

## TBU não é CFC

### *Brazilian Regime to Tax Controlled Companies Abroad Shall Not Be Considered CFC*

Gabriel Bez-Batti

Doutorando e mestre (*magna cum laude*) pela Universidade de São Paulo.  
Mestre (*LLM*) pela Vienna University of Economics and Business (*passed with honours*).  
Pós-graduado pela Fundação Getulio Vargas, no Rio de Janeiro. Professor de cursos de  
pós-graduação e extensão. *E-mail*: gabrielbezbatti@gmail.com.

Recebido em: 21-11-2024 – Aprovado em: 3-12-2024  
<https://doi.org/10.46801/2595-6280.58.8.2024.2650>

#### *Resumo*

Em vista da continuação do julgamento do Recurso Extraordinário 870.214 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que trata, entre outras questões, da compatibilidade do art. 74 da MP 2.158-35 com o art. 7º dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil, pretende-se, neste artigo, pontuar as razões pelas quais as regras brasileiras de tributação em bases universais (TBU) não podem ser consideradas *controlled foreign company* (CFC).

*Palavras-chave*: TBU, CFC, STF, tributação da renda.

#### *Abstract*

In view of the analysis by the Brazilian Supreme Court of Extraordinary Appeal 870.214, which addresses, among other issues, the compatibility of Article 74 of Provisional Measure 2,158-35 with Article 7 of the tax treaties signed by Brazil, this article aims to highlight the reasons why Brazilian regime to tax controlled companies abroad shall not be considered CFC.

*Keywords*: TBU, CFC, STF, income tax.

## **1. Introdução**

Em vista da continuação do julgamento do Recurso Extraordinário 870.214 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que trata, entre outras questões, da compatibilidade do art. 74 da MP 2.158-35 com o art. 7º dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil, pretendo, neste artigo, tratar sobre um conhecido debate: as regras brasileiras de tributação em bases universais (TBU) são regras *controlled foreign company* (CFC)?

Para tanto, tratarei, na Seção 2, acerca do conceito de regra CFC conforme os documentos da OCDE. Posteriormente, na Seção 3, abordarei, de forma resumida, sobre os regimes CFC nos Estados Unidos e na Europa.

Na Seção 4, pontuarei algumas considerações sobre as regras de TBU no Brasil para investigar, na Seção 5, se essas são típicas regras CFC.

Por fim, na Seção 6, demonstrarei que o entendimento de que as regras brasileiras são compatíveis com o art. 7º dos acordos de bitributação viola os termos estabelecidos com cada um de seus parceiros de tratado e, por consequência, os compromissos acordados pelo País na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

## 2. Introdução às regras CFC

Como se sabe, o art. 7º dos acordos de bitributação 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”.

Esse dispositivo indica que, para fins fiscais, cada entidade deverá ser tratada de forma separada (*separate entity approach*). Assim, o lucro apurado por uma empresa será tributado somente no seu Estado de residência.

Com isso, o art. 7º dos acordos de bitributação impede a tributação, em um Estado, dos rendimentos apurados por empresas localizadas no outro Estado, do que resulta a percepção inicial de que as regras CFC, previstas nas legislações locais, violam o referido dispositivo.

Em 1987, a OCDE publicou o relatório intitulado “Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies”, em que tratou da interação entre as regras CFC (ou regras equivalentes) e os acordos de bitributação.

Conforme aponta Lucas Carvalho<sup>1</sup>, esse relatório é o único documento técnico divulgado pela OCDE sobre o tema (interação entre regras CFC e acordos de bitributação), mesmo após o decurso de 38 (trinta e oito) anos — note que a Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20 delineou a natureza e peculiaridades das regras CFC, não tratando especificamente da sua interação com os acordos de bitributação.

Nas considerações finais desse documento, a organização apontou que as medidas adotadas pelos Estados para tributar as *controlled foreign companies* deveriam ter por escopo impedir (ou restringir) o abuso. Evitar-se-ia, com isso, alcançar situações em que o contribuinte exerce no outro Estado atividades industriais, comerciais etc. (ou seja, atividades que não pressupõem *tax avoidance*)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Lucas de Lima. Revisiting the similarity between CFC Rules and the IIR. *Tax Notes*, 2024, p. 607.

<sup>2</sup> Trecho do documento em inglês: “Counteracting measures should therefore focus on clearly-identified fields of abuse. They should not be extended to activities such as production, or normal rendering of services or trading, of companies engaged in real industrial or commercial activity when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident and these activities are carried out in such a way that no tax avoidance can be suspected”.

No item 26 dos Comentários ao art. 1º da Convenção Modelo da OCDE de 1992 e 1998, conforme bem observa Roberto Codorniz Leite<sup>3</sup>, a OCDE<sup>4</sup> assentou que seria contrário aos princípios gerais da convenção modelo e ao espírito dos tratados destinados a evitar a dupla tributação a aplicação de medidas antielisivas estendidas a atividades de produção, prestação normal de serviços e negociações de empresas engajadas em atividades industriais e comerciais reais, quando estas estão claramente relacionadas com o ambiente econômico do país onde residem<sup>5</sup>.

Além disso, a OCDE, na Convenção Modelo de 2003 – em que finalmente pontuou que as regras CFC são compatíveis com os acordos de bitributação –, apontou que, de modo geral, as regras CFC e as medidas antiabuso não devem incidir nas hipóteses em que os rendimentos estejam sujeitos, no outro Estado, a uma tributação compatível com a do país de residência do contribuinte (que aplica as regras CFC)<sup>6</sup>.

Mais recentemente, essa recomendação (de que os países não apliquem tais regras nas hipóteses em que a controlada esteja sujeita, no outro país, a uma alíquota efetiva semelhante à aplicada na jurisdição do controlador) foi replicada na Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20, em que se reiterou a posição de que os Estados deveriam prever uma isenção para afastar a tributação automática das empresas sujeitas à alíquota semelhante à aplicada na jurisdição de origem<sup>7</sup>.

Nesse documento, a organização também dispôs que o objetivo das regras CFC não deveria aumentar a arrecadação do país onde está localizado o controlador – ainda que essa seja uma consequência natural da sua implementação –, mas sim dissuadir o controlador que, por meio da transferência de rendimentos a outros países, deseje erodir a base tributável do seu Estado de residência.

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.

<sup>4</sup> OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*. Paris, 1998, p. 54-55.

<sup>5</sup> Trecho do documento em inglês: “The majority of Member countries accept counteracting measures as a necessary means of maintaining equity and neutrality of national tax laws in an international environment characterized by very different tax burdens, but believe that such measures should be used only for this purpose. It would be contrary to the general principles underlying the Model Convention and to the spirit of tax treaties in general if counteracting measures were to be extended to activities such as production, normal rendering of services or trading of companies engaged in real industrial or commercial activity, when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident in a situation where these activities are carried out in such a way that no tax avoidance could be suspected. Counteracting measures should not be applied to countries in which taxation is comparable to that of the country of residence of the taxpayer”.

<sup>6</sup> As a general rule, these measures should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer.

<sup>7</sup> The recommendation is to include a tax rate exemption that would allow companies that are subject to an effective tax rate that is sufficiently similar to the tax rate applied in the parent jurisdiction not to be subject to CFC taxation.

Em resumo, na visão da OCDE, mesmo que a natureza das regras CFC não seja meramente antiabusiva (tendo também como pressuposto impedir ou restringir o *tax avoidance*, como bem pontuado por Lucas Carvalho<sup>8</sup>), também não poderia ser exclusivamente antidiferimento (pelo menos, não há qualquer posição da OCDE nesse sentido).

Na verdade, tanto os Comentários à Convenção Modelo quanto a Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20 (ao recomendar que os países não adotem as regras CFC nas hipóteses em que a controlada esteja sujeita, no outro país, a uma alíquota efetiva semelhante à aplicada na jurisdição do controlador) indicavam que as regras meramente antidiferimento seriam inapropriadas, porque a renda apurada no Estado da controlada estrangeira, na maioria dos casos, estaria sujeita a uma alíquota efetiva semelhante à aplicada na jurisdição do controlador.

Pode-se dizer, assim, que, o entendimento da referida organização era no sentido de que os regimes CFC seriam compatíveis com os acordos de bitributação somente se o escopo dessas regras fosse antiabusivo/antievasivo, conforme apontaram Pedro Schoueri e Ricardo Galendi<sup>9</sup>. Além disso, entendia-se que tais medidas não deveriam ser aplicadas caso os rendimentos estivessem sujeitos, no outro Estado, a uma tributação compatível com a do país de residência do contribuinte<sup>10</sup>.

Note-se, porém, que esses pontos não foram acolhidos na Convenção Modelo da OCDE de 2017. Conforme indica Brian Arnold<sup>11</sup>, desde a Convenção Modelo da OCDE de 2010 não há mais a ressalva, nos Comentários, de que as regras CFC não devem ser aplicadas caso os rendimentos estejam sujeitos, no outro Estado, a uma tributação compatível com a do país de residência do contribuinte (mesmo que essa recomendação tenha sido indicada na Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20, editada posteriormente à Convenção Modelo de 2010). Além disso, a ressalva de que as regras CFC não devem incidir sobre rendas de atividades comerciais foi suprimida com a Convenção Modelo de 2017.

Acresça ter sido incluído, na Convenção Modelo de 2017, o art. 1 (3), que estabelece o seguinte: “em nenhum caso as disposições deste parágrafo serão interpretadas de modo a restringir, de qualquer forma, o direito de um Estado Contratante de tributar os residentes desse Estado”<sup>12</sup>. Esse dispositivo merece atenção, eis

<sup>8</sup> CARVALHO, Lucas de Lima. Revisiting the similarity between CFC rules and the IIR. *Tax notes*, 2024, p. 611.

<sup>9</sup> SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg; GALENDI JR., Ricardo André. *CFCs and tax treaties: historical elements for the IIR debate*. Intertax, 2024, p. 78.

<sup>10</sup> Item 26 dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE de 2010.

<sup>11</sup> ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019, p. 641.

<sup>12</sup> França, Alemanha, Hungria, Irlanda, Luxemburgo e Suíça reservam o direito de não incluir o parágrafo 3 em seus acordos.

que, conforme aponta Aluizio Porcaro Rausch<sup>13</sup>, é/era por conta dessa *saving clause* que a tributação doméstica dos EUA sobre os seus residentes fiscais (e cidadãos) não é/era afetada pelos acordos de bitributação.

Brian Arnold<sup>14</sup> entende, por exemplo, que, após a edição da última Convenção Modelo da OCDE (2017), as regras CFC não conflitam com os acordos de bitributação, independentemente do seu escopo de aplicação.

### 3. Regras CFC nos Estados Unidos e na Europa

#### a) Estados Unidos

Os Estados Unidos, por meio do “Accumulated Earnings Tax” e do “Foreign Personal Holding Company Rule”, foram o primeiro país a editar regras que permitem a tributação dos lucros de sociedades investidas mesmo sem distribuição aos acionistas<sup>15</sup>.

Na década de 1930, as pessoas físicas, que pagavam imposto de renda sob alíquotas maiores que as vigentes para as pessoas jurídicas, constituíam empresas para receber os rendimentos ditos “passivos” e evitar essa tributação mais elevada.

O objetivo da “Accumulated Earnings Tax”, para eliminar os referidos benefícios, foi tributar essas empresas como pessoas físicas. A “Foreign Personal Holding Company Rule”, por sua vez, estendeu esse regime às hipóteses em que a constituição das pessoas jurídicas fosse realizada no exterior.

Posteriormente, os americanos promulgaram o “Revenue Act of 1962”<sup>16</sup> (nele incluído o *Subpart F*), que se tornou a primeira legislação CFC no mundo e que tinha como objetivo combater medidas evasivas e o diferimento fiscal, por meio da tributação dos rendimentos passivos como dividendos, juros, *royalties* e aluguéis, conforme apontaram Avi-Yonah, Halabi<sup>17</sup> e Lucas Carvalho<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> RAUSCH, Aluizio Porcaro. As normas CFC e os tratados tributários: uma análise crítica sobre a sua (in)compatibilidade no Brasil. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; QUIROGA, Roberto; MOREIRA, André Mendes; VETTORI, Gustavo; MOURA, Fernando; FRATTARI, Rafael. *Tributação da renda*. Belo Horizonte: Arraes, 2022, p. 601.

<sup>14</sup> Nesse sentido: ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019, p. 636.

<sup>15</sup> “In 1937 U.S. also adopted the ‘Foreign personal holding company rule’ (FPHC), stating that the income of foreign personal companies is deemed to be distributed to U.S. shareholders by way of dividends. According to this regime, when a foreign corporation is controlled by 5 or fewer individuals and it earns more than 60% of its earnings as passive income, than the individuals are taxed on a deemed dividend, regardless of the actual distribution. This legislation was not enough to stop the tax deferral phenomenon, because it applied only to individuals” (AVI-YONAH, Reuven; HALABI, Oz. *US Subpart F legislative proposals: a comparative perspective*. University of Michigan Law School Scholarship Repository, p. 3).

<sup>16</sup> Revenue Act of 1962. Disponível em: <https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/87Rev10.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

<sup>17</sup> AVI-YONAH, Reuven; HALABI, Oz. *US Subpart F legislative proposals: a comparative perspective*. University of Michigan Law School Scholarship Repository, p. 2.

<sup>18</sup> CARVALHO, Lucas de Lima. Revisiting the similarity between CFC rules and the IIR. *Tax Notes International*, 2024, p. 606.

O projeto foi editado inicialmente pelo Presidente Kennedy. Como pontuado pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 870.214, naquela ocasião, o então presidente Kennedy havia decidido conceber uma legislação ampla, que se consubstanciava em mera regra antidiferimento de tributação, em que restavam abarcadas todas as jurisdições e todas as rendas auferidas no exterior.

No seu voto, porém, o Ministro Gilmar Mendes se equivoca ao apontar que o Congresso norte-americano decidiu restringir o âmbito de aplicação dessa legislação (para excluir rendas ativas) apenas para não prejudicar a competitividade das empresas norte-americanas. Na verdade, conforme se observa no relatório preparado pela Equipe do Comitê Conjunto de Tributação Interna sobre as propostas do Presidente para a tributação de rendimentos de subsidiárias estrangeiras<sup>19</sup>, o Congresso americano também se preocupou com a possível declaração de inconstitucionalidade dessa regra ampla, por conta do julgamento pela Suprema Corte americana, em 1920, do famoso caso de *Eisner v. Macomber* (252 U.S. 189 – ano de 1920), em que se decidiu que o imposto de renda não pode incidir, de forma imediata, na mera emissão de ações bonificadas.

Por conta dessa posição mais restritiva do Congresso americano, a legislação prevê exceções, não incidindo, por exemplo, nas hipóteses em que a tributação da renda da entidade estrangeira seja acima de 90% (noventa por cento) do percentual de alíquota atual incidente nos Estados Unidos, de 21% (vinte e um por cento)<sup>20</sup>.

Desse modo, o *Subpart F* incide predominantemente sobre rendas passivas, apenas nos casos em que a alíquota incidente no país da controlada seja inferior a 18,9%.

Portanto, as regras CFC americanas, que deram origem às mais diversas legislações ao redor do mundo sobre o tema, incidem predominantemente sobre rendas passivas, e não incidem se o rendimento, no outro Estado (da controlada), for tributado a alíquota superior a 18,9%. Isso evidencia seu caráter preponderantemente antiabusivo/antievasivo, e não meramente antidiferimento.

---

<sup>19</sup> UNITED STATES. Congress. House. Committee on Ways and Means. *Comparison of existing law with President's proposals on taxation of income from foreign subsidiaries*. Prepared by the Staff of the Joint Committee on Internal Revenue Taxation. Washington: U.S. Government Printing Office, 1961. Disponível em: <https://www.jct.gov/getattachment/90a6adae-64ea-4407-b7f6-e-4d8974128d5/jct-4-05-4273.pdf>. Acesso em: 7 out. 2024.

<sup>20</sup> UNITED STATES. Congress. House. Committee on Ways and Means. *Comparison of existing law with President's proposals on taxation of income from foreign subsidiaries*. Prepared by the Staff of the Joint Committee on Internal Revenue Taxation. Washington: U.S. Government Printing Office, 1961. Disponível em: <https://www.jct.gov/getattachment/90a6adae-64ea-4407-b7f6-e-4d8974128d5/jct-4-05-4273.pdf>. Acesso em: 7 out. 2024.

b) *Europa*

A Alemanha foi o primeiro país europeu a introduzir na sua legislação interna as regras CFC, em 1972, por meio do *Außensteuergesetz*<sup>21</sup>.

Para a sua aplicação, os acionistas alemães deveriam deter pelo menos 50% (cinquenta por cento) das ações (isoladamente ou em conjunto) nas empresas estrangeiras. Além disso, a CFC teria de obter renda passiva sujeita a alíquota efetiva menor que 25% (vinte e cinco por cento).

Legislações similares se espalharam por outros países europeus<sup>22</sup>, mesmo que fosse controvertida a sua compatibilidade com alguns dos princípios que regem a Comunidade Europeia.

No caso *Cadbury Schweppes* (ECJ C-196/04)<sup>23</sup>, o Tribunal de Justiça Europeu decidiu que uma lei do Reino Unido, que previa a tributação dos lucros de entidades localizadas em países com baixa tributação, não infringia os arts. 43 (liberdade de estabelecimento), 49 (livre circulação de serviços) e 56 (livre circulação de capitais) do Tratado de Roma (que instituiu a Comunidade Europeia), por conta da sua natureza antiabusiva.

Com a entrada em vigor da *Anti-Tax Avoidance Directive* (ATAD), no final da década passada, os Estados da União Europeia foram obrigados a implementar regras CFC, que não se aplicam, porém, nas seguintes situações: a) se o tributo pago pela empresa estrangeira for superior a 50% (cinquenta por cento) do incidente no Estado onde está localizada a empresa-mãe; b) sendo inferior a esse percentual, se a empresa controlada possuir substância econômica (com pessoal, equipamentos, ativos e instalações).

Conclui-se que as regras CFC, no âmbito da União Europeia, também pressupõem caráter antiabusivo ou antievasivo, e não meramente antidiferimento.

<sup>21</sup> NIELSEN, Lars F. New perspective on the taxation of CFCs in third countries? IBFD. *European Taxation*, December 2018, p. 571

<sup>22</sup> Em estudo sobre o tema, Van Hulle (*in*: KERSCHNER, Ina; MARYTE, Somare [eds.]. *Taxation in a global digital economy*. Viena: Linde, 2017. p. 47) apontou alguns países europeus com regras CFC, de acordo com a data de sua instituição. Em ordem cronológica: Alemanha (1972), França (1980), Reino Unido (1984), Suécia (1990), Noruega (1992), Finlândia (1995), Espanha (1995), Portugal (1995), Dinamarca (1995), Hungria (1997), Estônia (2000), Itália (2000).

<sup>23</sup> ECJ (C-196/04) *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*. Reference for a preliminary ruling: Special Commissioners of Income Tax, London – United Kingdom. Freedom of establishment – Law on controlled foreign companies – Inclusion of the profits of controlled foreign companies in the tax base of the parent company. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-196/04>. Acesso em: 26 fev. 2024.

#### 4. Somente as regras típicas CFC são compatíveis com o art. 7º dos acordos de bitributação

Não é novo o entendimento de que há uma típica regra CFC. Sergio André Rocha<sup>24</sup>, em artigo sobre o tema, pontuou que “a categoria ‘regras CFC’ trata-se de um *tipo jurídico*”. O autor<sup>25</sup> explica, porém, que uma regra típica CFC não pressupõe finalidade antiabusiva. Critica, para tanto, autores que adotam essa posição, como Alberto Xavier<sup>26</sup>, sob o fundamento de que essa concepção estaria muito alinhada com o Direito europeu, em que o regime de transparência fiscal está limitado pelos direitos fundamentais comunitários.

Para Sergio André Rocha<sup>27</sup>, o núcleo do tipo jurídico de uma “regra CFC” pressupõe apenas as seguintes características: a) tributação automática dos lucros da investida no país de localização da investidora; b) controle societário da investidora sobre a investida.

O referido autor, para sustentar a sua posição, faz referência à Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20. Nessa Ação, a OCDE e o G20 destacaram 6 (seis) pilares fundamentais para a elaboração de uma regra CFC. São eles: a) regras para definir uma CFC (incluindo a definição de controle); b) exceções e limites para a aplicação de regras CFC; c) definição do lucro de uma CFC; d) regras para calcular o lucro de uma CFC; e) regras para atribuir lucro a uma CFC; f) regras para evitar a dupla tributação do lucro.

Entre as exceções referentes no item “b”, destaca-se a previsão de que os Estados incluam em suas legislações exceções e limites para a aplicação de regras CFC, como a isenção para afastar a tributação automática das empresas sujeitas à alíquota semelhante à aplicada na jurisdição de origem.

Sergio André Rocha<sup>28</sup> admite que este é um dos pilares do Relatório que mais contraria a política fiscal brasileira relacionada à aplicação de ‘regras CFC’. Aponta que a legislação brasileira não traz qualquer *carve out* nesse sentido (de que as regras não se aplicam a depender da tributação aplicada no país da inves-

<sup>24</sup> ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior “Regras CFC”?: análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 5-18, jan./fev. 2016.

<sup>25</sup> ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior “Regras CFC”?: análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 10, jan./fev. 2016.

<sup>26</sup> XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 494.

<sup>27</sup> ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior “Regras CFC”?: análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 10, jan./fev. 2016.

<sup>28</sup> ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior “Regras CFC”?: análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 10, jan./fev. 2016.



tida). Para o autor, as recomendações da Ação 3 “se afastam da política brasileira neste campo”.

Entretanto, nas suas conclusões, o renomado professor<sup>29</sup> afirma que as regras de TBU brasileiras são verdadeiras “regras CFC”, estando, de maneira geral, alinhadas às recomendações da OCDE no Relatório Final da Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20.

Com a devida vênia, essa visão, como se verá melhor mais a frente, é contraditória. Como as regras brasileiras estão alinhadas com as recomendações da OCDE na Ação 3 se um dos seus pilares mais fundamentais, que é a questão da tributação aplicada no país da investida, não foi adotado?

De qualquer modo, Sergio André Rocha<sup>30</sup> entende que o art. 7º dos acordos de bitributação impede a aplicação das regras brasileiras de TBU porque os Comentários da OCDE (em 2003, ano em que a Organização reconheceu que as regras das CFC são compatíveis com os acordos de bitributação) “não tinham como paradigma modelos como o brasileiro”.

Em resumo, Sergio André Rocha adota a compreensão de que as regras brasileiras de TBU, apesar de serem CFC, são incompatíveis com o art. 7º dos acordos de bitributação, eis que os Comentários da OCDE não tinham como paradigma modelos como o brasileiro.

Em livro sobre o tema, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes<sup>31</sup>, assessora de Ministro do STF, assentou que regras CFC são geralmente editadas para combater situações abusivas e evitar que as empresas não paguem os seus tributos de forma justa. Destacou, por outro lado, que a legislação brasileira não cumpre a essência de um típico regime CFC<sup>32</sup>.

Entretanto, entende a autora que não há impedimento algum para que as regras CFC tenham como objetivo impedir o antidiferimento; que os países têm adotado as mais diversas formas de regras CFC<sup>33</sup> e que nada há, no art. 7º, que impeça a tributação do acréscimo apurado pela empresa no Brasil, com o aumento do valor do investimento no exterior. Afirma, por fim, que a regra “representa

<sup>29</sup> ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior “Regras CFC”? : análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 18, jan./fev. 2016.

<sup>30</sup> ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior “Regras CFC”? : análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 17, jan./fev. 2016.

<sup>31</sup> FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC legislation: from an international perspective to the Brazilian reality*. Tese (Doutorado) – Radboud Universiteit Nijmegen, Nijmegen, 2019.

<sup>32</sup> Trecho do livro em inglês: “It is possible to argue that the Brazilian legislation fails to comply with the essence of a typical CPC regime, which, again, represents an anti-avoidance measure”.

<sup>33</sup> Trecho do livro em inglês: “Nevertheless, this statement does not implicate that this part of the Brazilian legislation could not be considered as a CFC legislation at all. Actually, as explained in more detail in Chapter 2, there is no academic consensus on the limits between CPC legislation and other domestic measures that attribute foreign income to domestic shareholders”.

uma escolha brasileira em relação ao princípio CEN (Capital Export Neutrality)<sup>34</sup>.

Desse modo, enquanto Sergio André Rocha entende que as regras brasileiras são tipicamente CFC, mas, ainda sim, incompatíveis com o art. 7º dos acordos de bitributação, Tarsila Ribeiro Marques Fernandes afirma que as regras brasileiras, apesar de não serem tipicamente CFC, são compatíveis com o art. 7º dos acordos.

No meu entendimento, as regras brasileiras não são tipicamente CFC, e incompatíveis, portanto, com o art. 7º dos acordos de bitributação. Não há, na minha visão, como adotar a posição de que as regras brasileiras não são típicas CFC, mas, ainda assim, compatíveis com o art. 7º dos acordos de bitributação, eis que, conforme se viu acima, os documentos da OCDE e os Comentários à Convenção Modelo de 2003 foram claros no sentido de que “these measures (CFC rules) should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer”.

Tanto que diversos países, como Holanda<sup>35</sup>, Bélgica<sup>36</sup> e Suíça<sup>37</sup>, fizeram ressalvas para reforçar o entendimento de que as regras CFC não seriam compatíveis com o art. 7º ou somente seriam compatíveis com o referido dispositivo se fosse

---

<sup>34</sup> Este entendimento está sujeito a críticas porque não considera que a adoção do CEN em sua plenitude, após assinatura de um acordo de bitributação, não pode ser escolha individual de um Estado contratante. Esse Estado, ao assiná-lo, compromete-se com o outro Estado a limitar a sua competência fiscal.

<sup>35</sup> Trecho da ressalva em inglês: “The Netherlands does not adhere to the statements in the Commentaries that as a general rule domestic anti-avoidance rules and controlled foreign companies provisions do not conflict with the provisions of tax conventions. The compatibility of such rules and provisions with tax treaties is, among other things, dependent on the nature and wording of the specific provision, the wording and purpose of the relevant treaty provision and the relationship between domestic and international law in a country. Since tax conventions are not meant to facilitate the improper use thereof, the application of national rules and provisions may be justified in specific cases of abuse or clearly unintended use. In such situations the application of domestic measures has to respect the principle of proportionality and should not go beyond what is necessary to prevent the abuse or the clearly unintended use”.

<sup>36</sup> Trecho da ressalva em inglês: “Belgium cannot share the views expressed in paragraph 23 of the Commentary. Belgium considers that the application of controlled foreign companies legislation is contrary to the provisions of paragraph 7 of Article 5, paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10 of the Convention. This is especially the case where a Contracting State taxes one of its residents on income derived by a foreign entity by using a fiction attributing to that resident, in proportion to his participation in the capital of the foreign entity, the income derived by that entity. By doing so, that State increases the tax base of its resident by including in it income which has not been derived by that resident but by a foreign entity which is not taxable in that State in accordance with the Convention. That Contracting State thus disregards the legal personality of the foreign entity and therefore acts contrary to the Convention (see also paragraph 40.1 of the Commentary on Article 7 and paragraph 68.1 of the Commentary on Article 10)”.

<sup>37</sup> Trecho da ressalva em inglês: “With respect to paragraph 23, Switzerland considers that controlled foreign corporation legislation may, depending on the relevant concept, be contrary to the spirit of Article 7”.

clara a sua natureza antiabusiva na legislação interna. A Suíça faz essa ressalva até hoje<sup>38</sup>.

Sobre a minha posição de que as regras brasileiras não são tipicamente CFC, a primeira razão é óbvia: como a Ação 3 do Projeto BEPS da OCDE/G20 recomenda que os Estados prevejam, em suas legislações, exceções e limites para a aplicação de regras CFC – como a isenção que afasta a tributação automática das empresas sujeitas à alíquota semelhante à aplicada na jurisdição de origem –, não há alinhamento algum entre as regras brasileiras de TBU (que não prevê qualquer dessas exceções) e a referida Ação 3.

Esse pilar (de que as regras CFC devem prever exceções como a sua não incidência nos casos em que a alíquota aplicada no país da investida seja semelhante a aplicada no país da investidora) não é trivial. Como visto, o entendimento de que as regras CFC não devem ser aplicadas nessas hipóteses (tributação semelhante na jurisdição da investida) remonta a 1987, ano em que a OCDE publicou o relatório intitulado “Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies”, em que tratou da interação entre as regras CFC (ou regras equivalentes) e os acordos de bitributação.

Esse entendimento também foi introduzido na Convenção Modelo da OCDE de 2003, mesmo documento em que a Organização reconheceu que as regras das CFC são compatíveis com os acordos de bitributação.

Dessa forma, uma regra típica CFC, para a OCDE, pressupõe um caráter abusivo/*antiavoidance*, e não meramente antidiferimento.

Diga-se, ainda, que são poucos os países que implementaram regras como as brasileiras. Tal ocorre com o Canadá, segundo Brian J. Arnold<sup>39</sup>. A Suécia, por sua vez, possui regras CFC bem abrangentes (similares às brasileiras), mas que, por expressa disposição legal, incidem somente se a investida estiver localizada em país não signatário de acordo tributário com a Suécia<sup>40</sup>. Outro exemplo sempre muito citado é a Nova Zelândia<sup>41-42</sup>.

Em artigo sobre o tema, Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle e Markus Stefaner<sup>43</sup>, após analisarem os *national reports* de vários países ao redor do mun-

<sup>38</sup> Item 110 dos Comentários ao art. 1º da Convenção Modelo de 2017.

<sup>39</sup> ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019. p. 636.

<sup>40</sup> ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019. p. 638.

<sup>41</sup> ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior “Regras CFC”? análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, p. 17, jan./fev. 2016.

<sup>42</sup> JORGEN AIGNER, Hans; SCHEUERLE, Ulrich; STEFANER, Markus (Eds. Michael Lang, Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle e Markus Stefaner). *CFC legislation, tax treaties and EC law*. Viena: Eucotex, Kluwer Law, 2004, p. 474.

<sup>43</sup> JORGEN AIGNER, Hans; SCHEUERLE, Ulrich; STEFANER, Markus (Eds. Michael Lang,

do, assentaram, em um *general report*, que “a baixa tributação é um dos principais critérios para determinar a aplicação de uma legislação CFC”. Esse é o denominado *jurisdictional approach*. Em contrapartida, os países podem adotar o *transactional approach*, em que o foco está “na renda obtida por uma empresa estrangeira controlada”, em que há a distinção entre renda ativa e passiva<sup>44</sup>.

Desse modo, uma típica regra CFC não tem como pressuposto única e exclusivamente o combate ao antidiferimento, como ocorre no Brasil. O Brasil somente introduziu essa regra abrangente para aumentar as bases de arrecadação federal e porque não possuía longa experiência no debate sobre elisão fiscal e normas antielisivas especiais aplicáveis ao direito tributário internacional, conforme bem aponta Roberto Codorniz Leite<sup>45</sup> em sua pesquisa sobre o tema.

Por conta disso, não há como considerar, na minha visão, que uma regra meramente antidiferimento seja considerada típica CFC, eis que não há, na sua construção, uma regra que exclua do seu âmbito de aplicação as situações em que o lucro no país da investida seja tributado a alíquota semelhante aplicada no Estado de residência.

Se a regra brasileira não é CFC, resta clara a sua incompatibilidade com o art. 7º dos acordos de bitributação.

O entendimento de Tarsila Ribeiro Marques Fernandes, de que as regras brasileiras de TBU, embora não sejam tipicamente CFC, são compatíveis com o art. 7º dos acordos porque nada impede que elas sejam meramente antidiferimento e porque os países têm adotado diversas formas de regras CFC, ou ainda porque não há impedimento no art. 7º à tributação do acréscimo apurado pela empresa no Brasil, deturpa a relação estabelecida entre a conclusão prevista nos documentos da OCDE e nos Comentários à Convenção de 2003 (segundo os quais as regras CFC são compatíveis com os acordos de bitributação) e sua premissa (desde que sejam regras CFC).

Tributar, em um Estado, a torto e a direito, os rendimentos auferidos por empresa residente no outro Estado viola cabalmente o art. 7º, coração dos acordos de bitributação.

---

Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle e Markus Stefaner). *CFC legislation, tax treaties and EC law*. Viena: Eucotex, Kluwer Law, 2004, p. 19.

<sup>44</sup> JORGEN AIGNER, Hans; SCHEUERLE, Ulrich; STEFANER, Markus (Eds. Michael Lang, Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle e Markus Stefaner). *CFC legislation, tax treaties and EC law*. Viena: Eucotex, Kluwer Law, 2004, p. 20.

<sup>45</sup> PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2012.

## 5. Mais algumas considerações sobre as regras de TBU no Brasil e os acordos de bitributação

Os arts. 76 e seguintes da Lei n. 12.973/2014 (e o art. 74 da MP 2.158-35, revogado pela Lei n. 12.973/2014) estabelecem a tributação automática dos lucros de controladas diretas e indiretas localizadas no exterior, estejam essas empresas em jurisdições de baixa ou alta tributação, independentemente se essas empresas recebem rendas passivas ou ativas.

As autoridades fiscais argumentam que o art. 7º dos acordos não impede a tributação desses lucros, porque a materialidade do art. 77 da Lei n. 12.973/2014 (e do art. 74 da MP 2.158-35), revogado pela Lei n. 12.973/2014) se refere ao resultado positivo do investimento (empresa no exterior) avaliado pelo método de equivalência patrimonial, o que pode resultar, no máximo, na dupla tributação econômica do rendimento, que não estaria protegida pelo art. 7º (o que é contestável, conforme explica Ramon Tomazela Santos<sup>46</sup>).

Por outro lado, os contribuintes afirmam que a base de cálculo prevista no art. 77 da Lei n. 12.973/2014 (e do art. 74 da MP 2.158-35, revogado pela Lei n. 12.973/2014) são os lucros – e não o resultado positivo do investimento avaliado pelo método de equivalência patrimonial – da empresa localizada no exterior. Sendo assim, esses rendimentos são tributáveis apenas no Estado de residência da controlada, de acordo com o art. 7º dos acordos de bitributação.

Esse argumento resta mais fortalecido se a questão for analisada sob a perspectiva do art. 74 da MP 2.158-35, que estabelecia expressamente que o objeto de tributação eram os “lucros” da empresa no exterior (e não o resultado de equivalência ou quejandos) – qualquer entendimento contrário a essa posição violaria o princípio da legalidade previsto no art. 150 da CF.

Em relação a esse ponto (perspectiva do art. 74 da MP 2.158-35), destaca Luís Eduardo Schoueri<sup>47,48</sup> que “no caso de controladas e coligadas no exterior, o objeto da tributação são os próprios lucros auferidos pelas controladas e coligadas. Exatamente aquilo que, nos termos do citado artigo 7º dos acordos de bitributação, está fora do alcance da lei brasileira”.

Ademais, o renomado professor, junto a Mateus Calicchio Barbosa, lembra com razão que o § 6º do art. 25 da Lei n. 9.249/95 dispõe de forma clara que os resultados da avaliação dos investimentos no exterior, pelo método da equivalên-

<sup>46</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021, v. 1.

<sup>47</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 219, 2013, p. 67-77.

<sup>48</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Brazil: CFC rules and tax treaties in Brazil: a case for Article 7. In: LANG, Michael *et al.* (Org.). *Tax treaty case law around the globe 2015*. Viena: Linde, 2016, v. 97, p. 80.

cia patrimonial, devem ter o mesmo tratamento de neutralidade (isto é, de isenção) previsto nas operações internas<sup>49</sup>.

O STJ – que tem competência constitucional para dar a interpretação final sobre as regras dos acordos de bitributação, conforme o art. 105, III, *a*, da CF e decisão proferida no “Caso Volvo”<sup>50</sup> – já decidiu a favor dos contribuintes no Recurso Especial n. 1.325.709/RJ<sup>51</sup>. Além disso, a referida Corte assentiu, no EREsp n. 1.554.106/BA, que mesmo que a materialidade seja a parcela do lucro que integra o resultado de equivalência patrimonial, a proibição do art. 7º dos tratados volta-se à tributação dos “lucros de uma empresa de um Estado Contratante”, que só são tributáveis nesse Estado. É a ideia da proteção do lucro sob a perspectiva “objetiva”.

Ao contrário do que entendem Michel Lang<sup>52</sup> e Tarsila Ribeiro Marques Fernandes<sup>53</sup>, que seguem a posição de que nada impede que a legislação interna estabeleça o sujeito sobre o qual recairá a tributação, sendo que, nesse caso, não há violação ao art. 7º dos acordos de bitributação, entendemos que o referido dispositivo (art. 7º dos acordos) protege os sujeitos adotamos a posição de que a proibição do art. 7º dos tratados se volta à tributação dos “lucros de uma empresa de um Estado Contratante”, objetivamente considerados, que só são tributáveis nesse Estado, sendo, pois, irrelevante qual o sujeito passivo eleito pelo Estado ao qual se volta a proibição de taxaçaõ daqueles lucros<sup>54</sup>.

Em outras palavras, a finalidade do art. 7º dos acordos de bitributação está em proteger os lucros produzidos em um país por uma entidade com personalidade jurídica própria da tributação em outro país, por quaisquer meios que possam ser empregados (desconsideração da personalidade jurídica, imputação do lucro, ficção, dentre outros).

Não à toa que o objeto tutelado pela norma do art. 7º são os lucros (cf. parágrafo 10.1 dos Comentários ao § 1º do art. 7<sup>55</sup>), e não a pessoa sobre a qual recai essa tributação, pois, se assim fosse, seria muito fácil para uma das partes signatárias de um acordo de bitributação se esquivar de sua aplicação mediante a sim-

<sup>49</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Brazil: CFC rules and tax treaties in Brazil: a case for Article 7. In: LANG, Michael *et al.* (Org.). *Tax treaty case law around the globe 2015*. Viena: Linde, 2016, v. 97, p. 79.

<sup>50</sup> RE 460.320, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17-8-2020.

<sup>51</sup> REsp n. 1.325.709/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24-4-2014.

<sup>52</sup> LANG, Michael. CFC regulations and double taxation treaties. *Bulletin for International Taxation* 57, n. 2, 2003, p. 55.

<sup>53</sup> FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC legislation: from an international perspective to the Brazilian reality*. Tese (Doutorado) – Radboud Universiteit Nijmegen, Nijmegen, 2019.

<sup>54</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Brazil: CFC rules and tax treaties in Brazil: a case for Article 7. In: LANG, Michael *et al.* (Org.). *Tax treaty case law around the globe 2015*. Viena: Linde, 2016, v. 97, p. 81.

<sup>55</sup> The purpose of paragraph 1 is to provide limits to the right of one Contracting State to tax the *business profits* of enterprises that are residents of the other Contracting State.

ples escolha da pessoa jurídica controladora nele domiciliada como sujeito passivo da obrigação tributária.

Com efeito, a escolha de tal conexão, pela sua patente fragilidade ou artificialismo, representaria violação aos limites de soberania, um abuso de conexão, na terminologia de Mossner ou um *excess of jurisdiction*, como se lhe refere Mann, ofensiva das regras mais elementares do Direito Internacional Público<sup>56</sup>.

Esses princípios encontram-se expressamente previstos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificada pelo Brasil, segundo a qual “um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”.

Do mesmo modo, Luís Eduardo Schoueri<sup>57</sup> destaca que “o escopo do artigo 7º não é subjetivo (as empresas), mas objetivo (os lucros das empresas)”.

Desse modo, as regras vigentes para as pessoas jurídicas, dispostas nos arts. 76 e seguintes da Lei n. 12.973/2014 (e no art. 74 da MP 2.158-35, revogado pela Lei n. 12.973/2014), não são compatíveis com os acordos de bitributação assinados anteriormente à edição da Convenção Modelo de 2017 (sendo certo que, para avaliar se há, ou não, essa compatibilidade nos acordos assinados posteriormente a essa Convenção, cada redação deverá ser examinada individualmente), por conta do seu viés arrecadatório, e não antievasivo ou antiabusivo.

Sobretudo nas hipóteses em que o acordo de bitributação dispõe da seguinte forma: “os lucros não distribuídos de uma sociedade de um Estado Contratante, cujo capital pertencer ou for controlado total ou parcialmente direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não serão tributáveis nesse último Estado”, como bem lembram Roberto Duque Estrada e Jonas Ferreira<sup>58</sup>. Isso ocorre nos acordos assinados com Eslováquia e Tchêquia, por exemplo, sendo certo que o acordo com a Dinamarca foi revogado nesse particular (Decreto n. 9.851/2019).

Em contrapartida, há acordos assinados pelo Brasil que permitem expressamente a aplicação de regra CFC ou *similar* voltadas a combater o diferimento dos lucros, como ocorre com os ADTs assinados pelo Brasil com os Emirados Árabes Unidos (art. 11, *b*, do protocolo), México (art. 28, 3), Singapura (art. 11 do protocolo), Turquia (art. 6 do protocolo), Uruguai (art. 6 do protocolo) e Venezuela (art. 4, *d*, do protocolo).

<sup>56</sup> Cf. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>57</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 219, 2013, p. 67-77.

<sup>58</sup> DUQUE ESTRADA, Roberto; FERREIRA, Jonas. Incompatibilidades das disposições da Lei 14.754/2023 com os acordos internacionais para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. I.

O acordo com a Suíça, apesar de ter sido assinado após a Convenção Modelo de 2017, impede a aplicação das regras brasileiras de TBU porque, enquanto a Convenção Modelo de 2017 dispõe que “esta *Convenção* não afetará a tributação, por um Estado Contratante, dos seus residentes<sup>59</sup>”, o acordo com a Suíça estabelece o seguinte: “em nenhum caso as disposições deste *parágrafo*<sup>60</sup> serão interpretadas de modo a restringir, de qualquer forma, o direito de um Estado Contratante de tributar os seus próprios residentes”, o que dá a entender que essa limitação – de não afetar a tributação dos próprios residentes – se restringe às situações que envolvem entidades transparentes.

## **6. Regras de tributação automática: um problema somente do Brasil ou também dos seus *tax treaty partners*?**

Não é incomum o argumento de que a tributação em bases universais realizada pelo Brasil é problema brasileiro, que não afeta os outros países (que, com ele, assinaram acordos de bitributação).

Jackson e Smith<sup>61</sup>, ao comentarem esse ponto sob a perspectiva da legislação neozelandesa, afirmam que as regras de TBU são percebidas, pelos outros países, como uma redução da competitividade das empresas neozelandesas perante as multinacionais estrangeiras. Além disso, a abrangência das regras de TBU (que incluem renda ativa) na Nova Zelândia pode tornar as multinacionais sediadas nesse país mais vulneráveis a processos de aquisição por empresas estrangeiras (como incorporação e fusões)<sup>62</sup>.

Ocorre que esse fundamento econômico é facilmente rebatido por outros fundamentos, também econômicos. Pode-se arguir que, para um país, é interessante que as empresas estrangeiras estejam presentes no seu território e tenham condições de atuar de forma competitiva. Muitos países buscam atrair investimentos internacionais como parte de suas estratégias de desenvolvimento econômico. Os investimentos estrangeiros podem trazer benefícios, como: a) criação de

<sup>59</sup> Os acordos com Uruguai, Emirados Árabes Unidos e Singapura também foram assinados após 2017, com a mesma redação do acordo assinado com a Suíça, mas, ao contrário desse último, permitem expressamente a aplicação de regra CFC ou similar voltadas a combater o diferimento dos lucros.

<sup>60</sup> Por sua vez, esse parágrafo trata da consideração das entidades transparentes como “pessoa” para fins de aplicação dos acordos, o que dá a entender que essa limitação (não afetar a tributação dos próprios residentes) se restringe às situações que envolvem entidades transparentes.

<sup>61</sup> JACKSON, A.; SMITH, A. In: JORGEN AIGNER, Hans; SCHEUERLE, Ulrich; STEFANER, Markus (Eds. Michael Lang, Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle e Markus Stefaner). *CFC legislation, tax treaties and EC law*. Viena: Eucotex, Kluwer Law, 2004, p. 486.

<sup>62</sup> Trecho do livro em inglês: “Foreign treaty partners are unlikely to protest about New Zealand’s CFC regime as the absence of an active income exemption is perceived to reduce the competitiveness of New Zealand base multinationals vis-à-vis those from other jurisdictions. Furthermore, the absence of an ‘active’ income exemption may make New Zealand-based multinationals more vulnerable to foreign take-over”.



empregos; b) transferência de tecnologia; c) aumento da competitividade; d) incentivo à eficiência e aprimoramento das empresas locais; e) redução do preço ao consumidor final etc.

Não à toa que, conforme visto nos tópicos anteriores, diversos países como Holanda<sup>63</sup>, Bélgica<sup>64</sup> e Suíça<sup>65</sup> fizeram ressalvas para reforçar o entendimento de que as regras CFC não seriam compatíveis com o art. 7º ou somente seriam compatíveis com o referido dispositivo se a sua natureza antiabusiva fosse clara.

Sendo assim, a tributação desmedida da renda apurada por empresas no exterior torna o custo dos investimentos brasileiros muito mais elevado. Com isso, os países estrangeiros não se tornam tão atrativos às empresas brasileiras, em contrariedade a um dos objetivos buscados pelos Estados com a assinatura de um acordo de bitributação, que é facilitar o fluxo de capitais e serviços entre as partes contratantes (função mediata).

Alguns autores adotam o entendimento de Vogel<sup>66</sup> e reconhecem que o estado de origem da renda contribui mais para a realização e para a produção do rendimento do que o de residência. Para esses autores, é o Estado da fonte que investe nos serviços públicos e detém todos os fatores naturais para que a renda seja produzida.

---

<sup>63</sup> The Netherlands does not adhere to the statements in the Commentaries that as a general rule domestic anti-avoidance rules and controlled foreign companies provisions do not conflict with the provisions of tax conventions. The compatibility of such rules and provisions with tax treaties is, among other things, dependent on the nature and wording of the specific provision, the wording and purpose of the relevant treaty provision and the relationship between domestic and international law in a country. Since tax conventions are not meant to facilitate the improper use thereof, the application of national rules and provisions may be justified in specific cases of abuse or clearly unintended use. In such situations the application of domestic measures has to respect the principle of proportionality and should not go beyond what is necessary to prevent the abuse or the clearly unintended use.

<sup>64</sup> Belgium cannot share the views expressed in paragraph 23 of the Commentary. Belgium considers that the application of controlled foreign companies legislation is contrary to the provisions of paragraph 7 of Article 5, paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10 of the Convention. This is especially the case where a Contracting State taxes one of its residents on income derived by a foreign entity by using a fiction attributing to that resident, in proportion to his participation in the capital of the foreign entity, the income derived by that entity. By doing so, that State increases the tax base of its resident by including in it income which has not been derived by that resident but by a foreign entity which is not taxable in that State in accordance with the Convention. That Contracting State thus disregards the legal personality of the foreign entity and therefore acts contrary to the Convention (see also paragraph 40.1 of the Commentary on Article 7 and paragraph 68.1 of the Commentary on Article 10).

<sup>65</sup> With respect to paragraph 23, Switzerland considers that controlled foreign corporation legislation may, depending on the relevant concept, be contrary to the spirit of Article 7.

<sup>66</sup> VOGEL, Klaus. *World-Wide vs. Source Taxation of Income: a Review and Reevaluation of Arguments*. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Springer Netherlands, 1990, p. 136.

De acordo com Vogel<sup>67</sup>, para o correto juízo de neutralidade, não se deve considerar apenas a carga tributária do local em que se quer investir, mas os benefícios que o investidor obterá naquele lugar, pois esse fator (benefícios) é tão importante quanto a carga tributária que ele terá de suportar.

Dessa forma, a segurança, a estabilidade econômica, a infraestrutura, os subsídios diretos, o nível da saúde pública e da educação são fatores que, aliados à tributação, podem pesar na escolha do investidor.

Conforme aponta Luís Eduardo Schoueri<sup>68</sup>, nas situações em que o princípio da residência prevalece, o contribuinte sofrerá idêntica tributação caso invista em um país que lhe ofereça altos benefícios ou caso se veja obrigado a suportar altos reveses, pois, ao fim e ao cabo, persistirá a tributação no Estado de residência.

Nessa linha, qualquer sistema que adote a neutralidade na exportação de capital pode ser tachado como intervencionista, porque a tributação no Estado de residência acaba interferindo a atuação do investimento localizado no Estado da fonte. Veja-se, a propósito, que o modelo adotado pelo Brasil, além de privilegiar a CEN, diverge grotescamente do quanto praticado em direito comparado<sup>69</sup>.

Além desses argumentos econômicos, note-se que as regras brasileiras de TBU são incompatíveis com os arts. 10, 11, 12 e 12-A dos acordos de bitributação.

Caso uma empresa no Brasil esteja sujeita às regras dos arts. 76 e seguintes da Lei n. 12.973/2014, os juros pagos por essa empresa a filiais e subsidiárias no exterior, por exemplo, serão tributados por meio das alíquotas de 25% (caso seja concedido o crédito de 9% previsto no § 10 do art. 87 da Lei n. 12.973/2014), 34% ou 45% (aplicado às financeiras), em razão da aplicação das regras brasileiras de TBU, mesmo que tenha concordado com o parceiro de tratado que a alíquota máxima é de 15%.

Desse modo, a aplicação desmedida e açodada das regras brasileiras de TBU viola as regras de Direito Internacional e o compromisso assumido pelo País com o seu parceiro de tratado, o que pode resultar em dupla tributação.

Nesse caso específico, a dupla tributação poderá ocorrer se o Estado de residência, por discordar da classificação adotada pelo Brasil no acordo de bitributação, decide que não irá conceder ao contribuinte o crédito relativo ao IRF reco-

---

<sup>67</sup> VOGEL, Klaus. World-Wide vs. Source Taxation of Income: a Review and Reevaluation of Arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Springer Netherlands, 1990, p. 141. O trecho é também citado em SCHOUERI, Luís Eduardo. Solidariedade, domicílio e capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; DA SILVA MARTINS, Rogério Gandra (Org.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>68</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Solidariedade, domicílio e capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; DA SILVA MARTINS, Rogério Gandra (Org.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>69</sup> GALENDI JR., Ricardo André. Fundamentos da tributação de lucros no exterior: entre competitividade e harmonização. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 33, 2015, p. 408-409.

lhido no País<sup>70</sup>, eis que a tributação incidente no Brasil (de 25%, 34% ou 45%) não está de acordo com os termos da convenção (afinal, os países acordaram que o *cap* seria de 15%, por exemplo).

Há, na nossa visão, inegável violação ao *cap* previsto nos acordos de bitributação.

O mesmo pode ocorrer com dividendos, *royalties* e contraprestação por serviços técnicos e de assistência técnica pagos a empresas ligadas no exterior.

## 7. Conclusões

Conclui-se, com o exposto, que as regras brasileiras de TBU não são CFC e violam frontalmente o art. 7º dos acordos de bitributação (observadas as exceções mencionadas durante o artigo).

A conclusão de que a legislação brasileira não é típica CFC decorre dos próprios documentos da OCDE, dos Comentários à Convenção Modelo de 2003 e da Ação 3 do Projeto BEPS, em que se apontou de forma clara que as regras CFC e as medidas antiabuso não devem incidir nas hipóteses em que os rendimentos estejam sujeitos, no outro Estado, a uma tributação compatível com a do país de residência do contribuinte.

Dessa maneira, como as regras brasileiras têm por característica combater o antidiferimento, não é possível dizer que elas se enquadram nesse conceito (regras CFC).

Atente-se que o Brasil, ao assinar acordos de bitributação com os outros países, não acordou (na maior parte das vezes) que as investidas brasileiras, ao invés de se submeterem única e exclusivamente à tributação local, estariam sujeitas à tributação de 25% (caso seja concedido o crédito de 9% previsto no § 10 do art. 87 da Lei n. 12.973/2014), 34% ou 45% (aplicado às financeiras).

Outro ponto de suma relevância é que a tributação realizada pelo Brasil esmorece o *cap* das alíquotas previstas para os rendimentos passivos, como dividendos, juros e *royalties*, previstos nos arts. 10, 11 e 12 da Convenção, e rendimentos ativos de serviços técnicos previstos no art. 12-A.

Considerando que as transações intragrupo são parte relevante de todas as operações internacionais realizadas por empresas residentes no Brasil, a não aplicação do art. 7º para impedir a aplicação das regras brasileiras de TBU significa que o *cap* previsto pelo Brasil e seus parceiros de tratado não significa nada (ou quase nada).

---

<sup>70</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. Os juros sobre o capital próprio (JCP) nos acordos de bitributação. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; QUINTELLA, Caio Cesar Nader (Coord.). *Juros sobre capital próprio: aspectos tributários e societários*. São Paulo: MP, 2022, p. 365-366.

**Bibliografia**

- ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Journal Articles & Papers IBFD*, 2019.
- AVI-YONAH, Reuven; HALABI, Oz. *US Subpart F legislative proposals: a comparative perspective*. University of Michigan Law School Scholarship Repository.
- CARVALHO, Lucas de Lima. Revisiting the similarity between CFC rules and the IIR. *Tax Notes International*, 2024, p. 606.
- DUQUE ESTRADA, Roberto; FERREIRA, Jonas. Incompatibilidades das disposições da Lei 14.754/2023 com os acordos internacionais para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONGUILOD, Ana Carolina; BARBOSA, Hermano (Coord.). *Nova tributação de investimentos offshore e de fundos de investimento: teoria e prática da Lei n. 14.754/23*. São Paulo: Quartier Latin, 2024, v. I.
- FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. *CFC legislation: from an international perspective to the Brazilian reality*. Tese (Doutorado) – Radboud Universiteit Nijmegen, Nijmegen, 2019.
- GALENDI JR., Ricardo André. Fundamentos da tributação de lucros no exterior: entre competitividade e harmonização. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 33, 2015, p. 408-409.
- JORGEN AIGNER, Hans; SCHEUERLE, Ulrich; STEFANER, Markus (Eds. Michael Lang, Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle e Markus Stefaner). *CFC legislation, tax treaties and EC law*. Viena: Eucotex, Kluwer Law, 2004, p. 474.
- KERSCHNER, Ina; MARYTE, Somare (eds.). *Taxation in a global digital economy*. Viena: Linde, 2017.
- LANG, Michael. CFC regulations and double taxation treaties. *Bulletin for International Taxation* 57, n. 2, 2003.
- NIELSEN, Lars F. New perspective on the taxation of CFCs in third countries? IBFD. *European Taxation*, December 2018.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Modelo de Convenção Tributária da OCDE: 1992. Paris: OCDE, 1992.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Modelo de Convenção Tributária da OCDE: 1998. Paris: OCDE, 1998.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Modelo de Convenção Tributária da OCDE: 2017. Paris: OCDE, 2003.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Modelo de Convenção Tributária da OCDE: 2017. Paris: OCDE, 2017.
- PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2012.
- RAUSCH, Aluizio Porcaro. As normas CFC e os tratados tributários: uma análise crítica sobre a sua (in)compatibilidade no Brasil. In: SCHOUERI, Luís Eduar-

- do; QUIROGA, Roberto; MOREIRA, André Mendes; VETTORI, Gustavo; MOURA, Fernando; FRATTARI, Raffael. *Tributação da renda*. Belo Horizonte: Arraes, 2022. p. 601.
- ROCHA, Sergio André. São as regras brasileiras de tributação de lucros auferidos no exterior “regras CFC”? : análise a partir do relatório da ação 3 do Projeto BEPS. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre, v. 9, n. 54, jan./fev. 2016.
- SANTOS, Ramon Tomazela. *A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2021, v. 1.
- SANTOS, Ramon Tomazela. Os juros sobre o capital próprio (JCP) nos acordos de bitributação. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; QUINTELLA, Caio Cesar Nader (coord.). *Juros sobre capital próprio: aspectos tributários e societários*. São Paulo: MP, 2022.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 219, 2013, p. 67-77.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Solidariedade, domicílio e capacidade contributiva. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; DA SILVA MARTINS, Rogério Gandra (Org.). *Tratado de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Brazil: CFC rules and tax treaties in Brazil: a case for Article 7. In: LANG, Michael *et al.* (Org.). *Tax treaty case law around the globe 2015*. Viena: Linde, 2016, v. 97.
- SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg; GALENDI JR., Ricardo André. *CFCs and tax treaties: historical elements for the IIR debate*. Intertax, 2024.
- VOGEL, Klaus. World-Wide *vs.* Source Taxation of Income: a Review and Reevaluation of Arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Springer Netherlands, 1990.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.