

*Controlled Foreign Corporations: Revisitadas à Luz dos Tratados de Bitributação e do Direito Comunitário Europeu**

Jacques Malherbe

Professor de Direito da Universidade Católica de Louvain. Advogado em Bruxelas.

Resumo: O artigo apresenta um panorama histórico das regras de tributação dos lucros auferidos por empresas controladas no exterior - as chamadas *Controlled Foreign Corporations (CFC)* - e explica os critérios utilizados para a definição do regime fiscal dessas empresas em diversos países. O autor analisa o regime das CFCs em oposição aos princípios constitucionais, tomando por base o caso brasileiro, e faz uma análise da compatibilidade do regime CFC frente aos tratados de bitributação e ao direito comunitário europeu.

Abstract: The article presents a historical overview of the rules regarding the taxation of profits derived through controlled companies abroad - the so-called *Controlled Foreign Corporations (CFC)* - and explains the criteria utilized for the definition of the tax regime of such companies. The author analyses the CFC regime in opposition to constitutional principles, taking the brazilian case as an example, and makes an analysis of the compatibility of the CFC regime in view of double tax treaties and the Community Law.

Introdução

A. Neutralidade de importação de capitais e neutralidade de exportação de capitais

Muitos países tributam seus residentes - sejam pessoas físicas ou jurídicas - em relação à renda mundial (*worldwide income*). No tocante à renda proveniente do exterior, para evitar a dupla tributação internacional, dois métodos são utilizados, sendo cada um baseado em um arcabouço teórico desenhado a partir de uma concepção de neutralidade de tributação e de igualdade entre os contribuintes.

Sob uma perspectiva de Neutralidade de Importação de Capitais (NIC), todos os contribuintes que estiverem fazendo negócios em um mesmo país (estrangeiro) devem ser tratados igualmente. O país de residência irá, portanto, privar-se de tributar a renda estrangeira. Os contribuintes estarão submetidos à tributação em relação à renda estrangeira somente por parte daquele país estrangeiro no qual estiverem fazendo negócios. Eles poderão competir de forma igualitária com empresas locais, contanto que o imposto estrangeiro não seja aplicado de forma discriminatória.

Geralmente, a NIC somente é aplicada para os lucros das empresas (*business income*). O rendimento de investimento, descrito como renda passiva, é tributado

* Traduzido por Ricardo Maitto da Silveira.

no país de residência da forma como seria tributado sob o regime de neutralidade de exportação de capitais.

Isso está refletido no artigo 23 da Convenção Modelo da OCDE sobre Impostos sobre a Renda, na qual o método da isenção, sendo um dos métodos disponíveis para evitar a dupla tributação, é uma combinação de isenção para lucro das empresas e crédito para rendimento do capital.

Na Neutralidade de Exportação de Capitais (NEC), os contribuintes residentes são tributados em relação à renda proveniente de todas as fontes, domésticas ou estrangeiras, mas podem tomar o crédito do valor do imposto incidente no país da fonte para compensação do imposto devido no país de residência. Geralmente, o crédito é limitado ao valor do imposto incidente no país de residência sobre os rendimentos do exterior.

Sobre o rendimento do exterior, o imposto incide, portanto, à maior dentre as alíquotas aplicáveis no país de residência e no país da fonte.

Os contribuintes pagam o mesmo imposto no país de residência se estiverem desempenhando atividades no seu país de residência ou em qualquer país estrangeiro.

B. Controlled foreign corporations

Uma forma simples de se deslocar de NEC para NIC é a utilização de sociedades estrangeiras. A menos que os lucros da sociedade estrangeira sejam distribuídos na forma de dividendos, eles estarão sujeitos a imposto somente no país onde a sociedade estrangeira é tributada. A tributação do sócio no país de residência será “diferida” até que o dividendo seja distribuído ou as ações sejam alienadas com realização de um ganho de capital.

Aplicado a um sócio pessoa jurídica ou uma pessoa que desempenha atividades empresariais, o “diferimento” pode parecer o resultado ilógico de uma mera escolha legal: se as atividades são realizadas no exterior sob a forma de uma filial, sendo, em termos de tratado, um estabelecimento permanente, aplicar-se-á a tributação em bases mundiais com base na NEC; se as atividades são realizadas sob a forma de uma sociedade estrangeira, consegue-se diferir a tributação sobre os lucros do exterior.

Aos investidores pessoas físicas, cujo capital gera renda passiva, o resultado é o mesmo. Para tais investidores, a criação de uma sociedade local em alguns casos resultava em um benefício fiscal, no tempo em que as alíquotas do imposto de renda das empresas eram menores do que as alíquotas do imposto de renda das pessoas físicas. Assim, foram desenvolvidas “regras de sociedade *holding* pessoal” para atingir a renda de tais sociedades nas mãos dos sócios pessoas físicas, ainda que tal renda não tenha sido distribuída.

Em ambos os casos, quando uma sociedade estrangeira é utilizada para acumular lucros ou renda passiva, o benefício fiscal é maximizado se o veículo societário estiver sujeito à baixa ou nenhuma tributação no exterior.

Qualquer que seja a base teórica por trás do sistema tributário local, NIC ou NEC, a ênfase é deslocada da estruturação do sistema tributário para o combate ao abuso.

Embora alguns países tenham implementado de forma favorável uma legislação antidiferimento, ainda que raramente de forma integral, muitos países intro-

duziram a tributação das “controlled foreign corporations”, uma expressão da arte que reveste aquelas subsidiárias de sociedades domésticas ou empresas detidas por contribuintes residentes, cuja renda será prontamente tributada, como renda auferida, em relação aos sócios residentes¹.

Geralmente, a tributação ocorrerá quando:

- os residentes controlarem a sociedade ou nela detiverem uma parcela substancial de participação;
- a renda for passiva ou gerada a partir de operações com partes relacionadas ou originadas fora do país de residência da sociedade estrangeira (“base company income”);
- a renda estiver sujeita a uma alíquota baixa no exterior².

C. História

Em 1937, os Estados Unidos promulgaram as regras relativas à Sociedade *Holding* Pessoal no Exterior (SHPE). Se cinco ou menos pessoas residentes nos Estados Unidos ou cidadãos norte-americanos detivessem, direta ou indiretamente, mais do que 50% das ações de uma sociedade estrangeira e mais do que 60% da renda da sociedade estrangeira fosse de natureza passiva, a renda da sociedade estrangeira seria tributada prontamente em relação aos sócios americanos.

O *Revenue Act* de 1962, elaborado pelo professor de Direito Tributário da Harvard, Stanley S. Surrey, então Subsecretário do Tesouro do Presidente Kennedy, quase aboliu o diferimento por completo, mas definiu as CFCs como sociedades estrangeiras em que sócios americanos - definidos como pessoas americanas detendo individualmente 10% das ações com direito a voto - detinham mais do que 50% dos poderes de voto ou do valor das ações.

A renda de investimento passivo e a renda da sociedade-base estrangeira de tais empresas seriam consideradas como renda passiva e tributadas prontamente em relação aos sócios americanos, com base no “Subpart F” do capítulo correspondente do *Internal Revenue Code* (“*Subpart F income*”)³.

O Canadá e a Alemanha⁴ seguiram a mesma linha em 1972.

A França introduziu o artigo 209B no seu *Code général des Impôts* (CGI) em 1980.

Até 1986, seis países haviam introduzido regras CFC⁵.

¹ Ver, de maneira geral, B. J. Arnold, *The Taxation of Controlled Foreign Corporations: an International Comparison*, Toronto, The Canadian Tax Foundation, 1986; J. F. Bianco, *Transparência Fiscal Internacional*, São Paulo, Dialética, 2007; International Fiscal Association, 2001 San Francisco Congress, *Cah. Dr. Fisc. Internat.*, vol. 86 b, Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends: General Report by B. J. Arnold and P. Dibout; National Reports; M. Lang, H.-S. Aigner, V. Scheuerle and M. Stefaner, CFC Legislation, Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law, Vienna, Linde Verlag, 2004: General Report and National Reports; R. Fontana, *The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union*, *European Taxation*, 2006, p. 259 and 317; B.J. Arnold and H. J. Ault, *Comparative Income Taxation: a Structural Analysis*, 2nd ed., The Hague, Kluwer, 2004, p. 377.

² Arnold, Dibout, p. 40.

³ § 951-971.

⁴ Foreign Tax Act, 8 September 1972.

⁵ Estados Unidos, Canadá, Alemanha, Japão, França e Reino Unido.

Muitos outros países então seguiram tais regras⁶, enquanto outros ficaram alheios à tendência⁷, amparando-se em outras disposições do direito interno ou considerando a estrutura CFC como sendo extremamente complicada ou contrária a suas políticas fiscais.

Enquanto isso, a OCDE, no seu relatório sobre Concorrência Fiscal Prejudicial (*Harmful Tax Competition*), recomendou que os países adotassem regras CFC⁸.

Apesar da aprovação de tal legislação pelos relatórios da OCDE incluídos nos comentários atualizáveis da organização, a aplicabilidade das regras CFC para uma empresa estabelecida em um país com tratado de bitributação foi questionada⁹.

Finalmente, os comentaristas do Tratado da Comunidade Européia¹⁰ e a Corte Européia de Justiça¹¹ lançaram dúvidas sobre a compatibilidade das regras CFC com um mercado comum, pelo menos quando tais regras fossem aplicadas dentro desse território.

Título I. Estrutura e Problemas da Legislação Doméstica de CFC

Capítulo I. Definição de CFC

I.1. Natureza da entidade

As regras CFC serão aplicadas a entidades que forem tratadas pelo país de residência como entes tributáveis separados.

Elas não serão aplicadas a filiais estrangeiras ou a *partnerships* estrangeiras que forem tratadas como transparentes pelo país de residência.

As entidades híbridas serão consideradas CFCs se o país de residência tratá-las como empresas. No país de fonte, onde elas forem tratadas como transparentes, o imposto não vai ser cobrado da entidade, mas sim dos sócios.

I.2. Participação

De forma geral, as regras CFC serão aplicadas quando os sócios no país de residência exercerem controle, sendo este definido como:

- direito a mais de 50% dos poderes de voto;
- detenção de mais do que 50% do valor do capital; e/ou
- direito ao recebimento de distribuições.

Em alguns países, para combater estruturas artificiais de propriedade, uma empresa estrangeira será uma CFC se um residente detiver 40% das ações e nenhuma outra pessoa tiver controle legal.

Em alguns países, o controle *de facto* pode ser demonstrado mesmo na ausência de controle legal.

⁶ Ver lista anexa em Fontana, p. 266.

⁷ Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Suíça.

⁸ OECD, *Harmful Tax Competition*, p. 44.

⁹ M. Lang, *CFC Regulations and Double Taxation Treaties*, 57 *Bulletin for International Fiscal Documentation* (2003), p. 51.

¹⁰ R. Fontana, *op. cit.*; M. Helminen, *Is There a Future for CFC-regimes in the EU*, 33 *Intertax* (2005), p. 118; M. Lang, *CFC Legislation and Community Law*, 42 *European Taxation* (2002), p. 375; C. Pinto in *Tax Competition and EU Law*, The Hague, Kluwer, 2003, p. 337; W. Schön, *CFC Legislation and European Community Law*, *British Tax Review* (2001), p. 252.

¹¹ ECJ, Case C-196/04, *Cadbury Schweppes*, 12 September 2006.

1.3. Concentração de controle

Em alguns casos, o controle será levado em consideração somente se for exercido por um número restrito de acionistas residentes, cinco ou menos, ou por acionistas que detenham um determinado percentual do controle, 10%¹².

1.4. Participação substancial

O requisito de controle é ditado por considerações de justiça. A tributação de rendimentos não distribuídos de uma CFC é justificada somente quando os acionistas tiverem a possibilidade de distribuí-los e, portanto, controlar a empresa.

Outros países aplicam suas regras CFC a qualquer participação substancial (25%, 10%), mesmo na ausência de controle.

1.5. Participação indireta ou construtiva

A participação indireta é equiparada à propriedade direta. A detenção por meio de entidades intermediárias é atribuída ao último controlador de forma proporcional.

Geralmente, as regras de participação construtiva também serão aplicadas, agregando a participação através de partes relacionadas à propriedade direta dos contribuintes para verificar a existência de controle ou de participação substancial.

1.6. Fundos de investimento estrangeiro passivo

Uma vasta gama de empresas irá escapar da tributação pelas regras CFC. Alguns países introduziram a tributação de residentes em relação a rendimentos auferidos através de fundos de investimento estrangeiro.

Capítulo II. Aspecto Global ou Jurisdicional

Sob uma perspectiva global ou mundial, as regras CFC serão aplicadas quando uma entidade recair sob a definição de uma CFC, independentemente da alíquota aplicada pelo país estrangeiro.

Sob uma perspectiva jurisdicional, as empresas serão consideradas como CFCs somente quando estiverem estabelecidas em países de baixa tributação, os quais têm que ser previamente definidos.

Em ambos os casos, as regras CFC podem ser apontadas somente em direção à renda contaminada (ver abaixo). As regras aplicadas à renda passiva são *per se* uma aplicação da perspectiva global qualquer que seja a sua fonte.

Os países de baixa tributação podem ser definidos por diversos métodos:

- a. pode-se elaborar uma lista de países de baixa tributação (*black list*) ou de países outros que não os países de baixa tributação (*white list*);
- b. a baixa tributação pode ser definida por referência a alíquotas nominais ou alíquotas efetivas;
- c. a baixa tributação pode ser verificada por comparação entre o imposto efetivamente pago no país estrangeiro e o imposto que seria devido no país de residência, sendo o último expresso como um percentual do primeiro

¹² Estados Unidos.

(dois terços, 75%...) ou pode haver baixa tributação se o imposto do país estrangeiro for significativamente mais baixo do que o país de residência; d. a baixa tributação pode também ser definida por comparação de percentuais de alíquotas efetivas.

Muitos países publicam, qualquer que seja o método, listas vinculativas ou não vinculativas de países de baixa tributação.

Os países que utilizam a comparação da tributação real geralmente publicam *white lists*, incluindo países de elevada tributação, embora em alguns casos excluindo os regimes de baixa tributação disponíveis nesses países.

II.1. Perspectiva da entidade ou transnacional

Sob a perspectiva da entidade, uma vez que uma empresa estrangeira seja uma CFC, toda a sua renda será tributável em princípio no nível dos sócios, sujeitos a eventuais isenções.

Sob a perspectiva transnacional, haverá uma distinção entre renda passiva ou contaminada, sujeita às regras CFC e renda não passiva ou não contaminada, que continua a beneficiar-se com o diferimento. A renda será considerada como contaminada quando for de natureza facilmente sujeita à “deslocalização” para fins de elisão fiscal.

Capítulo III. Renda Contaminada

Em países que adotam uma perspectiva transnacional, somente a renda contaminada de uma CFC será tributável no nível dos sócios.

Em países que adotam uma perspectiva global, sejam todas as subsidiárias relevantes CFCs ou mesmo que esses países qualifiquem uma empresa como uma CFC em virtude de seu baixo nível de tributação, a renda contaminada será um fator relevante:

- seja porque a renda não contaminada irá usufruir de uma isenção em relação às regras CFC; ou
- porque toda a renda da CFC será tributável somente se a renda contaminada representar uma certa percentagem da renda total da CFC (*e.g.*, 50%).

Poucos países tributam toda a renda da CFC.

Seção I. Renda Passiva

A renda passiva é tipicamente uma renda contaminada, uma vez que a localização do capital pode ser facilmente manipulada. A definição inclui:

- juros;
- dividendos;
- aluguéis;
- *royalties*;
- ganhos de capital.

Freqüentemente, porém, a renda assim definida será isenta se for decorrente de negócios ativos, tais como:

- juros auferidos por uma instituição financeira ou juros de outra forma auferidos em uma atividade ativa;
- dividendos recebidos de uma subsidiária que desempenhe atividade ativa;

- aluguéis;
- *royalties* quando a CFC for um instrumento para o desenvolvimento do intangível;
- ganhos de capital realizados em relação a bens investidos em negócios ativos.

A isenção será freqüentemente limitada à renda auferida no país de residência da CFC ou à renda recebida de partes não relacionadas.

Seção II. Renda de Sociedade-base

Como no jogo de basquete, a CFC será utilizada como uma base para a aquisição de lucros em países outros que não o seu país de residência. Tipicamente, tal renda será gerada por meio de vendas ou serviços.

O mesmo conceito será aplicado à renda derivada de vendas ou serviços envolvendo partes relacionadas¹³.

Em alguns casos, a renda da sociedade-base será definida a partir do preenchimento de ambos os requisitos: ser auferida às custas de uma parte relacionada e fora da jurisdição da CFC.

O lucro auferido das atividades da CFC na jurisdição da CFC não é incluído na renda da sociedade-base para preservar a posição competitiva da CFC em seu mercado local.

Renda de operações no país de residência da controladora

Em alguns casos, a renda auferida de transações no país de residência da controladora da CFC ou operações que resultem em dedução para um contribuinte em tal país será especificamente considerada como renda passiva, a menos que tal renda seja atribuída a um estabelecimento permanente da CFC no país de residência de sua controladora.

Tipos especiais de renda de sociedade-base

Seguindo considerações de política, tipos específicos de renda podem ser incluídos na renda da sociedade-base:

- renda de transporte marítimo, aéreo ou aeroespacial;
- renda de seguro e resseguro;
- certos rendimentos de atividades de óleo e gás;
- renda de atividades consideradas impróprias, tais como boicotes internacionais;
- o valor de subornos e devoluções de mercadorias roubadas para oficiais estrangeiros.

Seção III. Isenções

Sob a perspectiva da entidade, uma isenção será aplicada a uma CFC de acordo com a natureza de suas atividades ou com outros fatores.

Sob a perspectiva transacional, uma isenção será aplicada a certas espécies de renda.

¹³ As regras CFC serão um substituto para as regras de preços de transferência.

§ 1. *Negócios ativos*

Os países que seguem a perspectiva da entidade irão isentar as CFCs que desempenhem primariamente negócios ativos, *i.e.*, auferiram a maior parte de sua renda (95%, 75%, 50%) desses negócios.

Alguns requisitos adicionais são exigidos, tais como:

- a renda deve ser originada primariamente no país de residência das CFCs;
- a renda deve ser auferida de operações com pessoas não relacionadas;
- os negócios devem ser de manufatura, comércio ou serviços; raramente haverá isenção para empresa *holding* ou empresa marítima;
- uma presença substancial no exterior, materializada através de instalações e empregados.

§ 2. *Isenção de minimis*

Em um país que utiliza a perspectiva da entidade, a CFC será isenta se os seus lucros não atingirem um valor predeterminado.

Em países que utilizam a perspectiva transnacional, uma isenção será aplicada à renda contaminada que não atingir um percentual da renda total ou de um valor predeterminado.

§ 3. *Outras isenções*

Outras isenções podem ser aplicadas quando:

- a CFC distribuir sua renda dentro de um curto período;
- a CFC for listada em bolsa de valores;
- a criação de CFC não for motivada por elisão fiscal.

Capítulo IV. Tributação Atual

Acionistas sujeitos a imposto

As regras CFC aplicam-se geralmente para acionistas pessoas jurídicas e em alguns casos também para acionistas pessoas físicas.

Geralmente, elas serão aplicadas somente para acionistas que detenham uma participação mínima na CFC (5%, 10%, 20%, 25%).

Seção I. Caracterização da Renda

A renda atribuída pode ser tratada como um dividendo presumido. Dessa forma, a renda será qualificada como dividendo sob a perspectiva dos tratados de bitributação ou do direito interno.

A renda da CFC pode manter sua natureza quando estiver nas mãos dos acionistas.

Poderá também ser tratada como uma classe separada de renda.

Sob a perspectiva fiscal, a renda pode ser agregada a outros rendimentos ou segregada e tributada separadamente.

Seção II. Benefícios Fiscais

§ 1. Perdas

Se utilizada a perspectiva global, a renda contaminada não deve ser tributada caso a CFC tenha uma perda global. A perda global deve ser utilizada para compensação no futuro.

Sob uma perspectiva transnacional, somente perdas contaminadas devem compensar renda contaminada. Uma perda contaminada líquida deve ser utilizada para compensação no futuro.

A possibilidade de utilização da perda no futuro (*carry-forward*) será limitada ou definida de acordo com a prática de cada país. Em alguns casos, será permitida a compensação de lucros do passado (*carry-back*).

Alguns países permitem a consolidação da renda e das perdas de várias CFCs.

§ 2. *Impostos estrangeiros*

Geralmente, impostos estrangeiros incorridos pela CFC serão creditáveis aos acionistas. O crédito seria estendido, para esse propósito, para pessoas físicas somente se estes créditos estiverem disponíveis para as empresas.

Se a renda das CFCs for atribuída como tal para os acionistas, nenhuma restrição deve ser aplicada para fins de creditamento de uma parcela proporcional do imposto estrangeiro.

Se a renda da CFC for tratada como dividendo, somente poderá haver crédito para os acionistas que detiverem um percentual predefinido da CFC.

§ 3. *Dividendos posteriores*

Se a renda não distribuída que foi tributada em relação aos acionistas for posteriormente distribuída, o benefício deve ser concedido para o imposto local previamente pago, seja por meio de isenção ou crédito.

§ 4. *Ganhos de capital posteriores*

Um benefício similar deve ser concedido quando a propriedade na CFC for posteriormente alienada com ganho que represente a disponibilidade da renda não distribuída.

As disposições com esse efeito são raras e variam de acordo com o método utilizado:

- redução do ganho pelo valor da renda previamente tributada;
- aumento da base de custo das ações pelo mesmo valor;
- mero decréscimo do ganho pelo valor dos tributos previamente pagos.

Título II. Princípios Constitucionais e CFCs

A introdução de uma legislação CFC pode colidir com princípios constitucionais: igualdade dos contribuintes, tributação de acordo com a capacidade contributiva...

No lugar de mapear diversas Constituições, um exemplo recente foi selecionado, evidenciando os problemas legais envolvidos.

O exemplo do Direito brasileiro

Desde 2002, o Brasil, que pertencia ao grupo de países sem uma legislação CFC, adotou uma legislação que iria praticamente atingir muito além do que qualquer outro sistema, ao considerar os lucros realizados por uma sociedade controlada ou relacionada no exterior como estando disponíveis para a sociedade controladora ou relacionada no Brasil na data do balanço¹⁴.

¹⁴ Medida Provisória n° 2.158-35, artigo 74.

Uma regra similar foi promulgada em 1995¹⁵, mas foi considerada inconstitucional, uma vez que o artigo 43 do Código Tributário Nacional estabelecia que somente poderia ser tributada a renda em relação a qual o contribuinte tivesse disponibilidade.

Em 2001, o artigo 43 do Código Tributário Nacional foi alterado para estabelecer que o fato gerador era a aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica¹⁶ da renda ou de proventos de qualquer natureza, sendo acréscimos patrimoniais. No caso de receitas ou lucros auferidos no exterior, a lei iria estabelecer as condições e o momento em que a disponibilidade consideraria-se efetiva¹⁷.

Posteriormente, foi introduzida a tributação plena da renda de todas as CFCs.

A legalidade do regime ainda é questionada, com base na interpretação do artigo 43.

O parágrafo 2º, relacionado a renda do exterior, não é uma exceção ao parágrafo 1º, o qual estabelece a necessidade de disponibilidade econômica ou jurídica como requisito para a tributação. É uma adição.

Quanto à distinção entre disponibilidade econômica e jurídica, a interpretação prevalente é que a disponibilidade econômica implica efetivo recebimento da renda enquanto a disponibilidade jurídica implica a aquisição do direito ao recebimento da renda.

De qualquer forma, a possibilidade de dispor é exigida e está relacionada com a capacidade contributiva do contribuinte.

Em outras palavras, se a renda decorrente de paraíso fiscal, a qual o contribuinte pode transferir para sua conta através de uma mera instrução, está à sua disposição, esse não é o caso da renda de uma sociedade no exterior que somente pode ser distribuída de acordo com as exigências legais e as disposições do estatuto social¹⁸.

Título III. Compatibilidade da Legislação CFC com os Tratados para evitar a Dupla Tributação

Os tratados de bitributação recentes freqüentemente incluem uma disposição permitindo cada país signatário a aplicar suas regras CFC para empresas residentes no outro Estado, algumas vezes acrescentando algumas restrições. Nesse caso, o problema da compatibilidade das regras CFC com o tratado não se coloca. O mesmo ocorre quando não há uma rede abrangente de tratados, como é o caso de muitos paraísos fiscais.

Os argumentos básicos em favor da compatibilidade são os seguintes.

¹⁵ Lei nº 9.249/95 - ver J. R. Pisani, National Report Brazil, in *IFA*, 2001, San Francisco Congress, cited note 1, pp. 426-427.

¹⁶ "Disponibilidade".

¹⁷ Lei complementar nº 104/2001, alterando o artigo 43 do Código Tributário Nacional.

¹⁸ Ver L. E. Schoueri, "Imposto de Renda e os Lucros Auferidos no Exterior", *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário* vol. 7, São Paulo, Dialética, 2003, pp. 303-330; e também em "Transparência Fiscal Internacional, Proporcionalidade e Disponibilidade: Considerações acerca do art. 74 de Medida Provisória nº 2.158-35", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 142, pp. 39-50; contra O. O. de Pontes Saraiva Filho, "O Lucro de Coligada ou Controlada no Exterior", *Repertório de Jurisprudência IOB* nº 7/2002, Caderno 1, p. 254; T. Maciel, "Tributação dos Lucros das Controladas e Coligadas Estrangeiras", in H. Taveira Tórres (coord.), *Direito Tributário Internacional Aplicado*, Vol. III, nº 5, São Paulo, Quartier Latin, p. 201.

Os tratados são celebrados para impedir a dupla tributação. Seu escopo é limitado à dupla tributação internacional, *i.e.*, à tributação por dois Estados da mesma pessoa em relação ao mesmo rendimento. Eles não contemplam ou solucionam a dupla tributação econômica, *i.e.*, a tributação de duas pessoas diferentes em relação à mesma renda, situação que pode ocorrer internamente e internacionalmente.

Quando um Estado, ao aplicar suas regras CFC, tributa o acionista residente em seu território em relação à renda não distribuída de uma sociedade residente no território do outro Estado, este não tributa a sociedade estrangeira - o que o tratado proibiria -, mas tributa seu próprio contribuinte em relação a um item de rendimento criado por sua própria legislação. Essa situação está fora do escopo do tratado.

Essa questão não se coloca quando o tratado inclui uma *saving clause*, permitindo que o Estado tribute seus cidadãos como se o tratado não estivesse em vigor.

Mais genericamente, os tratados não são um obstáculo à aplicação das disposições domésticas antiabuso. Eles são celebrados com o duplo propósito de colocar de lado a dupla tributação e conter a evasão fiscal. Mesmo quando o tratado não incluía disposições específicas antiabuso, as disposições domésticas podem ser aplicadas. A sua aplicação foi implicitamente aceita pelos Estados contratantes, ao menos até o momento em que elas não forem contrárias ao escopo geral do tratado de combater a evasão fiscal.

Seção I. Comentários da OCDE

A OCDE sempre favoreceu uma visão de compatibilidade, embora sempre em termos evolutivos.

Em 1987, a organização recomendou a introdução de regimes CFC aos Estados-Membros¹⁹ e reiterou a recomendação no seu Relatório sobre Concorrência Fiscal Prejudicial.

Os comentários da Convenção-Modelo endereçou o problema em sua atualização de 1992.

Primeiramente os comentários previram que as regras CFC, como regras de natureza *substance-over-form*, são parte da legislação doméstica relativa à determinação da obrigação tributária, não sendo alteradas pelos tratados de bitributação²⁰. Uma opinião divergente considerou que aquelas regras eram sujeitas à limitação do tratado, especialmente quando as disposições do tratado endereçavam o problema de uso impróprio do tratado²¹.

Nas versões de 2003 e 2005, os comentários fundamentaram sua posição ao estabelecer que a legislação CFC está de acordo com os tratados porque os Estados estão limitados no tocante à tributação de lucros de uma empresa de outro Estado somente pelo artigo 7 do Modelo²².

¹⁹ OECD, Report on International Tax Avoidance and Evasion, 1987, p. 62.

²⁰ Comm., artigo 1, 1992, 22.

²¹ Comm., artigo 1, 1992, 23.

²² Comm., artigo 1, 2005, 23; Comm., artigo 7, 2003, 10.1; Comm., artigo 10, 2003, 37. Opiniões divergentes em Comm., artigo 1, 2003, 27-4 *et seq.*

Entretanto, a compatibilidade está limitada à situação de CFCs localizadas em paraísos fiscais ou que se beneficiassem de um regime fiscal preferencial²³.

Seção II. Precedentes

Reino Unido

No caso *Bricom Holdings*, a *Bricom* era a controladora de uma subsidiária holandesa, *Spinney International BV*, que havia concedido um empréstimo com juros a outra subsidiária do grupo. A *Bricom* foi autuada com base nas regras CFC do Reino Unido em relação a um valor que incluía os juros recebidos.

A *Bricom* argumentou que os juros eram isentos com base no artigo 11 do Tratado de bitributação entre o Reino Unido e a Holanda.

O *Special Commissioners* e a Corte de Apelação consideraram que o valor tributado como lucro não eram os juros, mas um valor fictício resultante do cômputo dos lucros da subsidiária sob a premissa de que esta era residente no Reino Unido.

Portanto, a disposição do tratado em relação a juros não seria aplicável²⁴.

Finlândia

A Suprema Corte Administrativa da Finlândia aprovou a aplicação das regras CFC finlandesas em relação a um Centro de Coordenação Belga (*Belgian Coordination Centre*), sujeito a baixa tributação na Bélgica, a despeito do tratado de bitributação entre Bélgica e Finlândia.

A Corte apoiou-se nos Comentários da OCDE e no relatório da OCDE sobre concorrência fiscal prejudicial. Enfatizou que muitos Estados-Membros da OCDE aplicavam regras CFC.

A Corte citou novamente os argumentos clássicos em favor da compatibilidade das regras CFC com os tratados:

- as regras CFC são disposições internas e disposições antiabusos que não são aplicadas pelos tratados de bitributação;
- elas dizem respeito à tributação de residentes na Finlândia e não a um residente de um Estado contratante;
- elas se aplicam somente quando a subsidiária se beneficia de um regime fiscal especial aplicável à renda passiva;
- os tratados de bitributação não eliminam a dupla tributação econômica; eles visam evitar não somente a dupla tributação jurídica, mas também a evasão fiscal²⁵.

França

No caso *Schneider Electric*, o Conselho de Estado francês chegou a uma conclusão oposta em relação ao tratado entre França e Suíça.

A Corte se referiu à legislação interna, com base no artigo 3(2) do Tratado, para determinar que os lucros tributados com base no artigo 209B do Código Tributário Geral deveriam ser considerados lucros de empresa. O artigo 7 do Trata-

²³ Comm., artigo 1, 2005, 26.

²⁴ *Bricom v. Inland Revenue Commissioners* (1947/70 T.C. 272).

²⁵ Supreme Administrative Court of Finland, KHO 596/2002, 20 March 2002, ITLR 2002, 1009.

do reservou a tributação de tais lucros ao país de residência da empresa, exceto se a última possuir um estabelecimento permanente no outro Estado contratante²⁶.

Seção III. Disposições do Tratado Aplicáveis

Se na ausência de uma inclusão expressa existem dificuldades no enquadramento das regras CFC em relação aos tratados, qual a disposição específica do tratado a ser aplicada?²⁷

§ 1. Artigo 7

Se as regras CFC aplicarem o chamado *look-through approach*, os valores tributados no Estado da controladora podem ser caracterizados como rendimento de negócios.

Dessa forma, o Estado da controladora somente poderia afirmar sua competência tributária se a CFC fosse administrada no país ou se esta tivesse ali um estabelecimento permanente ao qual a renda seria atribuída.

É verdade que a renda é tributada em relação a um contribuinte diferente. Entretanto, o tributo é apurado em relação ao lucro da empresa que é atribuído pelo tratado ao outro Estado contratante.

§ 2. Artigo 10

Os dividendos são tributados no Estado de residência do acionista, sujeito a uma tributação limitada no Estado da fonte.

O artigo 10 aplica-se a dividendos “pagos”. Isto tem sido interpretado em alguns casos como abrangendo a distribuição disfarçada de lucros, mas é difícil estender o significado de pagamento para cobrir a situação de dividendos presumidos, em que nenhum benefício econômico é transferido para o acionista.

O artigo 10(5) impede a tributação do acionista pelo Estado de residência em relação aos lucros não distribuídos de uma empresa residente no outro Estado contratante, mesmo que os lucros tenham sido originados no Estado de residência do acionista.

A OCDE vê a disposição como aplicável somente à tributação (na fonte) da própria empresa, como foi aplicado na legislação norte-americana em relação aos dividendos originados de rendimentos efetivamente relacionados com negócios desenvolvidos nos Estados Unidos. A redação do artigo 10(5) é mais abrangente.

§ 3. Artigo 21

Um valor fictício ou um dividendo ficto poderia ser considerado como “outros rendimentos” atribuível pelo artigo 21 ao Estado de residência do beneficiário nomeado.

Uma interpretação tão abrangente permitiria a um Estado sobrepor um tratado através da criação de renda fictícia, que corresponderia a renda real, e recairia sobre os direitos de tributar do outro Estado contratante.

²⁶ Council of State (Conseil d'Etat), Ass., 28 June 2002, req. nr. 232276, RJF 10/2002, *Droit fiscal*, 2002, p. 1029.

²⁷ Ver a. o. H. Taveira Tôres (coord.), “Lucros Auferidos por Meio de Controladas Coligadas no Exterior”, *Direito Tributário Internacional Aplicado*, Vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2005, pp. 155 ff.

§ 4. Artigo 23

O artigo 23 somente irá oferecer uma solução limitada caso os dividendos fictos sejam tratados como dividendos.

Se o método de isenção for aplicável, eles devem ser isentos. Esse raramente será o caso.

Se for concedido um crédito, será um crédito direto correspondente a uma retenção no exterior; a menos que o tratado também estabeleça um crédito indireto em relação ao imposto pago pela empresa no exterior.

Se o imposto for retido ou pago no exterior em outro ano fiscal em comparação com o ano de tributação da CFC, de tal forma que o limite em relação ao crédito seja zero, o crédito deve, porém, ser concedido, de acordo com as recomendações da OCDE²⁸.

Título IV. Compatibilidade das Regras CFC com o Direito Comunitário

Seção I. Princípios

Um número significativo de países que promulgaram legislações CFC é membro da União Européia. Poucos deles definiram que as suas regras CFC nunca seriam aplicadas a uma empresa residente em outro Estado-Membro²⁹.

Na ausência de harmonização da tributação direta na União Européia, os Estados-Membros são livres para exercer sua soberania nesse campo, mas devem, entretanto, fazê-lo de forma consistente com o direito comunitário.

Geralmente, os Estados-Membros irão abster-se em relação a qualquer discriminação proibida pelo artigo 12 do Tratado de Roma. A discriminação quanto à nacionalidade - sendo o registro ou a localização da sede social equiparados à nacionalidade no caso das empresas - será uma visível discriminação, expressamente excluída pelo artigo 12.

A discriminação com base na residência é considerada como discriminação disfarçada quando esta tiver o mesmo efeito que a discriminação baseada na nacionalidade, porque os não residentes em geral serão predominantemente não nacionais.

A Corte Européia aplicou a proibição a limitações de acesso ao mercado comum no caso em que o acesso foi dificultado por medidas que não são discriminatórias em sua natureza.

A disposição geral do artigo 12 é aplicada no Tratado por disposições definindo as quatro liberdades fundamentais disponíveis aos agentes de mercado da União Européia.

A liberdade de movimentação de trabalhadores (artigo 39) não será aplicada aqui.

A liberdade de estabelecimento permite aos nacionais dos Estados-Membros, sem restrição, estabelecerem em outros Estados-Membros (estabelecimento primário) ou a criar neles filiais ou subsidiárias (estabelecimento secundário) (artigo 43).

Os nacionais da União Européia são livres para prestar serviços dentro da Comunidade sem qualquer restrição (artigo 49).

²⁸ Comentário, artigo 10, 38-39.

²⁹ A nova legislação de CFC da França o faz.

Finalmente, as restrições no movimento de capitais e nos pagamentos são proibidas, não somente entre os Estados-Membros, mas também entre Estados-Membros e terceiros Estados (artigo 56).

Quando a controladora tem poderes para influenciar a administração da subsidiária, ela exerceu seu direito de estabelecimento secundário e a liberdade aplicável é a liberdade de estabelecimento.

Quando a *holding* é um mero investimento feito com intuito lucrativo, a liberdade de movimento de capital aparece no jogo.

Se a Corte endereçou uma situação sob a perspectiva da liberdade de estabelecimento, irá considerar desnecessário lidar com a aplicação da liberdade de movimento de capital.

Seção II. A Decisão Cadbury Schweppes da CJE³⁰

A Cadbury Schweppes (CS), controladora de um grupo empresarial, através de sua subsidiária Cadbury Schweppes Overseas Ltd. (CSO), detinha, através de uma cadeia de empresas, duas subsidiárias irlandesas, Cadbury Schweppes Treasury Services (CSTS) e Cadbury Schweppes Treasury International (CSTI), estabelecidas no Centro de Serviços Financeiros Internacional de Dublin (CSFI) e sujeitas ao imposto de renda das pessoas jurídicas à alíquota de 10%.

Essas empresas estavam angariando fundos e emprestando-os a subsidiárias do grupo.

De acordo com as disposições relativas às *Controlled Foreign Companies* do Reino Unido³¹, a CSO foi autuada em relação aos lucros da CSTI³² pelo ano fiscal encerrado em 1996.

As regras CFC inglesas estabelecem a tributação em relação aos lucros auferidos por empresa *holding* que detenha mais do que 50% de uma subsidiária estabelecida em outro Estado e sujeito a um nível mais baixo de tributação, *i.e.*, pagando menos do que três quartos do imposto que seria devido no Reino Unido. Um crédito é concedido para imposto do exterior. Se os dividendos forem posteriormente distribuídos, o imposto pago anteriormente é acrescido aos dividendos e creditado contra o imposto devido pela controladora.

A CS e a CSO apelaram ao *Special Commissioners*, que requereu um parecer preliminar da Corte de Justiça Européia em relação à compatibilidade entre os artigos 43, 49 e 56 da Comunidade Européia e a cobrança imposta à controladora em relação aos lucros de sua controladora estabelecida em outro Estado-Membro e sujeita a um nível menor de tributação.

A Corte observou, primeiramente, que somente a liberdade de estabelecimento garantida pelos artigos 43 e 48 da Comunidade Européia tinha que ser considerada, já que qualquer restrição à liberdade de prestar serviços ou à liberdade de movimento de capital seria somente uma consequência do obstáculo à liberdade de estabelecimento.

³⁰ Case C-196/04, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd. v. Commissioners of Internal Revenue*, 12 September 2006; Opinion of Advocate General Léger of 2 May 2006.

³¹ ICTA 1988, see 747-756 and schedules 24 to 26.

³² A CSTS sofreu uma perda.

A Corte então respondeu negativamente uma primeira questão da Corte nacional, questionando se a criação de uma empresa em outro Estado-Membro para o fim exclusivo de usufruir de um regime fiscal constituía um abuso da liberdade de estabelecimento. O nacional da Comunidade que, sem fraude, buscasse o benefício de um regime fiscal mais favorável em um Estado-Membro não pode ser privado da proteção do Tratado.

A Corte se referiu a sua decisão no caso Centros, em que se considerou que a utilização de lei societária vantajosa do Reino Unido não privaria uma empresa do direito de reivindicar a liberdade de estabelecimento através da criação de uma filial na Dinamarca³³.

Resta, portanto, decidir se a legislação CFC do Reino Unido é compatível com a liberdade de estabelecimento. Essa liberdade implica o direito de criar subsidiárias ou filiais sem obstáculos no Estado receptor, mas também no Estado de residência.

Atualmente, a legislação CFC trata as empresa residentes diferentemente em função do nível de tributação de suas subsidiárias, atribuindo lucros de uma subsidiária à controladora quando a subsidiária estiver estabelecida em um Estado-Membro que imponha um nível menor de tributação; a legislação não se aplica quando a subsidiária estiver estabelecida no Reino Unido ou em um Estado-Membro que não imponha um nível baixo de tributação.

Ainda que o imposto cobrado não seja maior do que o imposto que teria sido cobrado da subsidiária inglesa, a controladora residente é cobrada em relação aos lucros de outra pessoa jurídica, que não teria sido o caso exceto pelo nível menor de tributação no Estado de residência.

O exercício da liberdade de estabelecimento da controladora através da criação de uma subsidiária no Estado de residência é dessa forma prejudicado.

Uma restrição à liberdade de estabelecimento somente pode ser justificada pela interposição de razões de interesse público, sendo política pública, segurança pública ou saúde pública (artigo 46 da Comunidade Europeia).

A baixa tributação da subsidiária em um Estado-Membro não autoriza o Estado-Membro da controladora a compensar esse benefício através de um tratamento fiscal menos favorável da controladora. A salvaguarda das receitas tributárias não é uma razão que justifica o desvio da liberdade do Tratado.

A criação de uma subsidiária em um Estado-Membro não justifica a presunção de fraude.

Entretanto, uma restrição da liberdade de estabelecimento pode ser justificada para conter esquemas inteiramente artificiais cujo propósito seja a evasão fiscal.

A liberdade de estabelecimento implica o efetivo exercício de uma atividade econômica através de instalações fixas disponíveis por um período indeterminado.

Uma medida restringindo uma liberdade do Tratado deve ser apropriada à realização de seus objetivos e não ir além do que o necessário para atingir isso.

A legislação inglesa estabelece exceções ao tratamento de CFC, como, por exemplo, no caso de:

³³ Case C-212/97, Centros, 9 March 1999, ECR I-1459.

- distribuição de praticamente todos os lucros da empresa dentro do prazo de 18 meses;
- exercício de atividades comerciais.

Tal legislação também estabelece uma exceção se um requisito for preenchido. Assim, deve ser demonstrado que:

- a redução de imposto no Reino Unido não foi a principal ou uma das principais razões das operações;
- a redução de imposto por meio de um desvio de lucros não foi a principal ou uma das principais para a constituição da CFC.

Para atender ao direito comunitário, requer-se que as regras de CFC sejam aplicáveis somente no caso de uma estrutura integralmente artificial que implique:

- um elemento subjetivo, o desejo de obter um benefício fiscal;
- elementos objetivos, mostrando que o propósito da liberdade de estabelecimento não foi atingido.

As regras não podem ser aplicadas quando a criação da CFC corresponda a uma realidade econômica, implicando presença real com o propósito de implementar atividades econômicas efetivas. Essa presença deve ser determinável através de elementos verificáveis e objetivos quanto às instalações, pessoal e equipamentos.

A Corte Européia deixa para a Corte nacional a verificação se o requisito estabelecido pelo Direito inglês pode ser interpretado de forma a limitar a aplicação das regras a estruturas integralmente artificiais ou se, ao contrário, esta será aplicável na medida em que haja uma intenção de evitar a tributação.

Conclusão

Após o caso francês *Schneider*, levantou-se dúvida em relação à compatibilidade da legislação CFC com os tratados, a despeito da posição favorável expressa nos Comentários da OCDE e da recomendação de adotar tal legislação para coibir a concorrência fiscal prejudicial de paraísos fiscais.

Desde a decisão *Cadbury-Schweppes* da Corte Européia de Justiça, está claro que, dentro da União Européia, para atender à liberdade de estabelecimento, tal legislação somente pode ser aplicada a construções artificiais, que são equivalentes a abuso de direito.

A liberdade de movimento de capitais não pode ser considerada quando a participação permita ao acionista influenciar as decisões da empresa: algumas legislações CFC aplicam-se a participações minoritárias: então, o direito de investir capital livremente poderia ser aplicado. Os residentes de terceiros países também podem ser amparar nessa liberdade.

Essa evolução lembra-nos que poucos doutrinadores ainda defendem que os Estados são absolutamente livres para definir suas regras de tributação internacional. Os países devem ater-se às regras de Direito internacional que determinam a necessidade de haver uma conexão entre a renda e o Estado que a tributa.

A legislação sobre *controlled foreign corporations*, elaborada pelo Professor Stanley S. Surrey nos Estados Unidos nos anos 60, obviamente foi longe demais.