas de forma sistemática e finalística;

(m) porém, algumas restrições contidas nessa legislação carecem do devido respaldo constitucional ou legal, podendo ser questionadas.