

AS NOVAS REGRAS DE TRIBUTAÇÃO DE LUCROS NO EXTERIORE A INTRODUÇÃO DOS CONCEITOS DE RENDA ATIVA E RENDA PASSIVA (MP N. 627/13 E LEI N. 12.973/14) – BREVE ESTUDO COMPARADO

Mauro da Cruz Jacob

Rafael Capanema Petrocchi

I. Introdução

O debate acerca das regras de tributação de empresas controladas domiciliadas no exterior não é recente no Brasil, tendo ganhado maior foco desde a edição da Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001, razão pela qual não traçaremos aqui o histórico legislativo brasileiro¹.

A tributação de lucros apurados por controladas no exterior é discutida no contexto da transparência fiscal internacional, cujas regras são conhecidas no Direito Tributário Internacional como *Controlled Foreign Company Rules* – *CFC Rules* (ou apenas “*CFC*”²). O tema *CFC* tem ocupado lugar relevante nas discussões acadêmicas e nas discussões sobre

1. Sobre o histórico da legislação brasileira, vide ANAN JUNIOR, Pedro. Inconstitucionalidade da Tributação dos Lucros Auferidos no Exterior - Medida Provisória n. 2.158-35/01 e Instrução Normativa SRF n. 213/02. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 93, p. 69; LESSA, Patrícia de Seixas. A Tributação de Lucros Auferidos no Exterior por Controladoras e Coligadas - A Constitucionalidade do Artigo 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, e Instrução Normativa SRF n. 213/02. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 191, p. 62.

2. Também se utiliza o termo *Controlled Foreign Corporation*.

política tributária, especialmente no âmbito da OCDE, com foco na sua função e, por consequência, em quais situações sua aplicação se justifica. O ponto de partida da discussão é se a *CFC* deve alcançar todo o lucro apurado por controlada no exterior ou apenas aquele apurado por controlada domiciliada em jurisdições de baixa pressão fiscal, discutindo-se também quais tipos de renda devem ser abrangidos, emergindo nesse particular os conceitos de *renda ativa* e *renda passiva*.

O Brasil já adota o critério da transparência fiscal para tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior desde 2001, com a edição da Medida Provisória n. 2.158-35.

A incidência determinada pela MP 2.158 alcança irrestritamente todo o lucro apurado por qualquer controlada ou coligada no exterior, razão pela qual não deve ser considerada propriamente uma regra *CFC*³. No entanto, nitidamente o regime previsto na MP 2.158 tem inspirações nas *CFC*.

No intuito de aprimorar o instituto, o Governo Brasileiro editou a Medida Provisória n. 627, de 2013, posteriormente convertida na Lei n. 12.973, de 13.05.2014, alterando a forma de tributação de lucros auferidos por sociedades controladas e coligadas no exterior, visando alinhar a legislação brasileira, de certo modo, ao teor da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.588⁴, que, por sua vez, buscou inspiração no que vem preconizando a OCDE, na doutrina especializada e no que

3. Vide 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* n. 219. p. 67-77. “Ora, se em outras parias a legislação CFC pode ser qualificada como norma antiabuso, no caso brasileiro, a sua aplicação generalizada parece dificultar tal consideração. Afinal, o legislador pátrio não fez qualquer distinção quanto ao tipo de investimento, suas condições e o país onde se encontram a controlada e a coligada. Todos recebem o mesmo tratamento. (...) O todo não pode ser considerado como abusivo. Trata-se, neste sentido, de uma norma antidiferimento de aplicação irrestrita” [p. 77].

4. Julgamento encerrado na sessão do Tribunal Pleno do STF de 10/04/2013.

vem sendo adotado por outros países no que toca à tributação de lucros auferidos por controladas ou coligadas no exterior.

E, nesse cenário, a MP n. 627/2013 introduziu os conceitos de *renda ativa* e *renda passiva* na legislação brasileira, conceitos típicos das legislações *CFC*, embora o novo regime de tributação de lucros no exterior ainda não possa ser considerado uma *CFC Rules*, conforme veremos mais adiante. Por oportuno, saliente-se que o conceito de renda passiva sofreu um pequeno ajuste pela Lei n. 12.973/2014, a nosso ver, aprimorando-o.

O objetivo do presente trabalho é fazer uma breve análise das novas regras brasileiras de tributação de lucros de controladas e coligadas no exterior, confrontando-as com o objetivo central das *CFC Rules* (o que trataremos de forma objetiva), e, especialmente, comparando os conceitos de *renda ativa* e *passiva* adotados pela MP n. 627/2013 e pela Lei n. 12.973/2014 com os utilizados por outros países, membros da OCDE ou parceiros do Mercosul.

Como metodologia, primeiramente, faremos uma introdução sucinta acerca das *CFC Rules* e seu objetivo central, adentrando, em seguida, no regime adotado por alguns países e no conteúdo dos termos *renda ativa* e *passiva* por eles utilizados, para, por fim, expor e comparar a legislação brasileira.

II. O objetivo central das *CFC Rules*

Objetivamente, as *CFC Rules* são um conjunto de normas que visam evitar ou mitigar a alocação, deslocamento, movimentação ou manutenção artificial ou abusiva de lucros em jurisdições com baixa pressão fiscal (paraísos fiscais ou países com baixa tributação), visando alcançar vantagem tributária. Para tanto, as *CFC Rules* impõem transparência fiscal à sociedade investida no exterior, tributando o lucro por ela apurado antes da sua efetiva distribuição ou disponibilização ao investidor residente.

As *CFC Rules* podem estar calcadas em critérios objetivos ou subjetivos, ou em ambos. Os critérios objetivos buscam indicar quais localidades e quais rendas estão sujeitas às *CFC rules*, enquanto critérios subjetivos buscam identificar a intenção do investidor ao alocar recursos em determinada jurisdição.

Pela própria finalidade das *CFC Rules*, o critério objetivo mais aceito como norteador diz respeito ao nível de tributação efetiva no país de residência da sociedade investida. Por esse critério busca-se delimitar quais jurisdições devem estar sujeitas às *CFC Rules*, de forma a alcançar apenas as sociedades domiciliadas em jurisdição com baixa pressão fiscal (o que inclui os países que tributem a renda em nível inferior à tributação no país de residência do investidor). SUZANNE LAURITZEN JOURDAN e KATARINA LIF BURREN destacam o nível de tributação no país de residência da controlada como condição à aplicação das regras *CFC*⁵.

A OCDE reconhece expressamente a aplicabilidade das legislações domésticas de *CFC* e sua harmonia com os tratados para evitar a dupla tributação da renda⁶, tendo inclusive recomendado a sua adoção como

5. “(...) *The conditions for applying the CFC rules vary between countries. Generally, in order to qualify as a CFC, the company must be owned or controlled to a certain extent by resident shareholder of a state. Moreover, either the nature of the activity or the income and/or the jurisdiction in which the foreign company is established will characterize the company as CFC. Furthermore, the taxation that the CFC is subject to in its residence state must be considered as (too) low in comparison with the tax in the shareholder’s residence state.*” JOURDAN, Suzanne Lauritzen; BURREN, Katarina Lif. “*CFC Legislation in an International Tax Perspective*”.

6. Comentários da OCDE à Convenção Modelo (parágrafo 23 do artigo 1º, parágrafo 14 do artigo 7º e parágrafo 37 do artigo 10). Sobre a discussão acerca do possível conflito entre as regras *CFC* e Tratados para Evitar a Dupla Tributação da Renda vide SCHOUERI, Luis Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 219. JOURDAN, Suzanne Lauritzen, BURREN, Katarina Lif. *Op. Cit.* WESTBERG, Björn, “*CFC Rules and Double tax Treaties - The OECD and UN model Tax Conventions*”. Jönköping University, 2006.

instrumento de combate a práticas fiscais nocivas⁷, tais como “paraísos fiscais” e “regimes fiscais privilegiados”. A OCDE recomenda a aplicação de regras *CFC* tão-somente como medida de combate a elisão fiscal, excluindo de seu alcance lucros que tenham sido submetidos a um nível de tributação comparável ao do país de residência do controlador. Isto é, a OCDE recomenda que as *CFC Rules* tenham como objetivo central o combate ao deslocamento de lucros visando exclusivamente vantagens fiscais em paraísos fiscais ou regimes fiscais privilegiados.

Outro critério objetivo usualmente combinado com a baixa pressão fiscal refere-se à qualificação da sociedade investida. Haja vista que as *CFC Rules* buscam evitar a alocação abusiva de recursos em jurisdições com baixa pressão fiscal, seu alcance usualmente é limitado às sociedades controladas, pois apenas nessas sociedades o investidor tem total ingerência sobre o destino dos lucros apurados pela investida.

A *HM Revenue & Customs* do Reino Unido (HMRC)⁸, órgão equivalente à nossa Receita Federal, define como controlada, para fins de *CFC Rules*, a empresa que seja *cumulativamente*: (i) residente fora do Reino Unido, (ii) *controlada* por pessoa domiciliada no Reino Unido e (iii) *sujeita à baixo nível de tributação*⁹. A HMRC deixa claro que as *CFC Rules* do Reino Unido são destinadas diretamente ao combate da elisão fiscal.

Atrelado aos critérios objetivos da baixa pressão fiscal no país de residência e do controle, tem-se trazido à discussão o critério subjetivo atinente à intenção do controlador ao escolher o país em que estabelecerá sua controlada. Como já dito, as regras *CFC* devem alcançar, em essência, apenas lucros desviados de forma abusiva para determinada jurisdição de baixa pressão fiscal, isto é, com o intuito específico de se obter vantagens

7. Relatório emitido pela OCDE em 1998, intitulado “*Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*”.

8. <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM208010.htm>

9. Vide também WENEHED, Lars-Erik. “CFC-lagstiftning”. *apud* WESTBERG, Björn. *Op. Cit.*

fiscais (*tax purpose*)¹⁰. SUZANNE LAURITZEN JOURDAN e KATARINA LIF BURREN destacam a finalidade das *CFC Rules* de evitar a elisão fiscal, também chamada, nesse caso, *Base Erosion and Profit Shifting – BEPS* (erosão da base tributável e deslocamento de lucros)¹¹.

A legislação do Reino Unido prevê tanto critérios objetivos (*objective test*) como critérios subjetivos (*motive test*) para aplicação das *CFC Rules*. O *motive test* diz respeito à intenção do controlador e visa limitar o alcance das *CFC Rules* apenas às sociedades controladas estabelecidas no exterior com o propósito específico de elisão fiscal¹².

10. Nesse particular vejam-se as considerações de WESTBERG, *Op. Cit.*: “To prevent erosion of the tax base due to residents investing in foreign companies in tax havens or low tax regimes many countries impose Controlled Foreign Company (CFC) rules. The CFC rules are applicable when a person transfers income to a controlled foreign company for tax reasons. According to the CFC rules the shareholder is taxed currently on his share of the income in the CFC. The income of the CFC could be taxed either as a regular business profit or as a deemed dividend.”

11. JOURDAN, Suzanne Lauritzen, BURREN, Katarina Lif. *Op. Cit.* “*CFC (Controlled Foreign Company) legislation is one of the unilateral defense measures against tax evasion used by most OECD member states. The objective of CFC legislation is to protect the domestic tax base from erosion, caused by the outflow of capital to low tax jurisdictions.*

By the use of a foreign company, profits that arise in the company are generally not taxed in the shareholder’s country until the shareholder receives dividends or disposes of the shares in the (foreign) company, implying that taxation in the shareholder’s residence state is deferred. This is beneficial to the extent that the foreign tax payable is lower than the residence state’s tax payable by the shareholder. The deferral thus encourages residents to divert income to low tax jurisdictions and to accumulate such income there instead of repatriating the funds to the residence state.”

12. <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM208010.htm>: *The motive test was introduced because it proved impractical to devise comprehensive objective tests that ensured that all United Kingdom controlled overseas subsidiaries with profits derived from genuine overseas activities were excluded from the controlled foreign companies’ charge. It’s presence in the legislation, however, emphasises the fact that the United Kingdom’s controlled foreign companies’ rules are aimed squarely at countering tax avoidance.*

The intended result is that only overseas subsidiaries that exist, or carry out transactions, with the aim of avoiding UK tax will be subject to a charge under the controlled foreign companies’ rules.

BJÖRN WESTBERG pondera que o critério subjetivo pode até mesmo se sobrepor ao critério objetivo. Para ele, mesmo lucros auferidos por controladas domiciliadas em países de baixa pressão fiscal devem ser excluídos das *CFC Rules* quando houver outras razões que não exclusivamente tributárias (*businesslike reason*) para que a controlada fosse instalada em tal país¹³.

Ou seja, o fato de a controlada estar domiciliada em “paraíso fiscal” é um indício de alocação artificiosa de lucros no exterior, mas, havendo razões negociais para a instalação da controlada em tal país (*businesslike reason*), deve-se afastar a aplicação das *CFC Rules* (critério subjetivo ou *motive test*).

Em síntese, dois critérios se mostram de extrema relevância para a aplicação das *CFC Rules*: um objetivo, atinente à baixa pressão fiscal no país da fonte; e um subjetivo, que consiste na verificação de um propósito específico do controlador em elidir tributo.

No entanto, muitos países têm adotado critérios objetivos mais detalhados que indicariam a intenção do investidor (critério subjetivo), evitando que a análise da intenção do investidor se torne totalmente subjetiva, e, assim, de difícil conclusão. Para tanto, tem-se adotado critérios objetivos para classificação das rendas que ensejariam a aplicação das regras *CFC*. Entende-se que determinadas rendas indicariam uma

13. WESTBERG, Björn, *Op. Cit.* “*The aim of CFC rules is to prevent erosion of the tax base in the shareholder residence state through taxation of domestic shareholders on income earned in foreign companies. Erosion of the tax base is the result also when income is transferred to foreign companies for businesslike reasons. CFC rules however are intended to affect only transfers of income with the purpose of tax avoidance, which normally are transfers made to companies in tax havens or low-tax regimes.*”

The third criterion deals with the income transferred to the foreign company. An income could be transferred to a foreign company either for businesslike reasons or for tax avoidance purposes. This means that the whole income of the company does not necessarily have to be affected by CFC rules, but only the income transferred to the company for tax reasons. Two different methods are used to define if the income is transferred for tax reasons, the transactional approach and the jurisdiction approach.”

intenção exclusivamente tributária do investidor ao constituir determinada controlada. E é nesse cenário que surgem os conceitos de *renda ativa* e *renda passiva*.

Portanto, conforme já adiantado, o que se pretende no presente trabalho é comparar a regra central de tributação de lucros apurados por controladas no exterior e o conteúdo dos termos renda ativa e renda passiva introduzidos na legislação brasileira pela MP n. 627/2013 e pela Lei 12.973/14, *vis-à-vis* a legislação de outros países. Passemos então à sua análise.

III. Aplicação das *CFC Rules* e os conceitos de renda ativa e passiva

Em regra, dois métodos podem ser utilizados para se qualificar em quais situações uma renda foi desviada para determinada jurisdição por razões exclusivamente fiscais, são eles: método da abordagem transaccional (*transactional approach*) e método da abordagem jurisdicional (*jurisdiction approach*).

O método da abordagem jurisdicional é baseado no local em que está estabelecida a fonte (sociedade controlada). Parte-se da ideia de que nenhuma sociedade é estabelecida em uma jurisdição de baixa pressão fiscal senão visando elisão fiscal. Tal abordagem não nos interessa no presente trabalho. Já o método da abordagem transaccional é calcado no tipo da renda, diferenciando “renda ativa” de “renda passiva”¹⁴.

14. WESTBERG traz esclarecimentos sobre o conceito de renda passiva: “*Passive income could arise either through return on passive investments or through business transactions between related companies. A passive investment is an investment that does not have to be administered by an active business. The shareholder himself could have administered the investment, and therefore in most cases the only reason to make the investment through a foreign company is to avoid tax. A passive business income, or base company income, is an income that arises due to business activity in related companies and where the income is transferred to the foreign company. One possibility to transfer the income could be that the*

A esse respeito, mostra-se relevante fazer uma análise comparativa com o regime adotado por outros países¹⁵, a fim de verificarmos quais tipos de renda têm sido incluídas ou excluídas do alcance das *CFC Rules*¹⁶:

• Alemanha

A Alemanha considera *CFC* quando a empresa estrangeira tiver mais de 50% do seu capital detido por um contribuinte residente na Alemanha (ex. pessoa física ou jurídica sujeita a responsabilidade tributária ilimitada na Alemanha)¹⁷, possua lucro passivo e que esse lucro passivo esteja submetido a uma alíquota efetiva menor que 25%.

Além disso, a Alemanha também faz distinção de rendimentos sujeitos às *CFC Rules*, adotando uma lista positiva de rendas consideradas ativas – ou seja, a Alemanha adota um critério negativo de rendas passivas, de forma que as situações não contidas na lista são consideradas rendas passivas. São classificadas como rendas ativas: a) distribuição de lucros das empresas; b) venda de ações para outra sociedade, bem como a dissolução ou a redução de capital social; c) comércio e serviços (exceto quando exclusivo); d) negócios bancários ou de seguros (exceto quando exclusivo); e) locação de bens móveis e imóveis e licenciamento (só de intangíveis desenvolvidos pela própria empresa); f) assunção de dívida e

shareholder sells a product to a customer, which will be invoiced by the CFC and the selling company will in turn invoice the CFC but at a lower amount of money than was invoiced by the CFC. The difference between the amount invoiced by the CFC and the amount invoiced by the shareholder is the income transferred to the foreign company. The focus on the type of income according to the transactional approach means that passive income in companies in other countries than the classical tax havens or low tax jurisdictions will be subject to CFC taxation.” Op. Cit.

15. A maioria dos países desenvolvidos adota *CFC Rules*, embora alguns não as adotem, por razões diversas, como exemplo a Suíça.

16. Utilizamos como base o “Guide to Controlled Foreign Company Regimes”, editado pela Deloitte e atualizado em janeiro de 2014.

17. Esta porcentagem é reduzida para 1% caso a empresa estrangeira pratique determinadas transações financeiras.

empréstimos de uma empresa alemã ou de um negócio ativo estrangeiro; g) agricultura e silvicultura; e h) exploração de recursos naturais, geração de energia, fabricação e processamento de mercadorias.

Os tipos mais comuns de renda passiva são rendas geradas pelo uso de capital de empresas estrangeiras e rendas de operações *intercompany*, quando a estrutura da empresa estrangeira não é suficiente para realizar tais atividades.

• **Austrália**

A Austrália, por sua vez, estabelece em quais circunstâncias uma sociedade será considerada *CFC*, quais sejam: se até 5 residentes australianos detiverem pelo menos 50% empresa; se um único australiano detiver 40%; ou se até 5 entidades australianas efetivamente controlarem a empresa.

Para fins de aplicação da *CFC Rules*, a Austrália também adota uma *white list*, no entanto não faz ressalvas quanto à natureza da renda auferida pela controlada.

• **Estados Unidos**

Pela legislação dos Estados Unidos da América (EUA)¹⁸, considera-se *CFC* a empresa estrangeira na qual mais de 50% do poder total de voto, combinadas todas as classes de participações societárias, ou na qual mais de 50% do valor total das participações societárias em circulação sejam detidos direta ou indiretamente por sócios norte-americanos, assim entendidos aqueles sócios que detenham direta ou indiretamente 10% ou mais do poder total de votos, consideradas todas as classes de participação societária.

18. Internal Revenue Manual. Controlled Foreign Corporations. IRS. http://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-061-007.html#d0e398

Os EUA não adotam lista negativa ou positiva de países (*white* ou *black list*). Porém a legislação norte-americana prevê algumas regras de exclusão da aplicabilidade das *CFC Rules*, tal como a *de minimus rule*, que exclui do âmbito das regras *CFC* as controladas que tenham renda passiva inferior a 5% da renda total¹⁹.

A esse respeito da natureza das rendas, os EUA especificam em detalhes os rendimentos sujeitos às regras de *CFC*. Chamamos atenção para os lucros das *Foreign Base Company*, especificamente para os denominados *Foreign Personal Holding Company*, os quais incluem: a) dividendos ou pagamentos em substituição; b) juros ou rendimentos equivalentes; c) aluguéis; d) *royalties*; e) ganhos de capital, entre outros.

Entretanto, a legislação americana prevê hipóteses em que os rendimentos acima citados não são considerados renda passiva. Como exemplo, citamos (Subsection 4.61.7.17, IRC): a) dividendos e juros de pessoas vinculadas domiciliadas no mesmo país, parte substancial dos ativos (mais de 50%) usado em comercialização ou negócios no mesmo país; b) juros de financiamento à exportação recebidos na condução de negócios bancários; c) aluguéis de pessoas não vinculadas na condução regular de negócios ou de pessoas vinculadas por propriedades localizadas no mesmo país; d) *royalties* de pessoas não vinculadas na condução ativa de comércio ou negócio da *CFC*, ou de pessoas vinculadas relacionados a uma propriedade usada no mesmo país; e) certos ganhos na venda de bens e direitos; f) rendimentos obtidos a partir da condução ativa de atividade bancária, financeira ou similares; e g) rendimentos obtidos na condução ativa de atividades de seguros.

19. A Seção 954(b)(3)(A) do Código do Imposto de Renda (IRC) prevê uma regra de *de minimus* que afasta o tratamento de toda a renda bruta como “*foreign base company income*” ou “*insurance income*” se a soma de tais rendas brutas é menor que 5% da renda bruta ou inferior a US\$ 1 milhão.

• França

De acordo com a legislação francesa, estão sujeitas às *CFC Rules* as empresas estrangeiras ou estabelecimentos permanentes cujos sócios franceses possuam direta ou indiretamente mais de 50% das ações ou quotas, dos direitos de voto ou direitos financeiros, e que sejam beneficiárias de regime fiscal privilegiado, assim entendido o regime cuja carga tributária efetiva seja pelo menos 50% menor que a da França.

A França não adota lista positiva ou negativa de países (*white list* ou *black list*), bem como não distingue rendas passivas e ativas.

Como se vê, a França adota regras de *CFC* bastante abrangentes, alcançando todo o lucro apurado pela controlada no exterior, seja ele passivo ou ativo, mas desde que a controlada seja beneficiária de regime fiscal privilegiado.

• Japão

O Japão considera *CFC* a empresa estrangeira controlada direta ou indiretamente por acionistas japoneses²⁰, cujo lucro não seja tributado pelo imposto de renda no país de residência ou seja tributado à alíquota efetiva inferior a 20%.

Assim como Austrália e França, o Japão não faz distinção de rendimentos, aplicando as suas *CFC Rules* a todo o lucro, independentemente da sua composição. O Japão autoriza que o lucro tributável seja calculado com base nas regras japonesas ou com base nos métodos do país de residência da investida, com alguns ajustes.

20. Uma empresa é considerada controlada por acionistas japoneses se esses possuírem direta ou indiretamente mais de 50% das ações em circulação.

• Argentina

A Argentina adota uma lista de países em relação aos quais não se aplicam as regras *CFC* (*white list*), assim como Austrália. Portanto, lucros apurados por controladas domiciliadas em países da *white list* não estão sujeitos às regras de transparência.

No caso de controladas domiciliadas em países não listados na *white list*, a aplicação das *CFC Rules* não é automática. Somente terá lugar a aplicação das *CFC Rules* quando a controlada (sediada em país não listado na *white list*) apresentar um lucro passivo maior que 50% do total do lucro da controlada.

A Argentina considera como lucro passivo, ou renda passiva, os dividendos, juros (a não ser que obtidos comercialmente), *royalties*, aluguéis de imóveis (apenas quando não são comercialmente explorados) e ganhos com venda de ações, participações e títulos e outras transações semelhantes (desde que não sejam feitas com o objetivo de limitação de responsabilidade).

Note-se que a legislação argentina descreve os rendimentos tidos como passivo, porém traz algumas situações excepcionais em que determinado rendimento não deverá ser considerado como passivo.

• Uruguai

O Uruguai prevê a aplicação de *CFC Rules* às empresas estrangeiras com lucro passivo sujeito a uma carga tributária efetiva inferior a 12%, apenas quando detida por pessoa física residente no Uruguai. No entanto, as *CFC Rules* somente se aplicam ao lucro passivo, incluindo lucro obtido de depósitos, empréstimos e qualquer tipo de investimento ou crédito de qualquer natureza.

IV. Legislação brasileira – MP n. 627/2013 e Lei n. 12.973/2014

Nos termos da MP n. 627/2013, convertida na Lei n. 12.973/14, os lucros auferidos por controladas no exterior serão tributados no Brasil, no mesmo exercício em que forem apurados. Não há critérios de limitação da regra de transparência fiscal para tributação desses lucros, sendo irrelevante o país de residência da controlada e o tipo de renda auferido²¹. Por essa razão, conforme adiantamos no início do artigo, a regra brasileira de tributação de lucros de controladas no exterior não deve ser considerada uma *CFC*.

Por outro lado, no que toca aos lucros auferidos por coligadas no exterior, a legislação brasileira impõe requisitos relacionados à localização da coligada e à natureza da renda auferida (passiva ou ativa). No entanto, a tributação de lucros provenientes de coligadas não é um tema tratado no âmbito da *CFC*, razão pela qual entendemos que a disciplina em questão também não deve ser conceituada como uma regra *CFC*.

A despeito disso, a MP n. 627/2013 introduziu o conceito de renda ativa própria, e, relativamente às coligadas, essa definição tem o condão de limitar o alcance da incidência fiscal sobre os lucros apurados pelas coligadas. Quanto às controladas, o conceito de renda ativa e passiva foi utilizado apenas para limitar as hipóteses em que será permitida a consolidação dos resultados (lucros e prejuízos) apurados por mais de uma controlada no exterior, mas não para limitar as hipóteses de aplicação da regra de tributação dos lucros das controladas.

O artigo 84, inciso I, da Lei n. 12.973/14 (art. 80, I, da MP n. 627/2013) estabelece o conceito de renda ativa própria como “aquela ob-

21. Em verdade, tanto a MP 627 quanto a Lei n. 12.973/14 trazem algumas exclusões específicas à regra de tributação de lucros de controladas no exterior, como o caso das controladas de empresas concessionárias de exploração de petróleo e de controladas de suas contratadas.

tida diretamente pela pessoa jurídica mediante a exploração de atividade econômica própria”. Todavia, o referido artigo exclui do conceito de renda ativa própria as receitas de *royalties*, juros, dividendos, participações societárias, aluguéis, ganhos de capital, aplicações financeiras e intermediação financeira. Então, é possível dizer que a definição de renda ativa comporta qualquer modalidade, desde que não enquadrada nas exceções do citado dispositivo, estas, por sua vez, taxativamente, definidas como renda passiva.

As hipóteses qualificadas como rendas passivas contêm poucas ressalvas, o que inclui o ganho de capital decorrente da alienação de participação societária ou de ativo de caráter permanente, adquirido há mais de dois anos. Há que se ressaltar que, atualmente, inexiste conceito próprio para o que vem a ser compreendido como “ativo de caráter permanente”²², lacuna que pode ocasionar equívocos quanto à sua adequada aplicação.

Especificamente nos casos de instituição financeira reconhecida e autorizada a funcionar pela autoridade monetária do seu país de residência, está ressalvada a renda decorrente de juros, aplicações financeiras e intermediação financeira.

Além dessas exceções, a Lei n. 12.973/14 dispõe que poderão ser considerados como renda ativa os dividendos ou receitas decorrentes de participações societárias, adquiridas até 31 de dezembro de 2013, desde que a respectiva sociedade (investida) tenha renda ativa própria igual ou superior a 80%.

Em síntese, embora não se possa dizer que a MP n. 627/2013 e a Lei n. 12.973/14 tenham instituído um regime de *CFC* propriamente dito,

22. O artigo 178, §1º, “c”, da Lei n. 6.404/76, revogado pela Lei n. 11.638/07, conceituava como ativo permanente, os bens classificáveis como: “investimentos”; “imobilizado” e “diferido”. Quer nos parecer razoável entender que os itens classificáveis como ativo não circulante e de natureza similar devam ser enquadrados na expressão contida na regra tributária em comento.

fato é que tais regras têm forte inspiração nas *CFC Rules*, especialmente no que toca aos conceitos de renda ativa e renda passiva.

V. Conclusões

Conforme expusemos acima, as *CFC Rules* são um conjunto de normas que visam mitigar o deslocamento abusivo de lucros para jurisdições com baixa pressão fiscal (paraísos fiscais ou países com baixa tributação). A aplicação das *CFC Rules* pode estar calcada em critérios objetivos (*objective test*) ou em critérios subjetivos (*motive test*), bem como podem adotar uma abordagem transacional (*transactional approach*) ou uma abordagem jurisdicional (*jurisdiction approach*) ou, ainda, uma abordagem combinada de ambas.

Do conteúdo das regras brasileiras, já na vigência da Lei n. 12.973/14, é possível concluir que o Brasil não adota nenhuma dessas abordagens, na medida em que impõe uma incidência fiscal de caráter mais abrangente. Como se vê, o Brasil não adota listas positivas (*white list*) ou negativas (*black list*) de países em relação aos quais seriam aplicáveis as regras de tributação de lucros apurados por controladas, assim como também não distingue a natureza da renda, se ativa ou passiva, bem como não adota como parâmetro a carga efetiva ou alíquota mínima do Imposto de Renda.

Essas características não permitem equiparar as regras brasileiras a um regime *CFC* propriamente dito, seja em razão da abrangência da incidência fiscal imposta ou mesmo pela ausência de discriminação quanto à origem ou natureza da renda. Relativamente à disciplina aplicável às coligadas, a equiparação também não nos parece razoável, eis que essa situação está fora do âmbito das *CFC Rules*.

Note-se que, mesmo a França que adota regras de *CFC* bastante abrangentes, alcançando todo o lucro apurado pela controlada no exterior, seja ele passivo ou ativo, há delimitação às controladas que sejam

beneficiárias de regime fiscal privilegiado (carga tributária efetiva ao menos 50% menor que a carga tributária francesa).

Por outro lado, há que se considerar que as regras introduzidas em nosso ordenamento jurídico, sobretudo quanto ao conceito de renda ativa e renda passiva, têm forte inspiração nas regras de *CFC*.

A despeito do caráter mais abrangente da legislação brasileira, os conceitos de renda ativa e renda passiva aqui adotados encontram certa correlação com a legislação de outros países, tais como Alemanha, EUA e Argentina, utilizados, neste estudo, como países-paradigmas.

Todavia, para esses casos (paradigmas), a exemplo, dos EUA e da Alemanha, os conceitos de renda ativa e renda passiva comportam exceções, não previstas em nossa legislação. A Alemanha, por exemplo, trata como renda ativa os rendimentos decorrentes de licenciamento de intangíveis desenvolvidos pela própria empresa, enquanto o Brasil trata quaisquer royalties como renda passiva.

Outros países sequer adotam a classificação da renda como parâmetro para aplicação da *CFC*, a exemplo da Austrália, França e Japão, o que, no entanto, não representa um aperfeiçoamento da regra. A doutrina e a OCDE vêm apontando para a necessidade de que as *CFC Rules* busquem alcançar apenas os lucros alocados artificialmente em certas jurisdições, visando atingir a evasão fiscal, o que atribui relevância à classificação de rendas como ativa e passiva. E nesse particular, como vimos, o Brasil evoluiu com a edição da MP n. 627/2013 e da Lei n. 12.973/14. Porém, o maior alinhamento do Brasil aos demais países desenvolvidos ou em desenvolvimento, relativamente ao assunto em questão, exigirá que seja percorrida a “curva de aprendizagem”, com o aprimoramento de institutos e a incorporação de novas disciplinas nos moldes das *CFC Rules* em sua mais moderna acepção.

