

**BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO
DEPARTAMENTO DE INTEGRACIÓN Y PROGRAMAS REGIONALES
DIVISIÓN DE INTEGRACIÓN, COMERCIO Y ASUNTOS HEMISFÉRICOS
INSTITUTO PARA LA INTEGRACIÓN DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**



**ENTRAVES FISCAIS DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO
AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO**

**ANTONIO CARLOS Q. FERREIRA - CLARISSA GIANNETTI MACHADO
BAKER & MCKENZIE**

JUNIO 2003

INDICE

1. INTRODUÇÃO
2. PRINCIPAIS GARGALOS E A REFORMA FISCAL NECESSÁRIA
3. ASPECTOS FISCAIS QUE AFETAM A INSERÇÃO INTERNACIONAL
 - 3.1 Preços de Transferência (“Transfer-Pricing”)
 - 3.2 Acordos de Repartição de Custos (“Cost Sharing”)
 - 3.3 Tributação de Lucros Auferidos no Exterior
 - 3.4 Dedutibilidade no Pagamento de Royalties
 - 3.5 CIDE – Contribuição de Intervenção do Domínio Econômico
 - 3.6 Os Tratados Internacionais e o Imposto de Renda na Fonte na Importação de Serviços

Entraves Fiscais do Sistema Tributário Brasileiro ao Investimento Estrangeiro.

1 - Introdução

Os principais entraves do sistema tributário brasileiro tal como hoje existente afetam o crescimento econômico de uma forma geral e, portanto, afetam de forma negativa tanto o investimento local como o investimento estrangeiro. Existe unanimidade em relação à urgente necessidade de uma reforma fiscal no Brasil. Existe também um certo nível de consenso técnico sobre quais as principais alterações necessárias para promover o investimento e o crescimento econômico, dado às peculiaridades brasileiras. Não existe, entretanto, consenso político e as resistências têm sido significativas. Os dois últimos governos tentaram com limitado sucesso implementar algumas mudanças e o atual governo está colocando substancial esforço para superar as resistências políticas às principais propostas de sua reforma fiscal.

Adicionalmente, existem outros aspectos secundários que afetam particularmente empresas multinacionais, inclusive brasileiras, que operam em diversos países. Estas empresas devem adaptar suas políticas às normas fiscais de várias jurisdições, enfrentando problemas reais no Brasil em determinadas áreas tais como as de preços de transferência, acordos de repartição de custos (cost sharing), tributação imediata de resultados de suas subsidiárias no exterior, falta de regras claras quanto ao aproveitamento local de créditos fiscais por impostos pagos no exterior quando queiram ter no Brasil sua base internacional de investimentos, aplicação prática dos tratados para evitar bitributação, etc.. Entendemos que se por um lado estas dificuldades se devem a ainda limitada inserção internacional do Brasil, que tradicionalmente é um país receptor de investimentos estrangeiros, por outro lado estas questões não enfrentam a resistência política que as chamadas reformas estruturais necessárias enfrentam. Sua superação depende principalmente de aspectos técnicos e em grande parte podem ser solucionados pela administração fiscal.

Neste artigo abordaremos de forma sumária a questão da reforma fiscal necessária e também de forma sumária, alguns aspectos secundários afetando principalmente o investimento das empresas multinacionais no Brasil e que enfrentamos no dia a dia de nossas atividades profissionais.

2 - Principais Gargalos e a Reforma Fiscal Necessária

Como mencionamos acima, existe uma unanimidade quanto à necessidade de uma reforma fiscal, mas não existe a mesma unanimidade sobre qual reforma implementar.

A última reforma fiscal completa ocorreu no Brasil no período de 1965 a 1966. Foi uma reforma de fundo e de qualidade que criou um sistema harmônico de incidências sobre bases econômicas bem definidas e repartidas entre os diferentes níveis governamentais. Foram então criados o IPI e o ICM introduzindo a grande novidade conceitual de serem impostos sobre o valor agregado e, portanto, não cumulativos. Esta técnica, anteriormente só fora aplicada na França.

À época houve dificuldades para a implementação daquela reforma, o que afetou os níveis de arrecadação. Para superar esta dificuldade o governo federal, já em 1970, criou um imposto em cascata, cumulativo e de fácil arrecadação que foi o PIS.

Hoje, o sistema tributário brasileiro é considerado caro, complexo e em muitos aspectos, regressivo, além de ineficiente, principalmente devido às inúmeras contribuições cumulativas, em cascata. Há varias espécies tributárias, incluindo impostos, contribuições sociais, taxas, contribuições econômicas (CIDEs), e contribuições de melhoria. Um recente trabalho publicado pela Câmara Americana de Comércio – Amcham São Paulo, em uma lista não exaustiva, identifica 82 diferentes tributos¹.

Há uma percepção de que muito da deficiência do sistema tributário atual foi causada pela Constituição de 1988, que ao ampliar o papel do Estado na economia, criou um sistema de financiamento insuficiente para o tamanho do Estado nela definido. O resultado foi a criação de uma série de tributos cumulativos para atender a necessidade adicional imediata de financiamento, sem maior preocupação com aspectos técnicos e regras econômicas, visando tão somente a urgência de acréscimos de arrecadação federal².

Este é o caso, por exemplo, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) criada em 1989³, do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) com vigência em 1993 e, posteriormente, recriado como Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) em 1996. A CPMF foi criada e sucessivamente prorrogada, com alíquota elevada de 0,2% para 0,38% em 1999, aumento também aplicado à alíquota da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) aumentada de 0,5% para 2% em 1990 e para 3% em 1999. Estes são típicos exemplos de impostos em cascata de fácil arrecadação que se por um lado atingem o objetivo imediato de aumentar a arrecadação, criam significativas distorções econômicas no que se refere principalmente à competitividade interna e externa dos produtos brasileiros⁴. Em um primeiro passo para a reforma fiscal necessária, é essencial eliminarem-se seus efeitos negativos.

Outro aspecto que merece atenção é a significativa sonegação existente no sistema, especialmente quanto ao imposto de renda e ao ICMS, que são os principais impostos em volume de arrecadação. A Secretaria da Receita Federal mediante o cruzamento de informações da CPMF e da renda tributada, preparou um estudo preliminar que foi divulgado aos jornais em dezembro de 1998. Este estudo indicava que 41,8% da renda tributável em circulação não pagava imposto de renda⁵. Estes números e as inúmeras renúncias fiscais e guerras fiscais

¹ Vide estudo “Reforma (Re-Idéia) Tributária – Dezembro 2002” publicado pela Amcham São Paulo

² Vide Texto para Discussão nº666 – Reforma Tributária no Brasil: entre o ideal e o possível – Edilberto Carlos Pontes Lima, publicado em agosto de 1999 pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Fundação vinculada ao Ministério da Fazenda.

³ A CSLL tem basicamente a mesma base de cálculo do Imposto de Renda das pessoas jurídicas. Apesar da criação da CSLL não representar à época um aumento de carga fiscal para os contribuintes porque houve uma concomitante redução da alíquota do imposto de renda das pessoas jurídicas, resultou em melhoria da arrecadação para o Governo Federal, uma vez que este imposto não estava sujeito a repasse para os Estados da Federação.

⁴ Vide Texto para Discussão nº583 – Uma análise da Carga Tributária do Brasil – Ricardo Varsano e outros, publicado em agosto de 1998 pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Fundação vinculada ao Ministério da Fazenda, quando analisa a abertura econômica, às pgs 28 e 29.

⁵ Citado no relatório do IPEA acima mencionado “Texto para Discussão nº 666” página 17 e nota 10.

existentes no sistema atual são indicativos do imenso espaço para crescimento da arrecadação, permitindo futura redução da carga tributária com aumento da arrecadação total inclusive pelo estímulo ao crescimento econômico. Há uma percepção generalizada de que poucos pagam muito imposto e há a necessidade de ampliação da base contributiva de forma que todos paguem algum imposto e que este corresponda a uma combinação equilibrada entre a capacidade contributiva e o benefício auferido em retorno de serviços básicos de boa qualidade por parte do Estado.

Um outro aspecto crítico do atual sistema tributário é o enorme volume de obrigações acessórias que os contribuintes, especialmente as empresas, devem cumprir a um custo que não é mensurado. As diferentes exigências fiscais dos diversos níveis de governo exigem sistemas de informação sofisticados e caros. As empresas que operam em vários Estados e municipalidades enfrentam uma dificuldade significativa no acompanhamento de exigências fiscais em constante mudança. Por outro lado, as multas por infrações às normas fiscais acessórias são de uma forma geral excessivas, claramente punitivas e não compatíveis com o eventual dano que a falta de seu cumprimento possa causar. Há uma urgente necessidade de simplificação e de eficiência. Neste contexto, é possível que um investimento maciço em informatização e na qualificação de pessoal em todos os níveis governamentais, tivesse como retorno imediato uma sensível melhoria do problema da sonegação, reduzindo-se também o custo com obrigações acessórias para os bons contribuintes. A federalização do ICMS que resulte em uma regulamentação legislativa única já seria um bom progresso nesta questão.

Há ainda questões de solução mais complicada como a incerteza quanto ao pagamento de determinados tributos à entidade governamental correta em face de interpretações não consolidadas de nossos tribunais. Isto se aplica, por exemplo, a conflitos relativos ao município para o qual o ISS deve ser recolhido, à tributação aplicável a serviços de uso da Internet, etc, conflitos estes para os quais o Judiciário ainda não consolidou uma diretriz que dê segurança ao contribuinte. A necessidade de melhoria na qualidade técnica legislativa, também é um objetivo altamente desejável. A quantidade de legislação tecnicamente pobre é uma das dificuldades enfrentada por todos aqueles que militam na área tributária.

Finalmente, o aspecto mais positivo do atual sistema tributário brasileiro é, a despeito dos aspectos de sonegação e renúncia fiscal mencionados acima, sua eficácia em arrecadar. A propósito, estudo recente publicado pelo UNIBANCO⁶, conclui que a arrecadação geral aumentou em 5,5% do PIB no período de 1998 a 2002, sugerindo um combate recente mais eficiente da administração fiscal à sonegação, bem como algum abandono ao recurso da renúncia fiscal, quando possível.

A carga tributária brasileira é a maior da América Latina, estimada em mais do que 33% do PIB. A reforma fiscal necessária deverá ter sempre como parâmetro a necessidade do Governo manter, no médio prazo, um alto superávit primário para estabilizar a dívida interna. Os gastos do Governo medidos em proporção do PIB continuam elevados demais, exigindo alta tributação para atingir as metas de superávit primário necessárias. Neste contexto as despesas com pensões

⁶ Vide o recente trabalho publicado em 22 de abril de 2003 pela equipe econômica do UNIBANCO – Economic Insights – A morte e os impostos.

e aposentadoria, com o INSS, são o maior item individual, e representaram aproximadamente 6,7% do PIB em 2002⁷, evidenciando a urgência da reforma previdenciária.

Apesar do grande número de impostos existentes, o mencionado estudo do UNIBANCO, que excluiu as receitas municipais, demonstra que aproximadamente 90% da arrecadação está concentrada em 9 impostos, e os cinco mais importantes respondem por 75% da receita. Em 2002, segundo o estudo, o ICMS representou aproximadamente 24% da arrecadação, enquanto o Imposto de Renda representou 20%. Somando-se ao percentual do ICMS o percentual de 4% do IPI e ao percentual do Imposto de Renda, 3% da Contribuição Social sobre o Lucro, temos que os impostos de valor agregado representaram em 2002 o total de 29% da arrecadação, enquanto que os impostos diretos representaram somente 23%⁸.

Juntando-se o percentual do ICMS ao percentual dos demais impostos indiretos teremos que 53% da arrecadação baseia-se em impostos indiretos, com efeito negativo sobre a distribuição de renda, na medida em que afetam igualmente todas as camadas de população. Além disto, a COFINS e a CPMF, representando aproximadamente 17% da arrecadação incidem em cascata, afetando a competitividade dos produtos brasileiros e sua exportação. Como percentagem do PIB, a carga de contribuições cumulativas ampliou-se de 1,5% em média, na segunda metade dos anos 80, para 5,7% em 2002, ou seja, um crescimento de 480%⁹.

Note-se que tanto o ICMS quanto o IPI não incidem de forma neutra somente sobre o valor agregado. Na prática, há diversas restrições nas legislações estaduais e na federal que restringem o crédito efetivo de impostos pagos nas etapas anteriores de produção ou postergam sua utilização no tempo, bem como impedem ou dificultam a restituição de créditos acumulados, onerando-se a produção de forma similar aos impostos cumulativos, em cascata.

Adicionalmente, o INSS incidente sobre a folha de salários representa aproximadamente 16% da arrecadação, encarecendo o custo de mão-de-obra, juntamente com os ônus da complexa legislação trabalhista brasileira. A consequência é um provável estímulo ao investimento em bens de capital que permitam poupar pessoal, que é um fator abundante na economia. Os efeitos negativos refletem-se em menor expansão do mercado consumidor interno e em pior distribuição de renda.

2.1 - Conclusão

Esta é uma breve e limitada relação dos principais “gargalos” do atual sistema tributário brasileiro que se pretende reformar. O atual governo acaba de propor emenda à Constituição que lhe permitirá dar os primeiros passos para eliminação de alguns destes “gargalos”, dando continuidade aos esforços do governo anterior, espera-se que com maior sucesso.

De fato, a Proposta de Emenda à Constituição N° 41/2003 (PEC 41), já aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça do Poder Legislativo, caso aprovada pelo Congresso em seu texto atual

⁷ Vide estudo do UNIBANCO, tabela à página 2.

⁸ Uma conclusão similar para o período anterior a 1998, se encontra no estudo “Texto para Discussão n° 583” do IPEA, citado em nota anterior.

⁹ Vide citação à página 4 do estudo “Texto para Discussão n° 832” – Substituindo o PIS e a COFINS – e por que não a CPMF? – por uma contribuição não cumulativa -- Ricardo Varsano e outros, publicado em outubro de 2001 pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Fundação vinculada ao Ministério da Fazenda

implementará a federalização do ICMS, o principal imposto em volume de arrecadação. A proposta prevê a redução das atuais 44 alíquotas do ICMS para 5 alíquotas básicas, uma enorme simplificação, bem como a completa desoneração do imposto para mercadorias exportadas com manutenção do imposto pago nas operações anteriores. A proposta deverá permitir que a não cumulatividade do ICMS seja mais efetiva com base em lei complementar a ser emitida. A proposta elimina o direito dos Estados de conceder renúncias fiscais, mitigando os efeitos da atual guerra fiscal. Haverá um regulamento único para o ICMS que deverá, em princípio, reduzir o custo das empresas em relação as atuais obrigações acessórias específicas para cada Estado.

Estão ainda na PEC 41 outras propostas que permitirão tributação progressiva do patrimônio bem como a previsão para a não cumulatividade da COFINS e a permissão ao poder executivo para reduzir a alíquota da CPMF, que como tecnicamente desejável deveria ser mínima, unicamente com a finalidade de servir de suporte no combate à sonegação fiscal, e nunca com objetivos arrecadatários.

A PEC 41 é um primeiro passo muito relevante em direção à reforma tributária necessária para devolver competitividade aos produtos e serviços brasileiros. Neste sentido, endossamos a conclusão do citado estudo do UNIBANCO de que existe uma boa probabilidade de que a proposta tenha um bom resultado no Congresso, melhor do que as tentativas do Governo anterior. Se isto se concretizar, poderemos e deveremos desencadear um processo de reformas na área tributária com o objetivo de atingir uma efetiva redução da carga tributária como proporção do PIB e uma melhor distribuição de seu ônus, o que é uma tarefa para os próximos dez anos.

3 - Aspectos Fiscais que Afetam a Inserção Internacional

A legislação tributária brasileira, mais especificamente na área do imposto de renda, vem se consolidando no tempo e geralmente é bem adaptada à evolução econômica interna.

Entretanto, em que pese a substancial rede de tratados internacionais para evitar bitributação que o Brasil celebrou com diversos países¹⁰, a adaptação da legislação fiscal aos fenômenos de globalização ainda é incipiente o que gera um potencial de bitributação tanto para multinacionais estrangeiras quanto às de origem nacional para determinadas operações transnacionais intragrupo. A bitributação geralmente ocorre quando uma jurisdição não aceita custos que entende devam ser alocados a entidades da outra jurisdição ou não aceita margens de lucro estabelecidas entre empresas do mesmo grupo. Como se vê este é nitidamente um problema comum às empresas transnacionais e que surge quando duas jurisdições por terem entendimento diverso acabam querendo tributar o mesmo lucro do grupo.

Neste sentido, passamos a comentar algumas destas transações típicas e seu tratamento no Brasil:

¹⁰ A falta de um acordo com os Estados Unidos da América e com a Inglaterra, colabora com alguns dos problemas que comentamos a seguir.

3.1 - Preços de Transferência ("Transfer-Pricing")

O Brasil, indo contra a tendência mundial de adoção de regras de preços de transferência baseadas no modelo OECD, criou suas próprias regras de preços de transferência. Tais regras têm se mostrado ineficientes. É patente a necessidade de alteração do modelo atualmente adotado pelo Brasil.

A maioria dos países que possuem legislação interna sobre preços de transferência, incluindo aqueles localizados na América Latina, adotam regras baseadas nos padrões estabelecidos pela OECD. Tais regras determinam que partes relacionadas quando operem entre si, devem utilizar preços equivalentes ao preço cobrado em transações semelhantes entre partes não relacionadas ("arm's length principle").

O Brasil é um dos poucos países que não segue os princípios desenvolvidos pela OECD para estas transações, tendo implementado uma nova e *sui generis* metodologia para fins de preços de transferência. A atual legislação brasileira de preços de transferência determina “a priori” qual é a margem adequada para a determinação (i) do valor máximo de custos dedutíveis no Brasil no caso de importação de bens ou serviços de partes relacionadas ou (ii) do valor mínimo de receita a ser tributada no Brasil no caso de exportação de bens e serviços.

Embora a empresa brasileira tenha a opção de escolher o método a ser aplicado dentre os vários métodos aceitos pela legislação, a determinação de percentuais fixos claramente não reflete a realidade do mercado brasileiro e internacional.

É freqüente a elaboração pela matriz de grupos multinacionais de estudos globais sobre os preços de transferência que devam ser praticados nas transações entre suas afiliadas, para atender aos princípios de preço a mercado ("arm's length") que estejam de acordo com as regras de preços de transferência aplicáveis para a maioria dos países. Estes estudos freqüentemente não atenderão aos requisitos da legislação brasileira.

O resultado é a bitributação¹¹ nas transações com o Brasil. A existência de uma legislação tão peculiar e específica coloca o Brasil, inúmeras vezes, em uma posição de desvantagem em relação às demais afiliadas do grupo, quando se sabe que na maioria dos grupos multinacionais as empresas disputam entre si os mercados mundiais com base em sua maior ou menor competitividade.

Não somente investidores estrangeiros, mas também legisladores e autoridades fiscais de outros países vem criticando o sistema brasileiro de preços de transferência. Todavia, até a presente data, nenhuma medida no sentido de aproximar as regras brasileiras ao modelo OECD foi tomada. Existiu uma tentativa de reforma para a inclusão do princípio de preços de mercado (arm's length principle) na legislação brasileira, mas tal reforma não foi aprovada.

¹¹ Isto porque caso o valor da transação não esteja de acordo com os resultados obtidos pela aplicação das regras brasileiras de preços de transferência, o valor adicional de despesa (no caso de importação de bens ou serviços) não será dedutível pela empresa brasileira. Do mesmo modo, no caso do preço de um bem ou serviço exportado ser inferior ao valor mínimo de receita calculado com base na metodologia brasileira, tal diferença deverá ser adicionada ao lucro para fins de tributação. Sendo assim, caso a matriz tenha que adotar um critério único para todas as transações entre partes relacionadas, é freqüente a ocorrência de bi-tributação do mesmo fato gerador, se considerarmos a transação como um todo.

A propósito vale citar o exemplo da Venezuela. Quando a Venezuela decidiu implementar regras de preço de transferência, o país editou uma "cópia" da atual legislação brasileira. Entretanto, a legislação mostrou-se tão ineficiente e em desacordo com padrões internacionais que a Venezuela foi obrigada a revogar tais regras e a promulgar uma nova legislação de preços de transferência baseada no modelo da OECD.

A par da fixação de margens pela legislação brasileira, o que tem criado os obstáculos acima mencionados, a atual legislação criou um problema muito mais sério ao fixar uma margem mínima de 60% , na hipótese de bens, serviços ou direitos importados, aplicados na produção.

Para ilustrar o problema gostaríamos de mencionar um caso típico de problema sério que vem sendo enfrentado por diversos de nossos clientes, especialmente na área de autopeças, que é um setor da economia que trabalha com margens mínimas e já era afetado pelas margens anteriores de 20%, fixadas pela legislação de preços de transferência.

Nesta atividade é comum que partes de uma determinada peça sejam importadas de outras empresas do grupo, e as demais partes sejam produzidas no país. O produto final é vendido às montadoras, tradicionalmente com margens mínimas, como é de conhecimento comum àqueles que tem experiência com este setor da economia.

Para a determinação de preços de transferência normalmente se aplicaria a esta situação o método do Preço de Revenda menos o Lucro (PRL). A legislação determina que para aplicação deste método, a margem de lucro a ser considerada é de:

- a) Vinte por cento, sobre o preço de revenda, na hipótese de revenda de bens, serviços ou direitos;
- b) Sessenta por cento, sobre o preço de revenda na hipótese de bens, serviços ou direitos importados aplicados na produção.

O artigo 12, § 11 da Instrução Normativa da Receita Federal nº 243 de 11 de novembro de 2002 interpreta que na hipótese b) acima, para o cálculo da margem aplicável às partes importadas o percentual de 60% deve ser aplicado proporcionalmente.

Em outras palavras, de acordo com a lei e a interpretação de sua aplicação pelas autoridades fiscais, as partes importadas devem ser vendidas com uma margem de 60%, porque aplicadas na produção da peça final. Por outro lado, se as mesmas partes fossem importadas para revenda poder-se-ia considerar uma margem de 20%. Trata-se de uma penalidade absurda para a indústria que ao invés de importar a autopeça pronta, importa somente parte da mesma produzindo a autopeça final localmente, gerando empregos, lucros e tributos no país. Temos certeza que este não pode ser o objetivo de uma legislação de preços de transferência adequada.

Em resumo, é patente a necessidade das atuais regras brasileiras de preço de transferência se adequarem aos padrões internacionais, como por exemplo, às regras da OECD tendo em vista questões de competitividade dos produtos brasileiros. A mudança dos parâmetros atualmente vigentes não acarretará necessariamente uma redução na arrecadação do país, mas certamente afetará positivamente a melhoria da competitividade da produção nacional, atraindo maiores investimentos estrangeiros.

3.2 - Acordos de Repartição de Custos ("Cost Sharing")

Não existe legislação tributária (e cambial) sobre o tratamento aplicável aos contratos de repartição de custos (cost sharing). Desta forma, tais contratos acabam sendo tributados no Brasil como se fossem contratos de importação de serviços.

É muito comum em grupos multinacionais a concentração de determinadas atividades em uma única entidade com o objetivo de atingir maior eficiência, e a subsequente repartição dos custos que beneficiam as várias entidades do grupo. Existem várias modalidades de contratos desta espécie que eventualmente devem ser analisadas caso a caso, levando a conclusões diferentes quanto ao seu tratamento fiscal.

Regra geral, um contrato de repartição de custos estabelece métodos de alocação proporcional de custos incorridos por uma empresa do grupo por atividades que estão diretamente ligadas às atividades e ou aos resultados de subsidiárias espalhadas em diversos países. O rateio dos custos a serem reembolsados por cada afiliada deve ser proporcional aos benefícios que cada empresa espera colher como resultado dos custos incorridos, mas nem sempre é fácil determinar qual método seria o mais adequado.

São comuns os contratos "guarda-chuva", no qual todas as subsidiárias que irão assumir determinados custos incorridos pela matriz são partes do contrato. Entidades norte-americanas e européias de um mesmo grupo, frequentemente implementam este tipo de estrutura. Os problemas de alocação de custos e benefícios não são de fácil solução, mas a Comissão de Assuntos Fiscais da OECD vem estudando a questão nas últimas décadas e seria importante que as autoridades fiscais brasileiras se envolvessem nesta discussão para que pudéssemos evoluir nesta matéria, criando-se legislação fiscal (e cambial) que desse segurança aos contribuintes. No Brasil, o contrato de repartição de custos encontra muitas dificuldades práticas e impactos fiscais negativos como resultado da falta de legislação específica sobre o assunto.

A primeira dificuldade refere-se ao risco que despesas desta natureza incorridas por empresas brasileiras tenham sua dedutibilidade fiscal questionada por desacordo quanto aos critérios de rateio. Não há princípios claros que endossem qualquer critério, mas a jurisprudência tem decidido que a proporcionalidade é aceitável, nos casos de contratos deste tipo entre empresas de grupos brasileiros que foram questionados pelas autoridades fiscais.

A segunda dificuldade está na disposição do artigo 6º do Decreto-Lei 1418 de setembro de 1975, consolidado no atual Regulamento do Imposto de Renda, artigo 708, que adota o princípio de fonte pagadora brasileira para exigir o imposto de renda de fonte, ante o princípio de tributar a fonte produtora do rendimento. Anteriormente ao referido decreto-lei o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes consagrara o princípio de tributar a fonte produtora do rendimento e não a fonte pagadora¹². Assim, de acordo com a legislação vigente, reembolsos de despesas puros que inclusive não contém um componente de lucro, são em princípio tributados na fonte quando remetidos para empresas do grupo operando em favor da subsidiária brasileira.

¹² Vide por exemplo a Súmula 585 do STF.

Em termos práticos, é freqüente existir um contrato guarda-chuva para as várias empresas do mesmo grupo, exceto para a subsidiária brasileira, para a qual são desenvolvidas outras alternativas, mais caras.

Embora a nossa análise esteja direcionada aos obstáculos fiscais do atual sistema tributário brasileiro, entendemos ser importante citar a falta de regras e procedimentos cambiais para este tipo de operações internacionais. As regras de controle cambial em vigor não estabelecem procedimentos, regras ou limites para remessas ao exterior à título de reembolso de despesas relativas a contratos de repartição de despesas.

Especificamente, os contratos de repartição de custos para pesquisa e desenvolvimento de nova tecnologia ("R&D"), eram anteriormente regulados pela Instrução Normativa No. 116/93 do INPI, sendo que tais contratos precisavam ser registrados perante o INPI e o Banco Central do Brasil ("Banco Central") para que a empresa brasileira pudesse fazer a remessa ao exterior da parcela dos seus custos, conforme estabelecido no contrato. Todavia, a referida instrução normativa foi revogada, e o entendimento extra-oficial do INPI, é de que remessas a título de repartição de custos para R&D não são atualmente permitidas no Brasil.

Como o Banco Central nunca regulamentou a matéria é freqüente a remessa de tais valores a título de pagamentos por "serviços administrativos e outros". Isto porque, o sistema para remessa de valores ao exterior não tem um "campo" próprio para fins de remessa ao exterior que trate de reembolso de despesas ou repartição de custos.

Alternativamente, a empresa brasileira poderia pedir uma autorização expressa ao Banco Central para remessa dos fundos a título de reembolso de despesas. Todavia, o Banco Central não tendo prazo determinado para emitir a resposta pode demorar entre dois e três anos.

Sob o ponto de vista fiscal, há controvérsia sobre se o contrato de repartição de custos pode ser caracterizado como uma prestação de serviços entre as partes ou se os pagamentos são um mero reembolso de despesas feitas em favor do remetente. Como mencionamos acima, face à atual legislação, independentemente de sua caracterização, os valores remetidos ao exterior estão geralmente sujeitos ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15% e, eventualmente, à contribuição de intervenção do domínio econômico - "CIDE", à alíquota de 10%. Esta é aplicável aos pagamentos ao exterior decorrentes de transferência de tecnologia, serviços administrativos e semelhantes.

Entendemos, entretanto, que existem argumentos relevantes para justificar que devido à natureza de reembolso de despesa, a remessa destes valores não deveria estar sujeita ao imposto de renda na fonte e a CIDE, quando aplicável. Isto porque a empresa brasileira não está pagando por serviços prestados por outra empresa do grupo e a empresa recipiente não está recebendo renda. A matriz está somente recuperando o valor desembolsado em decorrência de ter incorrido em uma despesa em benefício de sua afiliada. Nunca é demais ressaltar que se os valores não fossem reembolsados, as autoridades fiscais do país de residência da entidade estrangeira provavelmente não aceitariam a despesa como dedutível por ter sido incorrida em favor da subsidiária brasileira.

Desde que comprovados os gastos e que se tratem de despesas necessárias à atividade da empresa brasileira¹³, entendemos que as despesas devem ser consideradas dedutíveis. Entretanto, a falta de legislação específica a este respeito faz com que algumas empresas brasileiras utilizem critérios das regras de preço de transferência aplicáveis para compra de bens e serviços para fins de determinar o valor máximo dedutível no Brasil, ou seja, consideram para fins de dedutibilidade que houve uma importação de serviços, fato que efetivamente não ocorre.

Os comentários acima têm o objetivo de mostrar as dificuldades apontadas por empresas estrangeiras para implementar, em relação a suas subsidiárias brasileiras, contratos de rateio de custos. Infelizmente, as autoridades fiscais ainda não analisaram com profundidade este assunto, causando uma situação de insegurança nos investidores internacionais.

As empresas estrangeiras alegam que os custos fiscais adicionais em decorrência da tributação dos contratos de repartição de custos, inviabilizam implantar no Brasil este tipo de otimização de despesas comuns do grupo, fazendo com que as empresas brasileiras do grupo percam competitividade no mercado internacional.

3.3 - Tributação de Lucros Auferidos no Exterior

De acordo com a legislação tributária atual, os lucros auferidos no exterior, por intermédio de sociedades controladas ou coligadas, são considerados disponíveis, para fins de tributação no Brasil, quando forem apurados, independentemente da real disponibilização e/ou distribuição dos recursos. Esta regra está claramente em desacordo com o princípio da efetiva disponibilidade jurídica e econômica, além de ir contra a tendência dos países da América Latina de incentivar a criação de veículos de investimento no país.

De acordo com a Lei No. 9532/97, o lucro auferido por empresa no exterior, controlada ou coligada de empresa residente no Brasil, eram tributados somente quando disponibilizados para a empresa residente no Brasil. Para fins desta lei, eram considerados eventos de disponibilização: (i) a transferência do registro do valor do lucro para qualquer conta representativa de passivo exigível da controlada ou coligada domiciliada no exterior, (ii) o crédito do valor em conta bancária, em favor da controladora ou coligada no Brasil, (iii) a entrega do lucro, a qualquer título, a representante da beneficiária, (iv) a remessa dos lucros, em favor da beneficiária, para o Brasil ou para qualquer outra praça; (iv) o emprego do valor, em favor da beneficiária, em qualquer praça, inclusive no aumento de capital da controlada ou coligada, domiciliada no exterior.

A empresa brasileira tributava os lucros da sua coligada ou controlada no exterior somente quando recebia efetivamente os rendimentos ou quando da ocorrência de eventos que permitissem assumir uma presunção de que a disponibilidade indireta dos lucros ocorrera.

A Medida Provisória No. 2158-35, de 24 de agosto de 2001, alterou a legislação determinando que os lucros auferidos por controlada ou coligada no exterior fossem considerados disponibilizados para a controladora ou coligada no Brasil na data do balanço no qual tiverem

¹³ Apesar de haver bastante subjetividade quanto a este aspecto.

sido apurados. Além disso, estabeleceu que os lucros apurados até 31 de dezembro de 2001 fossem considerados disponibilizados em 31 de dezembro de 2002, salvo se ocorrida antes desta data, qualquer das hipóteses de disponibilização previstas na legislação anterior.

Entendemos que esta presunção absoluta de disponibilidade pelo mero decurso de tempo está em desacordo com o sistema tributário brasileiro e com as tendências internacionais. A hipótese de tributação na data de apuração dos lucros da coligada ou controlada fere os princípios tributários gerais de disponibilidade jurídica e econômica e reduz a competitividade para empresas que porventura queiram fazer do Brasil sua base de operações, por exemplo, na América Latina¹⁴.

Embora se possa argumentar que a empresa brasileira ao ter o controle possa decidir sobre o destino dos lucros da controlada, as empresas têm personalidades jurídicas distintas e conseqüentemente, distintos patrimônios. Os lucros de coligadas ou controladas antes de sua distribuição ou da retirada através de outros meios fazem parte do patrimônio destas empresas, não se misturando com o patrimônio dos seus sócios. Desta forma, não existe uma efetiva disponibilidade jurídica e econômica dos lucros apurados pelas subsidiárias no exterior.

Por outro lado, a não ser para subsidiárias localizadas em paraísos fiscais não há uma vantagem de arrecadação significativa para o fisco brasileiro ao adotar esta postura discutível. De fato, como a maioria dos países adota alíquotas estatutárias semelhantes, em torno de 34%, em geral, o crédito fiscal do imposto estrangeiro evita que haja nova tributação. Se o objetivo é não permitir um diferimento indefinido em paraísos fiscais, poder-se-ia pensar em uma legislação mais específica do tipo “passive income” adotado pela legislação tributária americana. As atividades “ativas” de empresas residentes no Brasil, procurando globalização deveriam ter uma legislação mais branda permitindo-se o diferimento como contrapartida de sua necessidade de recursos para competir em igualdade com multinacionais residentes em jurisdições que permitem tal diferimento. Trata-se de postura meramente arrecadatória, e, entendemos que ineficiente, sem uma visão mais ampla das questões de competitividade.

A falta de uma legislação que seja competitiva nesta matéria cria uma eventual desvantagem competitiva de se investir no Brasil.

Enquanto a maioria dos países tenta atrair investidores internacionais, incluindo aqueles que desejam concentrar seus investimentos no exterior através de uma *holding*, o Brasil ruma na direção contrária. Com o atual sistema de tributação imediata dos lucros de coligadas e controladas no exterior, o país está não somente bloqueando o desenvolvimento de multinacionais a partir do Brasil, mas também desincentivando a expansão de empresas nacionais em outros países.

¹⁴ O Chile recentemente criou legislação exonerando multinacionais que queiram fazer daquele país sua base de operações latino-americana.

3.4 Dedutibilidade no Pagamento de Royalties

Desde 1958, existe a limitação para a dedutibilidade e para remessas ao exterior de royalties e pagamentos por assistência técnica em excesso a percentuais que variam entre 1% e 5% das vendas líquidas do produto fabricado no país. Tais percentuais estão claramente defasados, havendo a necessidade de repensar esta política para adequá-la às atuais condições do mercado.

De acordo com a legislação brasileira¹⁵, "as somas das quantias devidas a título de royalties pela exploração de patentes de invenção ou uso de marcas de indústria ou de comércio, e por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, poderão ser deduzidas como despesas operacionais até o limite máximo de 5% da receita líquida das vendas do produto fabricado ou vendido", ressalvadas algumas exceções. Esta legislação determinava desde sua criação que os coeficientes percentuais admitidos para as referidas deduções seriam estabelecidos e revistos periodicamente, mediante ato do Ministro da Fazenda, considerados os tipos de produção ou atividades reunidos em grupos, segundo o grau de essencialidade.

Em 1959 foi promulgada a Portaria do Ministro da Fazenda, Portaria No. 436/58 estabelecendo os coeficientes percentuais admitidos. Entretanto, até a presente data após aproximadamente meio século, não houve qualquer revisão dos quocientes previstos pela Portaria original, conforme proposto pela própria legislação. Talvez por mera comodidade.

Esta legislação tinha sentido como limitação às despesas a este título, geralmente pagas entre partes relacionadas, em uma época em que uma legislação sobre preços de transferência não havia ainda se desenvolvido no mundo. Hoje ela não faz mais sentido e o problema adicional é que inibe também a contratação de tecnologia entre partes não relacionadas.

Se por um lado essa legislação faz com que haja bitributação para empresas multinacionais que transferem tecnologia para suas subsidiárias brasileiras (e que não podem adotar "cost sharing agreements" no Brasil, como vimos anteriormente), também inibem a compra de tecnologia de partes não relacionadas pelas demais empresas brasileiras.

Em outras palavras, é patente a necessidade de revisar esta legislação para adequá-la às condições atuais do mercado. Os atuais percentuais e limites claramente desincentivam o investimento em tecnologia no Brasil por empresas multinacionais, bem como desincentivam em geral a contratação por residentes no Brasil de tecnologia no estrangeiro, tão necessária à competitividade do produto brasileiro.

¹⁵ Lei No. 3470/58, art. 74, e Lei No. 4131/62, art. 12, e Decreto-Lei No. 1730/79, art. 6º.

3.5 - CIDE - Contribuição de Intervenção do Domínio Econômico

A Lei No. 10.168 criou a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico ("CIDE"), tributando as empresas residentes no Brasil nos pagamentos ao exterior a título de royalties, assistência técnica e outros serviços, à alíquota de 10%.

A CIDE foi criada em 29 de Dezembro de 2000 pela Lei No. 10.168, com o objetivo de financiar o "Programa de tributando Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação".

Se de um lado existe consenso de que o incentivo ao desenvolvimento tecnológico é um imperativo para a competitividade da indústria brasileira, que o ônus do financiamento deste esforço caia sobre a própria aquisição de tecnologia é um contra-senso.

A par de questões mais complicadas relacionadas à própria legalidade desta contribuição¹⁶, a instituição desta tributação adicional, é um claro inibidor da contratação de tecnologia disponível no mercado internacional e que pode ser aplicada de imediato a produtos brasileiros, visando sua competitividade global.

No que se refere às multinacionais e às transações entre partes relacionadas, a CIDE como criada representa uma bitributação na medida em que sob o ponto de vista de técnica tributária a CIDE representa um custo adicional de operar no país. Isto porque sendo um tributo devido pelo residente no país, ao invés de um tributo devido pelo residente no exterior, recipiente da renda, regra geral, a CIDE não pode ser abatida pelo titular do direito, no país de residência. Trata-se de um custo adicional efetivo de operar-se no Brasil.

Entendemos que a cobrança da CIDE não faz sentido para um país como o Brasil que necessita de tecnologia externa para que as empresas locais possam se tornar aptas à exportação. O aumento dos custos de produção pela incidência da CIDE prejudica drasticamente as empresas brasileiras em termos de competitividade.

É altamente recomendável buscarmos outras formas mais eficientes para estimular o investimento em tecnologia no Brasil.

¹⁶ A criação da CIDE Tecnologia tal como foi feita, fere princípios constitucionais de fundo (por se tratar de intervenção na economia) e de forma, por ter sido criada por lei ordinária.

3.6 - Os Tratados Internacionais e o Imposto de Renda na Fonte na Importação de Serviços

A legislação brasileira determina que estão sujeitos à incidência do imposto na fonte (à alíquota de 25% ou 15%, dependendo do caso específico) os rendimentos de serviços derivados do Brasil e recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada. Esta lei claramente conflita com o art. 7º dos tratados internacionais para evitar bi-tributação.

Já discutimos acima a questão de que a legislação brasileira adota nos termos do Decreto-Lei 1418/75 o critério de tributar rendimentos de serviços derivados do Brasil, e as dificuldades que esse regime gera em relação aos contratos de repartição de custos (cost sharing). É o critério de fonte pagadora para tributar pagamentos a não residentes ao invés do critério de fonte produtora dos rendimentos. De fato, o Decreto-Lei No. 1418/75 estabelece que *"estão sujeitos à incidência do imposto na fonte (à alíquota de 25% ou 15%, dependendo do caso específico) os rendimentos de serviços derivados do Brasil e recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada".*

O Brasil firmou diversos tratados para evitar bitributação que, de forma geral, seguem o modelo de tratado da OECD. O item 1 do art. VII dos tratados que seguem o modelo OECD, estabelece que *"os lucros de uma empresa de um Estado Contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado Contratante por meio de um estabelecimento permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros são tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse estabelecimento permanente"*.

Trata-se do princípio de não tributar a fonte produtora do rendimento na hipótese de haver um tratado para evitar bitributação. Assim, os pagamentos relativos aos serviços produzidos por empresa residente em país com o qual o Brasil tem tratado para evitar bitributação não deveriam ser onerados com o imposto de renda sobre remessas. De fato, o Código Tributário Nacional determina a prevalência dos tratados sobre a lei interna.

As autoridades fiscais emitiram entendimento diverso nesta matéria que atualmente está sendo contestado no judiciário.
