

As Regras de Subcapitalização Adotadas pela Lei nº 12.249/10 e sua Aplicação em Situações Abrangidas por Acordos para evitar a Dupla Tributação Celebrados pelo Brasil

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro

Mestrando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Professor em São Paulo. Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

Resumo

O presente artigo tem por escopo abordar as regras de subcapitalização adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Medida Provisória nº 472/09, posteriormente convertida na Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010. Pretender-se-á, com este trabalho, primeiramente inserir a opção legislativa pátria no contexto do Direito comparado para, em seguida, analisar a interação de referidas regras com os dispositivos contidos em acordos para evitar a dupla tributação celebrados pela República Federativa do Brasil, notadamente no que atine aos princípios *arm's length* e da não discriminação.

Abstract

The analysis of the new rules about thin capitalization, adopted by the Brazilian legal system through the Provisional Measure nº 472/09, afterwards converted in the Law nº 12.249/2010, falls within the scope of the present article. In order to achieve this objective, an overview of the Brazilian legislation is firstly presented in accordance with comparative law, and, secondly, the relationship between the aforementioned rules and some aspects of double taxation treaties celebrated by the Federal Republic of Brazil, especially regarding the so-called “arms’s length” and non-discrimination principles.

1. Introdução e Estrutura do Trabalho

Como é cediço, o fenômeno da erosão da base tributária, marcado precipuamente pelo deslocamento artificial de rendimentos em operações envolvendo pessoas vinculadas estabelecidas em distintas jurisdições, passou, principalmente após a segunda metade do século XX, a ser um dos focos de atenção, em especial dos países com alta pressão fiscal.

Nesse sentido, em virtude da integração dos mercados promovida com os avanços, notadamente tecnológicos, observados nas últimas décadas, os Estados vêm introduzindo, ou até mesmo aperfeiçoando, mecanismos de combate à elusão¹

¹ Segundo salienta Heleno Taveira Tôres, em clássica obra a respeito do tema, a elusão fiscal, diferentemente da elisão e da evasão, nada mais é do que a concatenação, por parte do contribuinte,

ou evasão fiscal, dentre os quais se destacam as regras de *transfer pricing*, entre nós introduzidas pela Lei nº 9.430/96, e, bem assim, os mecanismos para evitar a *thin capitalization*, ou, em vernáculo, a chamada subcapitalização das sociedades.

Inseridos neste contexto, portanto, pretendemos, neste trabalho, abordar o tema da subcapitalização, voltando a atenção para a alteração da legislação nacional, promovida pela conversão em lei da Medida Provisória nº 472/09, que inseriu no ordenamento regras de combate à chamada subcapitalização nominal².

A ideia, no presente artigo, passa por averiguar a compatibilidade e, bem assim, a relação entre as regras de combate à subcapitalização, adotadas pela Lei nº 12.249/2010, editada no dia 11 de junho de 2010, com as cláusulas contidas nos acordos para evitar a dupla tributação celebrados pela República Federativa do Brasil.

Imbuídos deste mister, pois, optamos por segregar o presente estudo em duas grandes partes, passando-se, assim, por uma breve análise das regras de combate à subcapitalização introduzidas pelo Brasil, mapeando, destarte, a opção legislativa pátria de acordo com os estudos de Direito comparado a respeito do tema, e movendo-se, a seguir, especificamente para a interação de ditas regras com alguns dispositivos encontrados nos acordos de bitributação celebrados pelo País.

Por fim, tomando-se sempre por base o quanto disposto pela legislação pátria, seguir-se-ão algumas conclusões específicas a respeito do tema, notadamente no que atine à aplicação conjunta das regras *safe haven* com o princípio *arm's length* e, igualmente, de sua compatibilidade com a cláusula de não discriminação³ em situações abrangidas pelos acordos de bitributação, veiculando, por derradeiro, o nosso entendimento a respeito do tema.

2. A Subcapitalização no Direito Internacional e no Direito Brasileiro

2.1. Aspectos gerais a respeito do fenômeno da subcapitalização no âmbito internacional

A decisão societária de capitalização da atividade empresária pode, via de regra, seguir dois caminhos nítidos e com natureza jurídica absolutamente distinta. Neste sentido, pode-se optar, por um lado, pelo financiamento mediante aporte de capital social, técnica esta designada como capital próprio, ou, de outro lado, pelo emprego de capitais de terceiros.

Consoante aduz José Marcos Domingues de Oliveira,

“os capitais próprios se constituem do denominado capital social e das respectivas reservas: o primeiro é suprido (pago ou integralizado) pelos sócios/acionistas conforme o tipo societário; e as últimas decorrem do resultado

“de atos lícitos, mas desprovidos de ‘causa’ (simulados ou com fraude à lei)”, de modo a tentar “evitar a subsunção de ato ou negócio jurídico ao conceito normativo do ato típico e a respectiva imputação da obrigação tributária” (*Direito Privado e Direito Tributário*. São Paulo: RT, 2003, p. 189).

² A respeito do conceito, consoante será melhor explicitado a seguir, vide: TABOADA, Carlos Palao. “La Subcapitalización”. In: ANTÓN, Fernando Serrano. *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2006, p. 963.

³ Vale frisar, neste sentido, que, tendo em vista a opção legislativa pátria, o Brasil não adotou regras para evitar a subcapitalização que tenham por escopo a requalificação dos juros em dividendos, razão pela qual eventual discussão sobre as diferenças de qualificação entre os países signatários não constitui celeuma identificada para o caso brasileiro.

positivo da aplicação do primeiro. Um e outro representam o risco do investimento e a respectiva contrapartida, quiçá possível, ao sócio ou acionista.”⁴

De outra sorte, tal como salientado anteriormente, há a possibilidade de optar-se pelo financiamento por meio de capital de terceiros, isto é, mediante mútuo dos sócios ou acionistas. A este respeito, tal como aponta Hübert, referido capital, “ao ingressar na sociedade, acarretará como contrapartida a inscrição de montante equivalente no passivo contábil. Logo, representa uma obrigação da sociedade para com quem aportou este valor, com termo e juros definidos.”⁵

A utilização deste último mecanismo, isto é, de endividamento da sociedade por meio de mútuos pode, no entanto, referir-se a um contexto de necessidade da financiada, alheio, pois, à vontade dos sócios, caso em que a doutrina designa como subcapitalização material, ou, de outra forma, corresponder a uma opção dos próprios sócios ou acionistas, isto é, motivada por razões de índole comercial ou tributária, o que a doutrina rotineiramente designa de subcapitalização nominal⁶.

Feita esta breve distinção, faz-se mister pontuar, desde logo, que não constitui objeto do presente trabalho o estudo da subcapitalização material, mas, única e exclusivamente, da subcapitalização formal ou nominal, isto é, aquela na qual os sócios ou acionistas, deliberadamente, optam por constituir um patrimônio social inferior, capitalizando a sociedade por meio de empréstimos.

Nesta modalidade específica, vale dizer, igualmente não pretendemos explorar, por motivos metodológicos, as causas e consequências do fenômeno da subcapitalização no campo comercial, estudando eventuais desvirtuamentos da função social ou econômica dos contratos, tal como muito bem abordado por Gustavo Saad Diniz em tese de doutoramento a respeito do tema⁷, mas, apenas e tão somente, os motivos e impactos tributários da referida escolha.

Nesse sentido, no que atine aos aspectos tributários, demonstra Piltz, em relatório geral elaborado a respeito do tema da subcapitalização sob os auspícios da IFA (*International Fiscal Association*), que a opção pela capitalização, pelos sócios, das suas subsidiárias por meio de empréstimos deve-se ao fato de que, na generalida-

⁴ OLIVEIRA, José Marcos Domingues. “Enquadramento Fiscal da Subcapitalização das Empresas”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 41. São Paulo: Dialética, fev./99, p. 18.

⁵ HÜBERT, Ivens Henrique. “Subcapitalização de Empresas: Delineamento e Tratamento nos Âmbitos Societário e Tributário”. In: TÓRRES, Helene Taveira. *Direito Internacional Aplicado*, v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 564.

⁶ A este respeito, salienta Carlos Palao Taboada que “la inadecuación puede deberse, o bien a que la sociedad carece de los recursos financieros necesarios para su funcionamiento, en cuyo caso se habla de subcapitalización o infracapitalización material, o bien a que, aunque la sociedad posee tales recursos, éstos no consisten en fondos propios, es decir, en aportaciones de los socios, sino que se le han proporcionado en forma de préstamo, o sea de financiación ajena (subcapitalización formal o nominal)” (“La Subcapitalización”. In: ANTÓN, Fernando Serrano. *Fiscalidad Internacional*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2006, p. 963). Nesse mesmo sentido, dentre outros, vide: HÜBERT, Ivens Henrique. *Op. cit.*, p. 568; DINIZ, Gustavo Saad. “Empréstimo de Sócio para a Sociedade: Potencial Caso de Subcapitalização Nominal”. *Revista de Direito Empresarial* nº 12. Curitiba: ABDR, jul-dez/2009, p. 43.

⁷ DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização Societária*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2007.

de dos casos, a tributação do grupo econômico, tomado como um todo, seria inferior ao financiamento mediante aporte de capital próprio⁸.

Em verdade, a opção pelo financiamento mediante aporte de capital de terceiros, gerando, destarte, endividamento da sociedade controlada, tem por consequência, na maior parte dos casos, uma redução da base tributável no país de residência desta última, eis que, como é cediço, as despesas financeiras, tais como os juros pagos em contrapartida dos empréstimos tomados, são necessárias à condução das atividades operacionais empresárias, sendo, portanto, no mais das vezes, dedutíveis da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda, notadamente do imposto de renda e, no caso brasileiro, da contribuição social sobre o lucro (CSSL)⁹. Além do aspecto citado, não se pode olvidar, igualmente, que, em diversos países, os juros pagos não sofrem retenção na fonte (*withholding tax*), ou inferior retenção em comparação com o pagamento de dividendos¹⁰, o que permite, portanto, uma efetiva erosão da base tributável¹¹ e, conseqüentemente, uma perda de arrecadação do Estado de residência da mutuária.

Diferentemente, no caso dos dividendos, como aponta o mesmo autor, nada obstante o fato de suportarem, via de regra, uma retenção na fonte do imposto de renda superior àquela devida no pagamento dos juros, tal como salientado anteriormente, igualmente a sua distribuição aos sócios ou acionistas não permite uma dedutibilidade da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a renda, razão pela qual os contribuintes, muitas das vezes, preferem o financiamento mediante capital de terceiros.

Na prática, portanto, o financiamento de sociedades, em um contexto internacional, mediante mútuos realizados com partes relacionadas, com a correspondente remuneração por meio do pagamento de juro, permite um deslocamento da renda situada no país da residência, uma vez que os pagamentos são dedutíveis da base do imposto, para outras jurisdições, nas quais serão, por sua vez, tributados tais rendimentos.

É o caso, por exemplo, de uma sociedade *holding*, situada em paraíso fiscal que não tribute a renda (*zero tax haven*), que concede empréstimos a sociedades operacionais situadas em jurisdições com alta pressão fiscal, permitindo, assim, com a

⁸ Destaca Detlev J. Piltz, no texto original, o seguinte: "(...) for the subsidiary company and shareholder taken together, debt financing is often, but not always, more favourable than equity financing" ("International Aspects of Thin Capitalization". *Cahiers de Droit Fiscal International*. V. LXXXIb. Amsterdam: Kluwer/IFA, 1995, p. 87).

⁹ Confira-se, no caso brasileiro, o texto do art. 47 da Lei nº 4.506/64, *verbis*: "São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e a manutenção da respectiva fonte produtora."

¹⁰ Cumpre observar, no entanto, que não é este o caso brasileiro, eis que, como se sabe, com o advento da Lei nº 9.249/95, mais especificamente em virtude do quanto disposto por seu art. 10, os dividendos são isentos de tributação pelo imposto de renda.

¹¹ As regras de *thin capitalization*, tais como aquelas voltadas aos preços de transferência, têm como escopo, justamente, o combate à erosão da base tributável, consoante salienta Guglielmo Maisto, *verbis*: "Here, too, these practices are normally justified as a matter of protecting the integrity of the domestic tax base, against erosion through undue or excessive deductions or costs arising under arrangements among members of na associated group." (*International and EC Tax Aspects of Groups of Companies*. Amsterdam: IBFD, 2008, p. 38)

dedutibilidade das importâncias pagas no Estado de residência, o deslocamento da renda tributável para o paraíso fiscal, com alíquotas inferiores incidentes sobre a mesma base tributável.

Exatamente em virtude desta técnica de planejamento fiscal internacional, à qual se designa, nesta seara, como *thin capitalization*, diversas jurisdições, como novamente demonstra Piltz, visando proteger a sua arrecadação, passaram a combater a prática da subcapitalização formal ou nominal, seja por meio da utilização de regras gerais antielisivas ou antielusivas, seja, ainda, com fundamento em regras específicas, estabelecendo limites máximos de financiamento do capital mediante empréstimos efetuados por partes relacionadas (*safe haven*)¹².

Em virtude dos fundamentos expostos, pois, cumpre aferir, ainda que de modo sintético, as diferentes maneiras de combate à subcapitalização de empresas, elucidando, em um primeiro momento, a utilização de regras gerais por parte de determinadas jurisdições e, em seguida, as técnicas específicas, tais como aquela recentemente incorporada ao Direito brasileiro por meio da Medida Provisória nº 472/2009, convertida na Lei nº 12.249/2010.

2.2. Regras gerais de tributação utilizadas no combate à *thin capitalization*

Primeiramente, antes de ingressar no tratamento das regras específicas de controle à subcapitalização (*thin capitalization rules*), cumpre estabelecer que alguns países adotam, em seu combate, princípios e regras gerais de tributação, qualificando, destarte, determinadas estruturas, precipuamente, (i) como “abuso de personalidade jurídica, ou da proteção do direito dos credores, a constituição ou o funcionamento de empresas com capital próprio insuficiente para seus negócios, por baixa capitalização com endividamentos envolvendo pessoas vinculadas”¹³, tal como relatado por Tôrres; (ii) como *hidden equity*, aplicando-se a elas, portanto, a teoria do *substance over form*, oriundo do Direito anglo-saxão¹⁴; (iii) ou, por derradeiro, como violadoras do princípio *arm’s length*, aplicável no que toca às operações existentes entre partes relacionadas.

No que concerne ao abuso de direito (*abuse of law*), tratado em primeiro lugar, verifica-se que alguns países que possuem regras gerais antielusivas, ou que vedem, de alguma forma, planejamentos tributários realizados de forma abusiva, entendem que o endividamento excessivo de sociedade residente em relação aos seus sócios ou acionistas não residentes, com o fim específico de reduzir o impacto fiscal no país de residência daquela, constitui prática abusiva, que poderia gerar a

¹² PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, p. 99.

¹³ TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional: Planejamento Tributário e Operações Transnacionais*. São Paulo: RT, 2001, p. 524.

¹⁴ Ambas as teorias, do *substance over form* e do *business purpose test*, surgiram na análise de precedente jurisprudencial norte-americano conhecido como o caso *Gregory v. Helvering* (<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=293&invol=465>). A primeira teoria, neste esteio, preconiza que se deve perseguir, em detrimento da forma legal das operações, o conteúdo dos atos praticados. No que toca à doutrina do *business purpose test*, consagra-se o entendimento, no âmbito da *commom law*, de que a construção de negócios jurídicos deve possuir um propósito extrafiscal, isto é, um motivo extrínseco cuja natureza seja distinta da pura e simples economia de tributos. Neste sentido, segundo tal teoria, atos praticados com a simples finalidade de economizar tributos não poderiam ser considerados no caso concreto.

reclassificação dos juros pagos aos não residentes em dividendos, com todas as consequências próprias e específicas a ela relativas¹⁵.

De outra banda, determinadas jurisdições, de acordo com o relatório-geral publicado pela IFA¹⁶, aplicam, inclusive no que atine à subcapitalização, a doutrina do *substance over form*¹⁷, de acordo com a qual entendem, atendidos determinados pressupostos fáticos específicos¹⁸, as respectivas autoridades fiscais que o capital empregado pelos sócios a título de empréstimo para o desempenho da atividade produtiva da controlada ou coligada representa, independentemente do *nomen iuris*, autêntico aporte de capital (*hidden equity*), tributando, destarte, os rendimentos pagos pela controlada/coligada aos seus sócios como se de distribuição de lucros se tratasse.

Por derradeiro, não se pode olvidar que outros países, paralelamente às técnicas elencadas, aplicam à subcapitalização o princípio *arm's length* no que toca ao refreamento da capitalização de pessoas jurídicas por meio de recursos de terceiros relacionados. De fato, sendo certo que as regras de *thin capitalization* referem-se, especificamente, à capitalização de partes ligadas em diferentes jurisdições por meio de empréstimo, diversos Estados recorrem à aplicação do citado princípio internacional para o fim analisar a viabilidade da capitalização feita pelos sócios ou acionistas.

Nesse esteio, tal como ocorre no caso dos preços de transferência, a aplicação do princípio *arm's length*, de acordo com a lição de Luís Eduardo Schoueri, em aplaudida obra a respeito do tema, “consiste, sinteticamente, em tratar os membros de um grupo multinacional como se eles atuassem como entidades separadas, não como partes inseparáveis de um negócio único. Devendo-se tratá-los como entidades separadas (*separate entity approach*), a atenção volta-se à natureza dos negócios celebrados entre os membros daquele grupo.”¹⁹

¹⁵ Neste grupo de países, Detlev J. Piltz, no texto já citado, aponta como possíveis aplicadores dos mecanismos de abuso de direito voltado à tributação a Alemanha, Luxemburgo, Holanda, Finlândia e Áustria (*Op. cit.*, p. 103). No Brasil, em favor da aplicação da teoria do abuso de direito no Direito Tributário nacional, especialmente em etapa posterior à edição da Lei Complementar nº 104/2001, vale conferir a seguinte obra: GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004.

¹⁶ PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, pp. 102-103.

¹⁷ Consoante já tivemos a oportunidade de demonstrar, em artigo destinado à análise do Caso Felipão e do Caso Ratinho, ambos julgados pelo então Primeiro Conselho de Contribuintes, “muito embora o sistema jurídico já tenha consagrado a norma geral antielusiva, encontra-se ela desprovida de eficácia técnica enquanto não sobrevier lei ordinária que discipline o procedimento pelo qual serão desconsiderados os atos ou negócios jurídicos realizados pelos contribuintes, de modo que não há que se cogitar da aplicação de certos preceitos aplicáveis em ordenamentos jurídicos distintos, tais como a teoria do *substance over form* ou do *business purpose test*, ou mesmo do abuso de forma ou abuso de direito” (MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. “‘Caso Felipão’ e ‘Caso Ratinho’: o Mito da Impossibilidade de Pessoas Jurídicas prestarem Serviços Artísticos ou Intelectuais e seus Reflexos Tributários”. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. *Planejamento Tributário: Análise de Casos*. Obra no prelo, com previsão de publicação para agosto de 2010).

¹⁸ Neste sentido, extrai-se do texto de Piltz os seguintes exemplos, ora transcritos no original, *verbis*: “There are no fixed provisions for repayment; interest depends on profits; the loan is convertible into share of the company’s equity; the equity ratio is significantly below de industry average; there is no clear disparity between equity ratio and company risk; there is no possibility of obtaining loans from unrelated persons.” (*Op. cit.*, p. 102)

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006, p. 27.

Com fundamento no referido conceito, determinadas jurisdições, ainda que não o façam única e exclusivamente, recorrem ao princípio *arm's length* para determinar, em um dado caso concreto, se uma parte não relacionada, em condições de mercado semelhantes, teria emprestado a quantia de dinheiro empregada pelos sócios ou acionistas à sociedade relacionada²⁰, verificando, também, a legitimidade das taxas de juros acordadas entre as partes²¹.

Voltaremos, em tópico a ser tratado posteriormente, à inter-relação entre o princípio *arm's length* e os mecanismos de combate à *thin capitalization*, especialmente no que atine ao âmbito das convenções para evitar a dupla tributação de rendas, valendo frisar, por ora, que determinadas autoridades fiscais, efetivamente, vêm valendo-se do referido princípio para aferir a legitimidade do emprego do capital de terceiros para o financiamento de partes relacionadas no contexto internacional, principalmente.

2.3. Regras específicas relativas à *thin capitalization* (safe haven)

A par das regras gerais de tributação, aplicáveis, por vezes, à regulação da subcapitalização, alguns países, incluindo-se nesta lista o Brasil, com o advento da atual Lei nº 12.249/2010, adotam regras específicas atinentes à *thin capitalization*, em especial em virtude das dificuldades da aplicação de dispositivos gerais antie-lusivos, ou mesmo em razão dos princípios da certeza do direito e da segurança jurídica²².

Consoante salienta Detlev J. Piltz, todos os países objeto de estudo, de maneira mais ou menos semelhante, adotam, com a finalidade de aceitar os efeitos tributários do emprego do capital mediante empréstimos de sócios ou demais partes relacionadas, critérios fixos de relação entre o valor mutuado e a participação das partes relacionadas no patrimônio líquido ("PL") da mutuária (*debt to equity ratio*)²³.

Dentro dos limites fixados pela legislação interna dos Estados de residência da sociedade investida (*safe haven*), pois, pode esta última deduzir da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a sua renda os juros pagos a partes relacionadas situadas no exterior, não havendo, portanto, a possibilidade de o Estado da residência da subsidiária requalificar os rendimentos pagos, atribuindo-lhes a natureza de distribuição de lucros²⁴, ou, ainda, de impedir a sua dedutibilidade.

²⁰ Neste sentido, Carlos Palao Taboada verbera o seguinte, *verbis*: "El primero consiste en examinar cada caso concreto para determinar, en vista de sus circunstancias, si el préstamo encubre una aportación o si hubiera concedido en esse supuesto por um prestamista (por ejemplo, una entidad financiera) independiente." (*Op. cit.*, p. 966)

²¹ PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, p. 103.

²² Nesse sentido, vale conferir a lição de Heleno Taveira Tôrres, *in verbis*: "Várias são as regras especiais predispostas para o controle da subcapitalização, podendo estas serem usadas em conjunto ou separadamente. Tais regras especiais permitem maior segurança jurídica para os contribuintes, pela certeza do direito que ofertam, além de favorecer a preparação dos seus planejamentos tributários em face dos casos típicos." (*Op. cit.*, p. 528)

²³ *Op. cit.*, p. 105.

²⁴ Alguns ordenamentos, tal como o espanhol, determinam que o excesso de empréstimos em relação ao limite permitido pelas regras de *safe haven* leva à requalificação dos pagamentos efetuados em dividendos. Neste sentido, elucidativa a explanação de Carlos Palao Taboada: "Cuando, por el

Referida regra funciona, assim, como um limite objetivo imposto pela legislação tributária ao planejamento internacional realizado entre grupos econômicos, eis que fixa uma rácio máxima de empréstimos (*debt*) em relação à participação dos sócios no patrimônio líquido da subsidiária²⁵.

Como já se teve o condão de explicitar, o Brasil, na esteira de diversos outros países, adotou, como técnica de controle da dita subcapitalização nominal ou formal, regras de *safe haven*, fundamentadas no *debt to equity ratio*. Tal como se extrai da legislação vigente, em consonância, inclusive, com a decisão proferida em âmbito administrativo no Caso Colgate/Kolynos²⁶, consideram-se despesas necessárias²⁷ para a subsidiária e, assim, dedutíveis, a remuneração, por meio de juro, do capital emprestado por partes relacionadas, desde que o montante do investimento no patrimônio líquido da mutuária (*equity*) não seja inferior a 50% da do endividamento da companhia, e, mais ainda, a parte relacionada mutuante não esteja localizada em jurisdições com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, casos em que o limite de endividamento da sociedade não poderá ultrapassar 30% da participação dos sócios no “PL”²⁸.

De acordo com o estatuído pelos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010, mais especificamente por seus parágrafos 1^{os}, assim, consideram-se, na aplicação das regras de *safe haven* nacionais, todas as modalidades de financiamento de capital (*debt*), o que à luz, inclusive, do Direito comparado, entendemos englobar (i) os empréstimos ordinários, isto é, aqueles feitos *arm's length*, com juros fixos e pagos a valor de mercado; (ii) empréstimos de curto prazo²⁹; (iii) aqueles efetuados no mecanismo *back-to-back*, isto é, quando a sociedade vinculada no exterior efetua depósitos em instituição financeira ou empresta os recursos a esta última³⁰, e refe-

contrario, la ratio se rebase, el exceso del endeudamiento será considerado como aportación y el interés correspondiente a este exceso será tratado como dividendo. Éste es el método seguido por la legislación española.” (*Op. cit.*, p. 966)

²⁵ Consoante consta do relatório-geral publicado pela IFA, já diversas vezes citado, a rácio mais comum utilizada pelos países (*debt to equity ratio*) é de 3:1, isto é, limitando os empréstimos em três vezes o valor da participação dos sócios no “PL” (PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, p. 106).

²⁶ Cf. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, Acórdãos de nºs 9101-00287 e 9101-00288, relatora Conselheira Adriana Gomes Rego, sessão de 24 de setembro de 2009.

²⁷ Neste exato sentido, verifica-se igual tratamento na legislação belga, consoante esclarece Luc de Broe na seguinte passagem, *verbis*: “If the debt/equity ratio is exceeded, that part of the interest that relates to the tainted debt in excess of the ratio is treated as a disallowed business expense. It is not treated as a dividend, neither for purposes of imposing the corporate tax nor for levying the withholding tax.” (*International Tax Planning and Prevention of Abuse: a Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduct and Base Companies*. Amsterdam: IBFD, 2008, p. 121)

²⁸ Vide arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010.

²⁹ Consoante se extrai do relatório-geral da IFA, à época em que foi redigido, em diversos países os empréstimos de curto prazo não eram considerados no cálculo específico para fins de aplicação das regras de subcapitalização. Nos Estados Unidos, por exemplo, empréstimos feitos à afiliadas em termo menor do que 90 dias não eram considerados, mesmo porque não incluem o pagamento de juros. Na Austrália, o limite máximo para se considerar empréstimos de curto prazo é de 30 dias. Em alguns países, tais como Japão e Canadá, os empréstimos de curto prazo eram considerados no cálculo (PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, pp. 106-107).

³⁰ Questão interessante atine aos casos em que o banco é domiciliado no estado de residência da subsidiária, eis que, nesta hipótese, os juros reduzem a tributação da subsidiária, mas igualmente in-

rido capital é emprestado para sua controlada, ou mesmo, no caso brasileiro, quando o “avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for pessoa vinculada” (parágrafo 3º dos arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010); (iv) os instrumentos financeiros híbridos, tais como, no caso brasileiro, as debêntures conversíveis em ações, quando adquiridos por partes relacionadas.

No que toca ao patrimônio líquido (*equity*) utilizado para a aferição da razão, verifica-se que inclui, consoante salienta Alberto Xavier, “o capital social, reservas de capital, ajustes de avaliação patrimonial, reservas de lucros, ações em teseoraria e prejuízos acumulados (arts. 178, parágrafo 2º, inciso III, e 182 da Lei das S.A., alterados pelas Leis nºs 11.638/07 e 11.941/09)”³¹, devendo ser feito o cálculo da proporção em referência, de acordo com a legislação pátria, por meio de uma média ponderada mensal (*debt to equity*).

Cumpre observar, outrossim, à luz do quanto disposto pelo referido normativo, que a ideia do legislador foi, justamente, a de complementar o mecanismo do *transfer pricing*, já previsto pelo ordenamento no art. 22 da Lei nº 9.430/96. Nesse sentido, pois, enquanto a regra inserta neste último dispositivo visa atribuir limites às taxas de juros pagas entre pessoas vinculadas, de modo a impedir o artificial deslocamento de rendas para sociedades localizadas *offshore*, os novéis arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249/2010 têm por escopo a limitação do próprio montante de empréstimo que pode ser mutuado à subsidiária residente no Brasil.

Feitos estes breves esclarecimentos a respeito dos dispositivos incorporados pela legislação brasileira no que toca ao combate à *thin capitalization*, ressaltando-se, nesta oportunidade, que tais dispositivos têm nítidas deficiências³², inclusive já

crementam a tributação na instituição financeira no país, impedindo a erosão, destarte, da base tributável na residência da subsidiária. Nesse sentido, a Alemanha, na antiga Seção 8ª, hoje já profundamente alterada, admitia a dedutibilidade dos valores emprestados, desde que os juros pagos pelo banco não tivessem relação com o empréstimo efetuado à subsidiária (Vide: PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, p. 107).

³¹ XAVIER, Alberto. “Subcapitalização”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 176. São Paulo: Dialética, p. 13.

³² Dentre os problemas indicados para as regras de *safe haven* baseadas em quantidades fixas de *debt/equity ratio*, deve-se ressaltar aquele conhecido como “efeito cascata” (*cascade effect*) no campo internacional, o qual consiste no aumento considerável da dedutibilidade dos juros baseados em empréstimos a um grupo de companhias conexo. De fato, o que muitas vezes ocorre é que se constrói um grupo econômico vertical, com inúmeras empresas *holding*, que permitem o aumento da utilização dos juros com base no reflexo dos empréstimos feitos no *equity* da subsidiária localizada imediatamente abaixo. Nestes casos, o que ocorre, muitas das vezes, é uma artificial elevação dos limites *debt to equity*, permitindo, destarte, um incremento ao volume de empréstimos entre partes relacionadas. Confira-se, neste sentido, o seguinte exemplo, tomado em uma jurisdição que adota o limite 3:1 (*debt to equity*): Companhia A - Investimento inicial de US\$ 1.000,00 (i), - Dedutibilidade de endividamento autorizada: US\$ 3.000,00 (ii), - Investimento feito na controlada - Companhia B: US\$ 4.000,00 = (i) + (ii); Companhia B - Investimento da Companhia A: US\$ 4.000,00 (iii), - Dedutibilidade de endividamento autorizada: US\$ 12.000,00 (iv), - Investimento na controlada - Companhia C: US\$ 16.000,00 = (iii) + (iv); Companhia C - Investimento da Companhia B: US\$ 16.000,00, - Dedutibilidade de endividamento autorizada: US\$: 48.000,00. Total de endividamento: 3.000 + 12.000,00 + 48.000,00 = US\$ 63.000,00. Assim, tendo em vista que o capital aportado inicialmente foi de apenas US\$ 1.000,00, verifica-se que a razão deslocou-se para 63:1 com a estrutura proposta (PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, p. 113-115).

constatadas por outros países como a Itália³³ e a Alemanha³⁴, que já substituíram o modelo adotado pelo país, cumpre mover à análise específica do objeto deste trabalho, isto é, a interação entre as normas de subcapitalização com os acordos de bitributação celebrados pela República Federativa do Brasil.

3. Aplicação das Regras de *Thin Capitalization* no Âmbito dos Acordos para evitar a Dupla Tributação

Em consonância com o quanto demonstrado, aponta Geerten M. M. Michielse a existência, no âmbito internacional, de dois modelos gerais de regras para combater a subcapitalização, a saber; (i) as regras que requalificam os juros pagos como dividendos, e (ii) aquelas que vedam a dedutibilidade dos juros pagos que excedam o *safe haven* legalmente estipulado³⁵.

No que toca às primeiras, isto é, àquelas que convertem o pagamento de juros em distribuição de lucros por parte da subsidiária, verifica-se uma grande celeuma no âmbito internacional atinente à qualificação, nos termos do acordo, dos rendimentos pagos, atribuindo-lhes ora a natureza de dividendos (art. 10 da Convenção-Modelo da OCDE), ora conferindo-lhes a natureza jurídica de juros (art. 11 da referida Convenção-Modelo).

A divergência de qualificação, pois, entre o Estado da fonte dos rendimentos, isto é, aquele de residência da subsidiária, e o Estado de domicílio da parte relacionada pode configurar hipótese de dupla tributação, razão pela qual a utilização de regras de *thin capitalization* vem representando, de fato, um problema na aplicação dos acordos de bitributação.

³³ Como se sabe, a Itália alterou, em 28 de dezembro de 2007, suas regras para evitar a subcapitalização. Seguindo as várias decisões do TJCE a respeito das supostas violações da liberdade de estabelecimento e de discriminação entre normas nacionais e europeias, mais especificamente os casos *Langhorst-Hohorst* e o caso *Thin Cap Group Litigation*, as regras *safe haven* de subcapitalização, estabelecidas com base em uma razão entre *debt* e *equity* (*debt-to-equity ratio*), foram substituídas por um novo conjunto de regras baseadas no EBITDA. As novas regras se aplicam a todos os juros pagáveis sobre quaisquer dívidas e restringem despesas líquidas com juros até 30% do EBITDA da empresa. De acordo com as novas regras, juros não dedutíveis têm um período de adiamento indefinido, ou seja, podem ser utilizados a qualquer tempo.

³⁴ Na Alemanha, assim como na Itália, as regras sobre subcapitalização foram alteradas, com aplicabilidade a partir de 2008. Essas novas regras incluem uma regra geral de limitação (*arm's length*) e uma regra especial de limitação para o pagamento de juros. A regra de limitação especial com fundamento no EBITDA incide sobre a *corporate tax* e sobre a *trade tax*, sendo o percentual legal de 30%. Vale destacar, por sua vez, que referida regra aplica-se a todo e qualquer juro pago pela sociedade, inclusive aqueles pagos a terceiros. Não obstante tais restrições, a despesa líquida de juros é totalmente dedutível, desde que atendidas as seguintes restrições, a saber: (i) a sociedade não é membro de um grupo; (ii) a mesma pessoa jurídica incorre em despesas líquidas com juros não superiores a € 1.000.000 (um milhão de euros) por ano; (iii) a sociedade residente tem uma *equity ratio* que é igual a ou superior à *equity ratio* em nível mundial. Nada obstante, outrossim, as despesas com juros de uma sociedade não são dedutíveis se os saques acumulados dos sócios e as perdas da sociedade excederem a contribuição dos sócios e os lucros da sociedade (retirada em excesso). Por fim, consoante se extrai das novas regras alemãs, os juros negados sob a regra geral de limitação (*arm's length*) são juros permanentemente indedutíveis; juros que foram negados pela regra especial de limitação (EBITDA) têm um período de adiamento por tempo indeterminado (exceto a parcela de 25% para fins do *trade tax*, que é permanentemente não dedutível).

³⁵ MICHIELSE, Geerten M. M. "Treaty Aspects of Thin Capitalization". *International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) Bulletin* nº XX. Amsterdam: IBFD, dez./1997, p. 565.

Em que pese a relevância do tema na seara internacional, observa-se, consoante salienta Xavier, que a legislação brasileira, ao contrário da espanhola, por exemplo,

“apenas determina a indedutibilidade, pelo que a assimilação a lucro distribuído restringe-se apenas a esse efeito, junto ao devedor, e mais nenhum outro, junto ao credor. A lei recusou a dedutibilidade de uma despesa, mas não mudou a natureza do rendimento. Os ‘juros excessivos’ devem continuar a ser qualificados como juros para todos os efeitos, designadamente a incidência de retenção na fonte.”³⁶

Por esta razão basilar, pois, em virtude do fato de que a lei brasileira adotou o segundo modelo de regras apontado por Michielse, não pretendemos nos aprofundar nos problemas de qualificação surgidos no âmbito internacional, mas, de outra sorte, focar os esforços na análise de eventuais dificuldades na aplicação das regras de subcapitalização adotadas pelo Brasil em situações abrangidas por acordo de bitributação³⁷.

Pretende-se, pois, nos tópicos subsequentes, aferir a aplicabilidade das regras de subcapitalização em situações alcançadas por referidos acordos internacionais, especialmente em virtude do disposto pelos arts. 9º e 24 da Convenção-Modelo da OCDE, utilizada como base para celebração dos acordos para evitar dupla tributação.

3.1. O princípio *arm's length* e as regras de thin capitalization. Análise do disposto pelo art. 9(1) da Convenção-Modelo da OCDE

Como se sabe, e, inclusive, já tivemos a ocasião de explicitar anteriormente, tanto os mecanismos de *transfer pricing*, quanto, igualmente, as regras visando combater a subcapitalização, têm por escopo, via de regra, impedir a erosão da base tributável, isto é, não permitir que grupos transnacionais de sociedades, utilizando-se de mecanismos postos à disposição pela legislação, desloquem os rendimentos de uma determinada jurisdição para outra, com o fito, especialmente, de economizar tributos³⁸.

³⁶ *Op. cit.*, p. 14.

³⁷ Vale frisar, neste sentido, que os tratados para evitar a dupla tributação consistem em limitações adotadas por determinado Estado soberano, no uso e gozo deste atributo, de sua *jurisdiction to tax* (jurisdição tributária), aqui entendida como faceta de sua soberania externa. Neste diapasão, adotamos o entendimento do Professor Luís Eduardo Schoueri, para quem não haveria qualquer antinomia entre a lei interna e os tratados, eis que estes últimos apenas delimitariam a aplicação da legislação interna, não podendo, portanto, a legislação interna dos Estados ultrapassar os limites de jurisdição traçados nos acordos internacionais (“Tratados e Convenções Internacionais sobre Tributação”. *Direito Tributário Atual* nº 17. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 20-49). Corroborando esta assertiva, Klaus Vogel, em célebre metáfora consagrada no âmbito do Direito Tributário internacional, afirma que o espectro de atuação do tratado internacional contra a bitributação é como uma máscara que, muito embora não revogue expressamente a legislação interna, impede que esta adquira eficácia em situações fáticas subsumidas aos acordos internacionais (*Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*. Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen. 3ª ed. Munique: C. H. Beck, 1996, p. 121, *apud* SCHOUEIRI, Luís Eduardo. *Op. cit.*, p. 35).

³⁸ Segundo salienta Gerd Willi Rothmann, em que pese o *nomen iuris* atribuído aos acordos de bitributação, o combate à evasão fiscal consiste, historicamente, em sua primeira finalidade, razão pela qual diversos dispositivos insertos nos referidos acordos não têm por finalidade precípua a atenua-

Especialmente em virtude da proximidade entre as regras relativas aos preços de transferência e aquelas voltadas à minimização dos efeitos da subcapitalização, nitidamente no que toca ao escopo de impedir a erosão da base tributável, alguns países, interpretando o quanto disposto pelo art. 9(1) da Convenção-Modelo da OCDE³⁹, vêm entendendo que, nas situações abrangidas por acordos, estes últimos teriam uma espécie de efeito bloqueador da incidência das normas específicas de combate à subcapitalização (*blocking effect*)⁴⁰, argumento este, inclusive, adotado no direito interno por Alberto Xavier, em recente texto publicado a respeito do tema⁴¹.

Com fundamento no citado dispositivo, verifica-se, com nitidez, que, para fins de aplicação dos acordos para evitar a dupla tributação, as negociações entre partes ligadas em valores que diferem das condições de mercado (*arm's length*) deverão ser consideradas com base neste último valor para fins de tributação pelos Estados contratantes.

Interpretando as regras internas de combate à *thin cap* à luz do referido dispositivo, extrai-se, dos Comentários da OCDE ao art. 9º, que o disposto pelo seu parágrafo primeiro não limita ou restringe a aplicação das regras de subcapitalização, seja no que toca àquelas relativas à limitação da dedutibilidade dos juros⁴², seja, ainda, no que toca às regras de requalificação de juros em dividendos⁴³. Sua

ção ou eliminação da dupla tributação jurídica (*Interpretação e Aplicação dos Acordos Internacionais contra a Btributação*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1978, p. 150).

³⁹ “Article 9. (omissis) 1. Where: a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.”

⁴⁰ Neste sentido, vale citar, como exemplo, a Bélgica e a França, no que toca ao entendimento vigente à época do relatório-geral elaborado pela IFA. Vide: PILTZ, Detlev J. *Op. cit.*, p. 129; TÓRRES, Heleno Taveira. *Op. cit.*, p. 532.

⁴¹ Neste sentido, confira-se o entendimento do referido autor: “Quanto à questão de saber se o regime da subcapitalização se aplica nos casos em que o não residente é domiciliado num país com o qual o Brasil celebrou convenção contra a dupla tributação, entendemos que este regime não é compatível nem com o art. 9º nem com o art. 24 da Convenção Modelo. Com efeito, o nosso regime assenta num critério quantitativo fixo e determinado (apurando por ficção legal ou presunção absoluta o coeficiente de endividamento), com total abstração do princípio *at arm's length* e das circunstâncias do caso concreto, ao contrário do que exige o art. 9º dos tratados inspirados no Modelo OCDE.” (*Op. cit.*, p. 14)

⁴² Em abono a esta assertiva, confira-se o entendimento de Geerten M. M. Michielse, na esteira do quanto aduzido nos Comentários da OCDE, *verbis*: “Article 9(1) OCDE-MC does not contain any definition of ‘dividend’ or ‘interest’. In addition, it refers to profit allocation rather than to the determination of taxable profits. In my opinion, Article 9(1) OECD-MC does not interfere with domestic thin capitalization provisions which prohibit the interest deduction. These domestic provisions are part of the internal rules which determine the taxable profit.” (*Op. cit.*, p. 568)

⁴³ Confira-se, no original: “2. (...) a) the Article does not prevent the application of national rules on thin capitalization insofar as their effect is to assimilate the profits of the borrower to the amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm's length situation (...)” (OECD, “Model Tax Conventions on Income and Capital” (Condensed Version), jul/2008, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2010).

específica utilidade, portanto, no caso das regras de *thin cap*, refere-se à averiguação da efetiva existência de empréstimos *prima facie* pactuados, quando a transferência de tais recursos é realizada em volumes não condizentes com a prática do mercado⁴⁴.

Por outro lado, em que pese a inexistência do chamado *blocking effect*, apontam os Comentários da OCDE ao mesmo dispositivo⁴⁵, expressamente, que a limitação da dedutibilidade dos valores pagos a título de juros pela legislação interna dos Estados, de acordo com o disposto pelo art. 9(1), não pode exceder o valor de mercado que seria pago nestas condições, isto é, a norma interna não pode admitir a dedutibilidade dos juros pagos em um montante inferior àquele que teria sido permitido em condições de mercado⁴⁶.

Comentando referido entendimento, Michielse aponta três razões curiais pelas quais não poderia o Estado da fonte, ao aplicar as regras de subcapitalização, impedir a dedutibilidade de modo a gerar uma tributação superior àquela que teria ocorrido em condições normais de mercado. A primeira delas, neste sentido, refere-se à interpretação histórica do disposto pelo art. 9(1). De fato, em consonância com o contexto com o qual se incorporou referido dispositivo à Convenção-Modelo da OCDE, mais especificamente em 1933, o seu escopo primordial era proteger o contribuinte contra as correções arbitrárias da base de cálculo realizadas pelas autoridades fiscais de cada país, com o nítido desiderato de incrementar sua arrecadação em operações envolvendo partes relacionadas⁴⁷.

Em segundo lugar, de acordo com Michielse, a apontada conclusão parte de uma interpretação conjunta entre o referido dispositivo e aquele contido no art. 7º da Convenção-Modelo da OCDE⁴⁸. Efetivamente, analisando-se, sistematicamente, os dispositivos contidos na Convenção-Modelo da OCDE, verifica-se que a alocação de rendas entre as diferentes jurisdições, inclusive no que toca à atribuição dos rendimentos a determinado estabelecimento permanente, funda-se, primordialmente, no princípio do *separate entity approach*, o que significa dizer, pois, que a alocação dos recursos deve ser feita em consonância com condições normais de mercado entre as partes envolvidas.

Por fim, um derradeiro argumento utilizado por Michielse atine ao próprio escopo dos acordos de bitributação⁴⁹. Com efeito, em que pese o fato de existirem

⁴⁴ A este respeito, encontra-se expresso nos Comentários da OCDE que: "(...) b) the Article is relevant not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is an arm's length rate, but also whether a *prima facie* loan can be regarded as a loan or should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital" (OECD, "Model Tax Conventions on Income and Capital" (Condensed Version), jul./2008, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2010).

⁴⁵ No que toca a este aspecto, vale conferir, igualmente, a seguinte obra: TÔRRES, Heleno Taveira. *Op. cit.*, pp. 531-532.

⁴⁶ No original: "(...) c) the application of rules designed to deal with thin capitalization should normally not have the effect of increasing the taxable profits, and this principle should be followed in applying existing tax treaties" (OECD, "Model Tax Conventions on Income and Capital" (Condensed Version), jul/2008, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2010)

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 569.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 569.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 569.

outros fundamentos para a celebração de acordos para evitar a dupla tributação, não restam dúvidas de que a supressão da dupla incidência jurídica dos tributos sobre a renda constitui um dos seus objetivos primordiais. Nesse sentido, portanto, admitir-se que cada Estado contratante, ao seu exclusivo alvedrio, possa determinar a base tributável do seu imposto de forma a gerar uma tributação acima daquela que seria ocorrida em situações normais de mercado, seria, decerto, permitir ou incentivar a dupla tributação, tendo em vista que o país de residência, provavelmente, exigiria tributos sobre o mesmo montante.

Vale frisar, em adendo ao quanto exposto pelo Professor Michielse, que igualmente o texto do art. 11(6) da Convenção-Modelo da OCDE⁵⁰ leva a este mesmo entendimento, isto é, de que não podem os Estados contratantes exigir, com base em uma limitação excessiva da dedutibilidade dos juros pagos, tributos sobre a renda em valor maior do que aquele que seria devido em condições normais de mercado.

Por estas razões basilares, pois, analisando-se, por ora, especificamente as regras de subcapitalização introduzidas pela Lei nº 12.249/2010, verifica-se que, em hipóteses alcançadas por acordos de bitributação, muito embora não sejam elas expressamente abordadas pelos arts. 9(1) e 11(6), inexistente a possibilidade de se determinar a dedutibilidade dos juros a um valor inferior àquele praticado em mercado, eis que, se isto fosse permitido, estar-se-ia não apenas ferindo o próprio escopo dos acordos de bitributação, como, igualmente, haveria uma nítida violação do princípio *arm's length*, expressamente admitido na Convenção-Modelo da OCDE.

Cumprе salientar, por fim, que o Brasil não inclui, em seus acordos, qualquer possibilidade de ajuste da base tributável, tal como estabelecido pelo art. 9(2) da Convenção-Modelo da OCDE⁵¹, razão pela qual, por mais este motivo, não seria lícita a vedação da dedutibilidade em montantes superiores àqueles que seriam permitidos em condições normais de mercado, eis que, nesta hipótese, seria cristalina a consequência de permitir a dupla tributação das rendas, contrariamente ao escopo dos acordos de bitributação.

⁵⁰ “Article 11. (omissis) (...) 6. Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the interest, having regard to the debt-claim for which it is paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention.”

⁵¹ “Article 9. (...) 2. Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State - and taxes accordingly - profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.”

3.2. Thin capitalization e o princípio da não discriminação abrangido nos acordos de bitributação

Feitas as ponderações relativas à compatibilidade das regras de *thin capitalization* brasileiras com o disposto pelos acordos para evitar a dupla tributação, cumpre aferir, neste ponto, a conexão das regras internas introduzidas pela Lei nº 12.249/2010 com o princípio da não discriminação, expressamente albergado no art. 24 da Convenção-Modelo da OCDE, notadamente no que atine ao art. 24(4) e 24(5).

Para tanto, entendemos curial, inicialmente, delimitar o instituto da não discriminação, aposto nos acordos para evitar a dupla tributação para, em momento posterior, verificar a compatibilidade das regras de *thin cap* brasileiras com o texto dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil, no que se refere a este aspecto específico.

3.2.1. Aspectos gerais a respeito do art. 24 da Convenção-Modelo da OCDE (princípio da não discriminação)

Consoante destacado alhures, além da discussão mencionada no tópico precedente, igualmente existem controvérsias a respeito da (in)compatibilidade do mecanismo *debt to equity ratio* com o princípio da não discriminação, incorporado expressamente pelos acordos de bitributação⁵² celebrados pelo Brasil.

Nesse sentido, pois, tem-se que a análise do tema passa, primeiramente, pela correta compreensão do conteúdo e alcance do quanto disposto pelo art. 24 da Convenção-Modelo da OCDE⁵³.

⁵² XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 14.

⁵³ "Article 24. Non-discrimination

1. Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.

2. Stateless persons who are residents of a Contracting State shall not be subjected in either Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of the State concerned in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected.

3. The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities. This provision shall not be construed as obliging a Contracting State to grant to residents of the other Contracting State any personal allowances, reliefs and reductions for taxation purposes on account of civil status or family responsibilities which it grants to its own residents.

4. Except where the provisions of paragraph 1 of Article 9, paragraph 6 of Article 11, or paragraph 4 of Article 12, apply, interest, royalties and other disbursements paid by an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable profits of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been paid to a resident of the first-mentioned State. Similarly, any debts of an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable capital of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been contracted to a resident of the first-mentioned State.

5. Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjec-

A este respeito, cumpre afirmar, inicialmente, que o art. 24 da aludida Convenção-Modelo, praticamente reproduzido em diversos acordos celebrados pela República Federativa do Brasil, segundo salienta Kees Van Raad, abrange três normas distintas contra o tratamento tributário menos favorável, uma das quais baseada diretamente na nacionalidade (art. 24, parágrafo 1º), e as demais fundamentadas, igualmente, em aspectos atinentes à residência, seja de maneira direta, nas hipóteses em que o tratamento discriminatório é suportado por um estabelecimento permanente de um residente no outro Estado contratante (art. 24, parágrafo 3º), seja indiretamente, naquelas outras hipóteses em que a discriminação é suportada por um residente de um Estado contratante em virtude de sua relação societária com pessoa jurídica não residente (art. 24, parágrafos 4º e 5º)⁵⁴.

Independentemente da distinção trazida à baila pelo referido jurista, é cediço, na doutrina internacional, que o valor norteador do princípio da não discriminação, em todas as hipóteses aventadas, é o estabelecimento de igualdade entre os nacionais⁵⁵ de ambos os Estados contratantes⁵⁶, motivo pelo qual, segundo aponta Nina Aguiar, “uma norma nacional que confira um tratamento diferenciado em função da residência não ficará, em princípio, abrangida pelo princípio da não discriminação, de modo que não poderá ser considerada incompatível com um tratado bilateral que inclua uma cláusula correspondente ao artigo 24”⁵⁷.

Com fundamento nesta premissa, passando para o exame dos parágrafos 4º e 5º do art. 24 da Convenção-Modelo da OCDE, objeto de interesse *in casu*, verifica-se ser vedada a discriminação de uma pessoa jurídica residente em um determinado Estado contratante, quando estabelecida exclusivamente na nacionalidade de sua *holding*, controladora ou coligada.

O juízo de comparabilidade, na forma aduzida por Francisco Alfredo García Prats⁵⁸, refere-se, pois, nas hipóteses previstas pelos parágrafos 4º e 5º, à relação entre dois residentes de um mesmo Estado, impedindo-se, assim, que determinado residente tenha reduzida a sua dedutibilidade, e, assim, incrementada sua base tributável, exclusivamente em virtude da nacionalidade de seus sócios, acionistas ou controladores.

ted in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected.

6. The provisions of this Article shall, notwithstanding the provisions of Article 2, apply to taxes of every kind and description.”

⁵⁴ RAAD, Kees van. “Não Discriminação na Tributação de Operações Transnacionais: Escopo e Questões Conceituais”. *Revista de Direito Tributário Atual* nº 19. São Paulo: Dialética, 2005, p. 52.

⁵⁵ O termo “nacionais”, por sua vez, é definido pela própria convenção internacional no próprio art. 24, mais especificamente em seu parágrafo 2º, abrangendo, deste modo, tanto as pessoas físicas reconhecidas nacionalmente de acordo com a legislação do Estado-contratante, como, ainda, as pessoas jurídicas, incorporadas de acordo com a *lex fori* deste mesmo Estado.

⁵⁶ Nesse esteio, aponta Alberto Xavier a “irrelevância da nacionalidade para fundar um tratamento desigual entre sujeitos que se apresentem em situação objetivamente idêntica” (*Op. cit.*, p. 279).

⁵⁷ AGUIAR, Nina. “O Regime Fiscal da Subcapitalização na União Européia e nas Relações com Países Terceiros: uma Síntese”. *Revista Brasileira de Direito Tributário* nº 15. São Paulo, jul.-ago./2009, p. 97.

⁵⁸ “La Cláusula de no Discriminación en los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional”. In: ANTÓN, Fernando Serrano. *Fiscalidad Internacional*. 3ª ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2006, pp. 1.075-1.076.

3.2.2. *Compatibilidade das regras para combater a subcapitalização com o escopo do art. 24(4) da Convenção-Modelo da OCDE*

Visto, sumariamente, que o princípio da não discriminação, inserto nos acordos de bitributação, funda-se, precipuamente, no elemento “nacionalidade” e não, como se verificou, na residência, cumpre aferir se os dispositivos internos que visam combater a subcapitalização violam, nas situações abrangidas pelos acordos, o quanto estatuído pelos arts. 24(4) e 24(5) da Convenção-Modelo da OCDE.

Nesse sentido, no que toca ao disposto pelo art. 24(4) da Convenção-Modelo da OCDE⁵⁹, nota-se o nítido intuito de impedir que determinada sociedade residente em um dos Estados contratantes tenha, em virtude da nacionalidade de uma parte com quem tenha contratado, a sua base tributável majorada em razão da indedutibilidade de gastos efetuados na referida operação, excetuados, no entanto, os ajustes da base tributável feitos em consonância com o disposto pelos arts. 9(1) e 11(6) da Convenção-Modelo da OCDE.

Nesse sentido, consoante já tivemos a oportunidade de explicitar, o art. 9(1), no que é corroborado pelo disposto pelo art. 11(6), veda, no que toca ao âmbito de aplicação dos acordos para evitar a dupla tributação, a limitação da dedutibilidade no pagamento de juros para os sócios não residentes em um patamar superior àquela que seria permitida em uma situação normal de mercado, em consonância com o princípio *at arm's length*.

Exatamente neste sentido, portanto, temos que a limitação da dedutibilidade em patamares compatíveis com o princípio *arm's length*, e, destarte, em consonância com o art. 9(1), não poderia ser entendida como violação ao princípio da não discriminação, uma vez que, circunscritas ao escopo de adaptar a situação à normalidade de mercado, estariam as regras de *thin cap* voltadas a impedir o deslocamento de rendas e, assim, a elusão ou evasão fiscal e não a discriminação da nacionalidade do credor⁶⁰.

Com efeito, no que toca a este aspecto, os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE, considerados *soft law*⁶¹ na perseguição da teleologia e aplicabilidade das

⁵⁹ Neste sentido, confira-se: “Art. 24. (...) 4. Except where the provisions of paragraph 1 of Article 9, paragraph 6 of Article 11, or paragraph 4 of Article 12, apply, interest, royalties and other disbursements paid by an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable profits of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been paid to a resident of the first-mentioned State. Similarly, any debts of an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable capital of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been contracted to a resident of the first-mentioned State.”

⁶⁰ Em sentido contrário, afirmando expressamente que as regras de *thin cap* violam o princípio da não discriminação, confira-se: MICHIELSE, Geerten M. M. *Op. cit.*, p. 571; XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 14.

⁶¹ Cf. SILVEIRA, R. M. da. *Op. cit.*, p. 150. Vale mencionar, outrossim, que alguns autores não consideram os Comentários da OCDE “contexto do tratado”, para fins de aplicação do art. 3(2) da Convenção-Modelo (Cf. XAVIER, Alberto. *Op. cit.*, p. 188; BELLAN, Daniel Vitor. “Interpretação dos Tratados Internacionais em Matéria Tributária”. In: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. V. III. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 652; ROCHA, Sérgio André. *Interpretação dos Tratados contra a Bitributação da Renda*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 161), muito embora as suas diretrizes possam ser úteis na perseguição do sentido do comando normativo.

normas contempladas pela convenção, em abono ao entendimento esposado, expressamente estabelecem que o disposto pelo art. 24(4) não veda a aplicação das regras de *thin cap*, desde que, como se viu, referidas regras sejam condizentes com o princípio *arm's length*, veiculado no art. 9(1)⁶².

De acordo com este entendimento basilar, pois, tem-se que, consoante salienta Nina Aguiar, na esteira do entendimento manifestado igualmente por González⁶³, “se uma norma anti-subcapitalização for aplicável apenas aos juros pagos a não residentes - norma anti-subcapitalização discriminatória em função da residência do credor -, ela só não colidirá com o princípio de não discriminação dos tratados bilaterais sobre dupla tributação quando seja aplicável apenas às situações de endividamento que não se contenham dentro do quadro de relações possíveis segundo o princípio da independência”⁶⁴.

Vale frisar, nesse sentido, que o entendimento explicitado pela OCDE, no que toca às regras de *thin cap*, coincide, como demonstra Nina Aguiar, no estágio atual, com o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJCE), havendo uma certa harmonização no trato da matéria, muito embora, como se sabe, o princípio da não discriminação não se confunda com o trato das liberdades fundamentais estabelecidas pela Constituição Econômica Europeia, notadamente no que atine à liberdade de estabelecimento⁶⁵.

Com efeito, em que pese o fato de, inicialmente, aquele Tribunal haver julgado como violadoras da liberdade de estabelecimento as regras *safe haven* alemãs, no famoso caso *Lanckorst-Hohorst*⁶⁶, em 2007, houve uma guinada de posicionamento da mais alta corte europeia que, analisando novamente a matéria no caso *Thin Cap Group Litigation*⁶⁷, alterou seu entendimento ao verberar que, muito embora violadoras, em tese, da liberdade de estabelecimento, as regras de combate à *thin*

⁶² A este respeito, confira-se: “74. Paragraph 4 does not prohibit the country of the borrower from applying its domestic rules on thin capitalization insofar as these are compatible with paragraph 1 of Article 9 or paragraph 6 of Article 11. However, if such treatment results from rules which are not compatible with the said Articles and which only apply to non-resident creditors (to the exclusion of resident creditors), then such treatment is prohibited by paragraph 4.” (OECD, “Model Tax Conventions on Income and Capital” (Condensed Version), jul./2008, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2010)

⁶³ GONZÁLEZ, Eusébio (et. al.). *International Tax Law*. Amsterdam: Kluwer Law, 2006, p. 176.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 98.

⁶⁵ AGUIAR, Nina. *Op. cit.*, p. 87.

⁶⁶ TJCE, C-324/00, *Lanckhorst-Hohorst*, acórdão de 12 de dezembro de 2002. A respeito do caso, e, bem assim de suas repercussões na União Europeia, vide as seguintes obras: PEREIRA, Paula Rosado. *A Tributação das Sociedades na União Europeia: Entraves Fiscais ao Mercado Interno e Estratégias de Atuação Comunitária*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 181-183; AGUIAR, Nina. *Op. cit.*, pp. 81-86; DURÁN, Manuel Lucas. “Libertad de Establecimiento; Norma Tributaria sobre Subcapitalización; Distribución Encubierta de Beneficios; Coherencia del Regimen Fiscal; Evasión Fiscal - STJCE Lanckhorst-Hohorst versus Finanzamt Steinfurt, de 12-12-2002 As C-324/00”. In: TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional. Op. cit.*, pp. 351-383; MOLINA, Pedro M. Herrera. “STJCE 12.02.2002, Lanckhorst-Hohorst, As C-324/00: Cláusula de Subcapitalización Contraria a la Libertad de Establecimiento”. In: TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional. Op. cit.*, pp. 491-502; TABOADA, Carlos Palao. *Op. cit.*, pp. 966-983; LANG, Michael. *Direct Taxation: Recent ECJ Developments*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2003, pp. 58-61.

⁶⁷ TJCE, Proc. C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, acórdão de 13 de março de 2007.

capitalization podem ser compatíveis com o Direito europeu, na medida em que tais normas atinjam, pura e simplesmente, as situações que possam ser entendidas como abusivas ou elusivas.

Por estas razões, pois, e em especial por tratar-se, igualmente, do escopo das convenções o combate à evasão e à elusão fiscal no âmbito internacional, entendemos que, no que toca acordos de bitributação celebrados pela República Federativa do Brasil com a Bélgica, China, Coreia do Sul, México e Ucrânia, nos quais consta, expressamente, cláusula idêntica àquela aposta no art. 24(4) da Convenção-Modelo da OCDE, tem-se que as regras de *safe haven* apenas poderiam se aplicar nos casos em que condizentes com o princípio *at arm's length*, não havendo, pois, a possibilidade de se impor uma vedação à dedutibilidade superior àquela que ocorreria em uma situação normal de mercado⁶⁸.

3.2.3. Compatibilidade das regras para combater a subcapitalização com o escopo do art. 24(5) da Convenção-Modelo da OCDE

No que atine especificamente ao art. 24(5) da Convenção-Modelo da OCDE⁶⁹, mormente em virtude do fato de que referido dispositivo legal reporta-se, nitidamente, à vedação de um tratamento menos favorável a uma sociedade residente em virtude da nacionalidade dos seus sócios, surge, novamente, a questão de se aferir a sua compatibilidade com as regras antissubcapitalização dos Estados-partes.

Referido dispositivo, assim, na esteira das demais regras relativas à consagração do princípio da não discriminação no âmbito dos acordos para evitar a dupla tributação, visa combater a discriminação de sociedade residente em um dos Estados contratantes em virtude da residência de seus sócios ou acionistas. É dizer, referido dispositivo refere-se, pura e simplesmente, à discriminação suportada pela sociedade residente em comparação com outra entidade similar (*similar enterprise*), e não aos sócios ou acionistas daquela⁷⁰.

De acordo com a lição de Michielse, nessa esteira, o conceito de *similar enterprise* deve ser obtido em comparação com pessoas jurídicas, cujas quotas ou ações sejam detidas por sócios ou acionistas residentes no mesmo Estado⁷¹, demonstrando-se, destarte, um tratamento desigual entre países de mesma residência.

Em que pese a aparente relevância do dispositivo em referência no trato da matéria, parece-nos que, por se encontrar redigido de maneira genérica, tem sua

⁶⁸ Vale frisar, neste esteio, que, conquanto o Brasil tenha incluído dispositivo semelhante nas convenções celebradas com África do Sul, Chile, Israel, Peru, e Portugal, referidos acordos contam com cláusula expressa no sentido de impedir a aplicação do dispositivo no que toca às regras de subcapitalização dos Estados.

⁶⁹ Confira-se: "Article 24. (...)5. Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected."

⁷⁰ Neste sentido, vale conferir o quanto disposto no parágrafo nº 76 dos Comentários à Convenção-Modelo da OCDE (OECD, "Model Tax Conventions on Income and Capital" (Condensed Version), jul/2008, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2010).

⁷¹ *Op. cit.*, p. 571.

aplicabilidade restrita às hipóteses em que não haja uma regra específica, tratando-se, assim, nos termos de Michielse, de uma espécie de *lex generalis*.⁷²

Exatamente por isso, aliás, cumpre frisar que os Comentários à recente versão da Convenção-Modelo da OCDE, avançando na discussão, explicita que o parágrafo 5º, por se referir à discriminação baseada na residência dos sócios ou acionistas de determinada sociedade residente de um dos Estados contratantes, não se aplica *prima facie* aos casos em que haja uma discrepância no pagamento dos juros a sociedades não residentes, ainda que sejam partes relacionadas.

Nesse sentido, analisando especificamente a temática da *thin capitalization*, afirma-se, conclusivamente, que as regras para evitar a subcapitalização não ferem o princípio da não discriminação inserto no art. 24(5), uma vez que há restrição na dedutibilidade tanto dos juros pagos a sociedades ligadas que efetivamente participem do patrimônio líquido da companhia residente de forma direta, como, também, dos juros remetidos à parte relacionada que não participe diretamente no capital social da sociedade residente⁷³.

Nesse sentido, portanto, temos que inaplicável o quanto disposto pelo art. 24(5) face às regras *safe haven* dos Estados, seja (i) porque referido preceito cede espaço à aplicação de regras mais específicas, notadamente no que atine ao parágrafo 4º do mesmo art. 24, seja (ii) porque as normas antissubcapitalização voltam-se tanto às partes ligadas que participem do capital social da sociedade, como, igualmente, àquelas que apenas participam de modo indireto, razão pela qual referidas regras não se amoldam ao teor do texto da convenção.

4. Conclusões

Consoante se procurou demonstrar ao longo deste trabalho, diversos países, em especial após a segunda metade do século XX, passaram a coibir, seja por meio de normas gerais, seja, ainda, por normas específicas, a erosão de sua base de cálculo no cenário internacional ocasionada pelo financiamento, por parte dos sócios, de suas subsidiárias residentes em outros Estados por meio de capital de terceiros, ao invés de aportar capital social, fenômeno este conhecido na doutrina internacional como *thin capitalization*.

Nesse cenário de combate à prática da *thin capitalization*, o Brasil, com o advento da Medida Provisória nº 472/2009, posteriormente convertida na Lei nº 12.249/2010, muito embora copiando modelo já alterado por alguns países como Alemanha e Itália, inseriu no ordenamento regras *safe haven* (*debt/equity ratio*) espe-

⁷² *Op. cit.*, p. 572.

⁷³ Confira-se, no original, o texto do parágrafo nº 79 dos Comentários da OCDE, *verbis*: “The paragraph is not concerned with rules based on debtor-creditor relationship as long as the treatment resulting from the rules is not based on whether or not non-residents own or control, wholly or partly, directly or indirectly, the capital of the enterprise. For example, if under a State’s domestic thin capitalization rules a resident enterprise is not allowed to deduct interest paid to a non-resident associated enterprise, that rule would not be in violation of paragraph 5 even where it would be applied to payments of interest made to a creditor that would own or control the capital of the enterprise, provided that the treatment would be the same if the interest had been paid to a non-resident associated enterprise that not itself own or control any of the capital of the payer (...).” (Condensed Version, jul/2008, disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2010)

cíficas para evitar a subcapitalização, de acordo com as quais estabeleceram-se determinados limites para o financiamento de sociedades residentes no Brasil por sócios não residentes mediante empréstimos, superados os quais ficaria vedada a dedutibilidade das correspondentes despesas.

Com fundamento na referida alteração legislativa, buscamos esposar, neste trabalho, a interação das regras de subcapitalização com o quanto disposto nos acordos de bitributação celebrados pela República Federativa do Brasil.

Nesse esteio, assim, esperamos haver satisfatoriamente exposto que, muito embora as regras de subcapitalização introduzidas pela Lei nº 12.249/2010 não sejam expressamente abordadas pelos arts. 9(1) e 11(6) da Convenção-Modelo da OCDE, entendemos que seria vedado, por meio de uma interpretação sistemática dos tratados celebrados pelo Brasil, ao País impor suas regras internas de *thin cap* no sentido de determinar a dedutibilidade dos juros em um valor inferior àquela que teria sido admitida em condições normais de mercado, eis que, em tais casos, estar-se-ia não apenas ferindo o próprio escopo dos tratados, como, igualmente, haveria uma nítida violação do princípio *arm's length*, expressamente acolhido pela OCDE.

No que atine, por fim, à eventual antinomia das regras *safe haven* adotadas pela Lei nº 12.249/2010 com o princípio da não discriminação, acreditamos haver demonstrado que, não obstante aparentemente albergadas tanto pelo disposto pelo parágrafo 4º como, igualmente, o parágrafo 5º, do art. 24 da Convenção-Modelo da OCDE, referidos dispositivos não vedam a aplicação das regras de *thin capitalization* às situações abrangidas pelos acordos de bitributação.

Neste exato sentido, sendo certo que o art. 24(5) possui aplicação absolutamente residual (*lex generalis*) de acordo com o entendimento da própria OCDE, por meio dos seus Comentários, apenas poder-se-ia cogitar da aplicação do princípio da não discriminação às regras de *thin capitalization* naquelas hipóteses em que os empréstimos tenham sido concedidos *at arm's length*, uma vez que, em tais casos, uma redução na dedutibilidade teria fundamento, exclusivamente, na residência dos mutuantes (art. 24, parágrafo 4º, da Convenção-Modelo da OCDE), criando, destarte, uma discriminação entre pessoas jurídicas residentes no mesmo país.

Por fim, haja vista a recente introdução das regras de *thin capitalization* no ordenamento pátrio, esperamos haver fornecido subsídios, neste trabalho, para auxiliar as autoridades fiscais na aplicação conjunta das regras de combate à *thin capitalization* com aquelas oriundas dos acordos de bitributação celebrados pela República Federativa do Brasil, sendo curial a observância, por parte do Fisco, dos aspectos elucidados, uma vez que, em hipótese diversa, não se estará cumprindo um dos basilares escopos de referidas convenções, qual seja, a atenuação do fenômeno da dupla tributação.