

# As Regras Brasileiras para a Dedutibilidade de Juros e a Ação 4 do Projeto BEPS

## *The Brazilian Tax Rules for Deductibility of Interest Expenses and Action 4 of the BEPS Project*

Andressa Pegoraro

Mestranda em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). LL.M. em Tributação Internacional pela Universidade de Viena (Wirtschaftsuniversität Wien – WU). Pós-graduação em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Pós-graduação em Gestão Tributária pela Fundação Escola de Comércio Álvares Penteado (FECAP). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Membro do Comitê Acadêmico do Curso de Especialização em Direito Tributário Internacional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Advogada em São Paulo.

*E-mail:* andressa.pegoraro@lefosse.com.

Recebido em: 20-09-2018

Aprovado em: 01-12-2018

### *Resumo*

O presente estudo pretende analisar a abrangência das atuais regras brasileiras para a dedutibilidade de juros, bem como a necessidade, ou não, de adoção pelo Brasil das recomendações trazidas pela OCDE na Ação 4 do Projeto BEPS relativamente à dedução de juros. Ademais, pretende-se verificar em que medida as recomendações propostas pela OCDE poderiam prejudicar ou beneficiar as empresas brasileiras, tendo em vista possíveis modificações nas diversas regras existentes no ordenamento jurídico.

*Palavras-chave:* dedutibilidade, juros, subcapitalização, preços de transferência, Ação 4, Projeto BEPS.

### *Abstract*

The present paper intends to analyze the comprehensiveness of the current Brazilian rules for interest deductibility, as well as the need or not for Brazil to adopt the OECD recommendations in Action 4 of the BEPS Project regarding interest deduction. In addition, it intends to verify whether the OECD recommendations could harm or benefit the Brazilian companies, because of the possible modifications in the existing rules in the legal framework.

*Keywords:* deductibility, interest, thin capitalization, transfer pricing, Action 4, BEPS Project.

## **1. Introdução**

O presente estudo tem o objetivo de analisar as regras brasileiras para a dedutibilidade de juros, tais como a regra geral para a dedutibilidade de despesas

disposta no art. 47 da Lei n. 4.506/1964, reproduzido pelo art. 311 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto n. 9.580/2018 – “RIR/2018”), para fins de apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (“IRPJ”) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (“CSLL”), combinada com a regra específica para a dedutibilidade de juros prevista no art. 17, § 1º, do Decreto-lei n. 1.598/1977, bem como as regras de preços de transferência trazidas pela Lei n. 9.430/1996 e as regras de subcapitalização trazidas pela Lei n. 12.249/2010.

Em seguida, pretende-se analisar as recomendações da Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) na Ação 4 do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), que versa sobre a limitação da erosão das bases tributáveis mediante a dedução de despesas com juros e outros encargos financeiros. Essa ação teve por objetivo o desenvolvimento de recomendações em relação às leis internas que previnem erosão das bases tributáveis por meio de dedutibilidade de despesas com juros, como, por exemplo, as operações de endividamento com partes relacionadas e com terceiros em determinadas situações, bem como as captações de recursos para financiar a produção de renda isenta ou sujeita a diferimento<sup>1</sup>.

Por último, pretende-se analisar a abrangência das atuais regras brasileiras para a dedutibilidade de juros, bem como a necessidade, ou não, de adoção pelo Brasil das recomendações trazidas pela OCDE na Ação 4 do Projeto BEPS relativamente à dedução de juros. Ademais, pretende-se verificar em que medida as recomendações propostas pela OCDE poderiam prejudicar ou beneficiar as empresas brasileiras, tendo em vista possíveis modificações nas diversas regras existentes no ordenamento jurídico.

## **2. As regras brasileiras para a dedutibilidade de juros**

### ***2.1. A regra geral para a dedutibilidade de despesas e a regra específica para a dedutibilidade de juros***

Nos termos do art. 47 da Lei n. 4.506/1964, são dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL das pessoas jurídicas, as despesas operacionais, assim consideradas as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora, que sejam usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.

Nesse sentido, a despesa será considerada necessária caso seja relevante para o desenvolvimento de transações ou operações exigidas pela atividade econômica da pessoa jurídica, bem como para a manutenção das respectivas fontes produtoras dos rendimentos. Assim, o conceito de despesa necessária exige sua relação intrínseca com a atividade econômica da pessoa jurídica.

---

<sup>1</sup> OECD. *Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments, Action 4 – 2016 updated*. Paris: OECD, 2016, p. 13.

Para que a despesa seja considerada normal e usual, deve ser habitual no exercício da atividade econômica da pessoa jurídica, sendo incorrida com frequência nas transações ou operações realizadas para aquele determinado segmento econômico.

Sobre o tema, a Receita Federal do Brasil, por meio do Parecer Normativo CST n. 32, de 17 de agosto de 1981, manifestou entendimento no sentido de que as despesas usuais e normais são aquelas “que se verificam comumente no tipo de operação ou transação efetuada e que, na realização do negócio, se apresenta de forma usual, costumeira ou ordinária. O requisito de usualidade deve ser interpretado na acepção de habitual na espécie de negócio”.

Por outro lado, a despesa não será necessária à atividade econômica da pessoa jurídica quando envolver a prática de ato de liberalidade, que deve ser entendido em seu sentido objetivo, na condição de ato estranho aos objetivos sociais, contrário aos estatutos sociais ou que excede aos poderes conferidos à administração da empresa<sup>2</sup>.

Assim, para fins de dedutibilidade de juros, estes devem corresponder a uma despesa necessária para a atividade da empresa e para a manutenção da fonte produtora, bem como costumeira na realização do negócio da pessoa jurídica, de modo a cumprir os requisitos previstos no art. 47 da Lei n. 4.506/1964.

Há, também, a regra específica para a dedutibilidade de juros disposta no art. 17, § 1º, do Decreto-lei n. 1.598/1977, que aduz que os juros pagos ou incorridos pela pessoa jurídica serão dedutíveis como custo ou despesa operacional, desde que apropriados, *pro rata temporis*, nos exercícios sociais a que competirem.

## **2.2. As regras brasileiras de preços de transferência**

As regras de preços de transferência foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, com o objetivo de controlar a manipulação de preços praticados por pessoas jurídicas em transações com partes relacionadas no exterior, passando a prever limites para evitar o superfaturamento nas importações e o subfaturamento nas exportações.

Nessa linha, as regras de preços de transferência têm o objetivo amplo de evitar práticas evasivas relacionadas à transferência de lucros entre partes interdependentes, por meio da manipulação artificial dos valores envolvidos nas transações. Assim, as regras de preços de transferência representam mecanismos para se atingir, tanto quanto possível, o preço real das transações comerciais realizadas entre partes independentes, evitando a alocação artificial de lucros.

Sobre o assunto, Schoueri ensina que o papel da legislação de preços de transferência é apenas converter os valores praticados por determinado grupo econômico para valores praticados pelo mercado, possibilitando, assim, uma efe-

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 702.

tiva comparação entre contribuintes com igual capacidade econômica. Por essa razão, a legislação de preços de transferência não distorce resultados da empresa, mas apenas converte para uma mesma unidade de referência, chamada pelo autor de “reais de mercado”, a mesma realidade expressa noutra unidade, que seria “reais de grupo”<sup>3</sup>.

Como mencionado anteriormente, as regras brasileiras de preços de transferência também são aplicáveis aos juros, nos termos do art. 22 da Lei n. 9.430/1996, que dispõe que os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL até o montante que não exceda ao valor calculado com base em uma das taxas determinadas abaixo, acrescida de margem percentual a título de *spread* de 3,5%, definida pela Portaria do Ministro da Fazenda n. 427/2013, proporcionalizados em função do período a que se referirem:

- i) taxa de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em dólares dos Estados Unidos da América, na hipótese de operações em dólares dos Estados Unidos da América com taxa prefixada; ou
- ii) taxa de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em reais, na hipótese de operações em reais no exterior com taxa prefixada; ou
- iii) *London Interbank Offered Rate* (“Libor”) para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de 6 (seis) meses, nos demais casos.

Da mesma forma, no caso de mútuo com pessoa vinculada em que a pessoa jurídica domiciliada no Brasil é a mutuante, esta deverá reconhecer, como receita financeira correspondente à operação, no mínimo o valor apurado segundo os itens (i), (ii) ou (iii) acima, acrescido de margem percentual a título de *spread* de 3,5%. Se houver diferença apurada na forma mencionada acima, esta será adicionada às bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

As regras brasileiras de preços de transferência relativas aos juros foram modificadas pela Lei n. 12.766/2012, sendo anteriormente aplicáveis apenas aos contratos não registrados no Banco Central do Brasil (“BACEN”), limitando a dedutibilidade dos juros ao montante não excedente ao valor calculado com base na taxa Libor para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo 6 (seis) meses, acrescida de 3% anuais a título de *spread*, proporcionalizados em função do período a que se referirem.

As antigas regras de preços de transferência aplicáveis para os juros tinham o possível objetivo de não interferir na captação de recursos no exterior pelas pessoas jurídicas brasileiras, visando apenas evitar a redução indevida do lucro para fins de tributação pelo IRPJ e pela CSLL. Isso porque, por uma simples

---

<sup>3</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 17.

presunção, os contratos não registrados ou não passíveis de registro no BACEN deveriam surtir efeitos tributários apenas se compatíveis com as taxas de contratos de mercado registrados no BACEN<sup>4,5</sup>.

Porém, as regras atuais de preços de transferência se aplicam aos contratos de empréstimo em geral, independentemente de registro no BACEN, limitando a dedutibilidade de juros às taxas trazidas pelo § 6º do art. 22 da Lei n. 9.430/1996, acima mencionadas, acrescida de margem percentual a título de *spread* de 3,5%.

Nos termos dos arts. 24 e 24-A, as regras de preços de transferência também são aplicáveis para as operações efetuadas por pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em jurisdição com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, o que também inclui país que não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes<sup>6</sup>.

### 2.3. As regras brasileiras de subcapitalização

As regras brasileiras de subcapitalização foram trazidas pelo art. 24 da Lei n. 12.249/2010, que dispõe que as despesas relativas aos juros considerados excessivos não poderão ser deduzidas para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, caso o valor total do endividamento seja superior a (i) duas vezes o valor da participação da pessoa vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira (limite individual); ou (ii) duas vezes o valor do patrimônio líquido, caso a mutuante não tenha participação direta na pessoa jurídica brasileira (limite global). Em ambos os casos acima, o valor do somatório dos endividamentos com pessoas vinculadas no exterior não poderá ser superior a duas vezes o valor do somatório das participações de todas as pessoas vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira.

Ademais, no caso de operações com pessoas físicas ou jurídicas residentes em jurisdições com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, o art. 25 da Lei n. 12.249/2010 prescreve que as despesas relativas aos juros considerados excessivos não poderão ser deduzidas para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, caso o valor total do endividamento seja superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da sociedade brasileira, independentemente de vinculação societária.

<sup>4</sup> ROLIM, João Dácio. Juros, preço de transferência e regras de subcapitalização. *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2013, p. 130-131. v. 4.

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A Ação n. 4 do Projeto BEPS e a possível introdução de mais um critério de dedutibilidade de juros na legislação brasileira. *A tributação internacional na era pós-BEPS. Soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 96-97. v. II.

<sup>6</sup> Países listados pela Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n. 1.037/2010.

Segundo Xavier, a utilização generalizada dos empréstimos para financiar as atividades das empresas, muitas vezes com capital social baixo, levou as autoridades fiscais a acreditarem que tal instrumento estava sendo utilizado artificialmente para fins de economia tributária, uma vez que a substituição do capital social por empréstimos permitiria a dedução da despesa de juros na apuração do IRPJ e da CSLL, à alíquota de 34% (trinta e quatro por cento), enquanto a tributação dos juros dar-se-ia à alíquota de 15% de Imposto de Renda Retido na Fonte (“IRRF”)<sup>7</sup>.

Apesar de parte da doutrina defender que as regras de subcapitalização são um expediente de utilidade duvidosa, em razão das políticas de estímulo à capitalização anteriormente adotadas pelo legislador nacional, como por exemplo a possibilidade de dedução da despesa com juros sobre o capital próprio distribuído aos sócios ou acionistas, que possui o mesmo efeito do financiamento da pessoa jurídica mediante empréstimo, Tomazela entende que tais regras possuem propósito antielisivo, além de exercerem função indutora no sentido de desestimular o endividamento excessivo e incentivar o aporte de recursos por meio de aumento de capital<sup>8</sup>.

Porém, as regras de subcapitalização, por se utilizarem de presunções jurídicas absolutas<sup>9</sup> acerca do endividamento excessivo das empresas, com base em coeficientes fixos, e não possibilitarem produção de prova em contrário pelos contribuintes<sup>10</sup>, afrontam o princípio da capacidade contributiva e o conceito de

<sup>7</sup> XAVIER, Alberto; e EMERY, Renata. Subcapitalização. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 176. São Paulo: Dialética, 2010, p. 8.

<sup>8</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. As regras tributárias de subcapitalização entre a antielisão e o estímulo à capitalização societária. A influência das teorias econômicas (“trade-off” e “pecking-order”) na estrutura de capital das pessoas jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 225. São Paulo: Dialética, 2014, p. 149-150.

<sup>9</sup> Sobre presunções jurídicas, Luís Eduardo Schoueri ensina o seguinte: “[...] as presunções são normas especiais referentes ao ônus da prova já que, na presença das hipóteses descritas pelo legislador, deve o juiz considerar o fato incerto descrito pelo legislador como ocorrido [...]. Encontram-se no âmbito do direito processual, mais especificamente, na teoria das provas. [...] Tratando-se de presunção absoluta, mais do que mera dispensa, tem-se, a partir da ocorrência da premissa legal (base de presunção), a certeza legal da ocorrência do fato gerador e a consequente proibição de prova em contrário. A prova da ocorrência da base de presunção torna-se, destarte, suficiente para a ocorrência da tributação.” (SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 117-127)

<sup>10</sup> Nas palavras de Roberto Quiroga Mosquera e Rodrigo de Madureira Pará Diniz: “[...] a legislação em questão estabeleceu a presunção absoluta de que as despesas com juros pagos em razão de operações de dívida realizadas com parte vinculada no exterior, quando ultrapassado determinado percentual do patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira, são desnecessárias à consecução das atividades empresariais e, por isso, não são integralmente dedutíveis do lucro real e da base de cálculo da CSLL” (MOSQUERA, Roberto Quiroga, e DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. As regras de subcapitalização no direito brasileiro – questões controversas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15, p. 400). Na mesma linha, vide: VICENTINI, Marcelo Fonseca. *Subcapitalização no direito tributário brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2014, p. 143.

renda previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional (“CTN”)<sup>11</sup>, tendo em vista que tais regras podem impedir a dedução de despesas necessárias para as atividades da empresa e para a manutenção da fonte produtora dos rendimentos<sup>12</sup>.

Por último, cumpre mencionar que as regras de subcapitalização devem ser aplicadas concomitantemente com as regras de preços de transferência, conforme dispõe o próprio art. 24 da Lei n. 12.249/2010 ao aduzir o seguinte: “sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996”. Assim, o contribuinte aplicará ambas as regras, prevalecendo a que indicar menor dedutibilidade<sup>13</sup>.

### 3. A Ação 4 do Projeto BEPS

O projeto BEPS foi desenvolvido pela OCDE como um plano de ação contra a erosão das bases tributáveis e a transferência de lucros em operações internacionais, com o objetivo de preservar a arrecadação tributária dos Estados. Isso porque, a OCDE acredita que a crescente interação entre os sistemas tributários de diferentes países proporcionou oportunidades para eliminar ou reduzir significativamente a carga tributária sobre a renda, de maneira inconsistente com os objetivos de política fiscal das regras domésticas e da comunidade internacional<sup>14</sup>.

Por entender que uma abordagem internacional abrangente produzirá resultados mais satisfatórios, a OCDE desenvolveu um plano de ação global baseado na análise de cada ponto crítico explorado pelos contribuintes para a prática do planejamento tributário internacional, com o objetivo de apresentar soluções concretas para realinhar tanto as leis domésticas, quanto os padrões tributários internacionais, ao atual ambiente corporativo global<sup>15</sup>. Nesse sentido, foram desenvolvidas sugestões de alterações nas leis domésticas dos Estados e na Convenção Modelo.

A Ação 4 do Projeto BEPS teve por objetivo a introdução de melhores práticas relativas às regras de dedutibilidade da despesa com juros e outros encargos financeiros. Para tanto, as recomendações são no sentido de que se deve restringir a alocação de dívidas com terceiros independentes em países de alta tributação, limitar a dedução de despesa com juros em operações financeiras realizadas

<sup>11</sup> “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

<sup>12</sup> SANTOS, Ramon Tomazela. As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei nº 12.249/2010. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 184. São Paulo: Dialética, 2011, p. 119-120.

<sup>13</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 356-357.

<sup>14</sup> OECD. *Addressing base erosion and profit shifting*. Paris: OECD, 2013, p. 5.

<sup>15</sup> OECD. *Addressing base erosion and profit shifting*. Paris: OECD, 2013, p. 9.

entre empresas do mesmo grupo econômico, que ultrapassam os juros devidos pelo próprio grupo econômico para terceiros independentes, bem como evitar a dedução de juros em operações de captação cujos recursos financeiros são utilizados para a geração de rendimentos isentos<sup>16</sup>.

A principal solução desenvolvida pela OCDE é a criação de uma taxa fixa (*Fixed Ratio Rule*) pela legislação doméstica dos países, para limitar a dedução da despesa líquida de juros. Dessa forma, deve ser fixada, de acordo com as condições econômicas de cada jurisdição, taxa máxima de dedução de juros que varia de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) do EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) das pessoas jurídicas, que se trata do lucro antes dos juros, tributos, depreciação e amortização.

Ademais, foram desenvolvidas regras opcionais, tais como a (i) *Group Ratio Rule*, que é a possibilidade de deduzir até o limite da despesa líquida de juros do grupo econômico com terceiros independentes em proporção ao EBITDA do grupo; (ii) *Carry forward/Carry back*, que se tratam da possibilidade de dedução futura ou passada de despesas de juros que foram consideradas não dedutíveis, sempre com observância do limite do EBITDA; (iii) regras de isenção para contratos de financiamento relacionados à construção de obras públicas e outros projetos incentivados pelo Governo; e (iv) regras específicas para o setor dos Bancos e das Seguradoras, tendo em vista que o EBITDA não é parâmetro adequado nesse caso específico.

A intenção da OCDE com a Ação 4 foi vincular a dedução das despesas de juros com a renda tributável da pessoa jurídica, o que justificou a adoção do EBITDA como limite para o controle da dedução das despesas financeiras. Assim, em vez de utilizar coeficientes de endividamento baseados no patrimônio líquido da pessoa jurídica, como ocorre com as regras brasileiras de subcapitalização, a OCDE optou por controlar diretamente o valor dos juros a ser deduzido a partir de sua relação com a renda tributável.

O racional por trás das regras propostas na Ação 4 do Projeto BEPS é evitar que as pessoas jurídicas celebrem contratos de mútuo para financiar a aquisição de ativos que gerem rendimentos isentos, como ocorre na hipótese em que a sociedade contrai empréstimo e utiliza os recursos financeiros assim obtidos para a aquisição de investimento que gera o recebimento de dividendos que eventualmente sejam isentos de tributação.

Além disso, a OCDE aponta que as regras de dedução baseadas no EBITDA da pessoa jurídica evitam manipulações por parte do contribuinte, pois a despesa de juros apenas será dedutível a depender do resultado positivo apurado no período-base em questão. Com isso, evita-se manipulações como as que ocorrem com as regras de subcapitalização baseadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica, por meio do aumento de capital no período-base em curso.

---

<sup>16</sup> OECD. *Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments, Action 4 – 2016 updated*. Paris: OECD, 2016, p. 13-15.



Quanto ao âmbito de aplicação objetivo, a OCDE propõe que as regras baseadas no EBITDA devem ser aplicadas para os juros e qualquer outra remuneração equivalente ou que produza o mesmo resultado econômico. A ideia da OCDE, com tal medida, é evitar que o contribuinte utilize instrumentos derivativos para criar rendimentos sintéticos, que reproduzam o mesmo resultado econômico dos juros.

Na mesma linha, a OCDE aponta que a forma jurídica da operação de financiamento não deve ser relevante, mas sim a sua substância econômica, senão as empresas conseguem contornar as restrições por meio de operações com instrumentos financeiros híbridos, que podem ser classificados, na escrituração contábil da sociedade, como capital próprio (*i.e.*, instrumento patrimonial). Assim, para evitar que a forma jurídica do instrumento financeiro seja relevante para a qualificação da operação, a OCDE sugere uma abordagem ampla, baseada na essência econômica das operações financeiras.

As regras da Ação 4 devem ser aplicadas para instrumentos híbridos, instrumentos conversíveis e operações estruturadas e, além dos juros, devem abranger outras despesas e custos de captação, tais como variação cambial, perdas financeiras, contratos derivativos, instrumentos de *hedge*, pagamentos de garantia, entre outros, desde que relacionados com o contrato.

No que tange ao âmbito subjetivo, a OCDE dispõe que, idealmente, os países devem aplicar as regras da Ação 4 para grupos econômicos domésticos e para quaisquer sociedades, com ressalva das pequenas empresas. Para tanto, os países podem adotar um parâmetro baseado no valor total da despesa líquida de juros (*de minimis threshold*).

Estas são, em resumo, as principais sugestões trazidas pela OCDE na Ação 4 do Projeto BEPS<sup>17</sup>. No próximo tópico, passa-se a avaliar de forma crítica as recomendações apresentadas.

#### **4. Análise sobre a possível adoção, pelo Brasil, de eventuais recomendações trazidas pela Ação 4 do Projeto BEPS da OCDE**

As recomendações da OCDE na Ação 4 do Projeto BEPS podem ser criticadas em diversos pontos. A primeira crítica merece destaque por envolver o princípio da capacidade contributiva das pessoas jurídicas, o que se aplica ao Brasil, nos termos do art. 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988, entre outros países<sup>18</sup>, em razão da vedação à dedução de despesas que podem ser necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte produtora de rendimentos. Isso porque as regras propostas pela OCDE restringem o direito à dedução de despe-

<sup>17</sup> OECD. *Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments, Action 4 – 2016 updated*. Paris: OECD, 2016, p. 51-81.

<sup>18</sup> Para uma análise mais profunda do tema, conferir: PETRY, Rodrigo Caramori. Direito constitucional tributário comparado: a tributação nas Constituições do Brasil e de outros países. *Revista Direito Tributário Atual* v. 30. São Paulo: IBDT/Dialética, 2014, p. 351-385.

sas com base em um coeficiente do EBITDA, sem levar em consideração a necessidade ou a relevância dos recursos financeiros captados para o desenvolvimento da atividade econômica da pessoa jurídica. Essa vedação apriorística ao direito à dedução de despesas financeiras viola o princípio da capacidade contributiva, pois a mensuração da base de cálculo do imposto de renda deixa de considerar as particularidades de cada contribuinte e de exprimir o efetivo conteúdo econômico do fato gerador.

Outro ponto crítico das regras propostas pela OCDE na Ação 4 do Projeto BEPS diz respeito à inversão da sujeição passiva. Isso porque, os recursos financeiros emprestados e utilizados pelo devedor para a produção da renda a ser paga ao credor a título de juros representam uma diminuição de sua capacidade contributiva, e não um acréscimo patrimonial passível de sofrer a incidência do imposto de renda. Em uma relação jurídico-financeira, o acréscimo patrimonial é experimentado pelo credor, que recebe as receitas de juros.

Ou seja, eventual restrição do direito à dedução dos juros altera a sujeição passiva do imposto de renda, tendo em vista que os juros constituem um rendimento do credor, e não do devedor. Caso o devedor não consiga deduzir a despesa de juros, ele estará sendo tributado sobre o valor dos juros<sup>19</sup>, uma vez que o respectivo gasto deverá ser adicionado à base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica, o que acarreta a tributação do contribuinte errado, pois o devedor tem a sua capacidade contributiva diminuída com o pagamento dos juros, enquanto o credor, sim, tem a sua capacidade contributiva aumentada pelo recebimento dos juros<sup>20</sup>.

Daí decorre que as despesas de juros suportadas pelo devedor, cujos recursos financeiros tenham sido empregados como capital de giro ou investimento, devem ser consideradas necessárias para o exercício da atividade econômica e para a manutenção da fonte produtora do rendimento, o que assegura o direito à dedução das despesas de juros para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica<sup>21</sup>.

Porém, o Brasil atualmente adota as regras de subcapitalização que limitam a dedutibilidade de juros com base em coeficientes de endividamento pré-fixados pela legislação, conforme mencionado anteriormente, o que, por si só, afronta o princípio da capacidade contributiva, sobretudo em razão da impossibilidade de produção de prova em sentido contrário pelo contribuinte. Neste ponto, a dife-

<sup>19</sup> KEMMEREN, Eric C. C. M. *Principle of origin in tax conventions – a rethinking of models*. Dongen: Pijenburg Vormgevers/Kemmeren, 2001, p. 433.

<sup>20</sup> “The interest is income of the creditor and not of the debtor [...] If the debtor may not deduct the interest from his income, the debtor is in fact taxed on the interest. This means that the wrong person is taxed [...], since the debtor's ability to pay is reduced by the interest payment whereas the creditor's ability to pay is increased.” (KEMMEREN, Eric C. C. M. *Principle of origin in tax conventions – a rethinking of models*. Dongen: Pijenburg Vormgevers/Kemmeren, 2001, p. 433)

<sup>21</sup> BLESSING, Peter H. The debt-equity conundrum – a prequel. In: MARRES, Otto; e WEBER, Dennis (coord.). *Tax treatment of interest for corporations*. Amsterdam: IBFD, 2012, p. 45.

rença é que as regras de subcapitalização brasileiras levam em consideração o grau de alavancagem da pessoa jurídica, ao passo que as regras da OCDE pretendem vincular a dedução com o resultado positivo do EBITDA.

A todo rigor, os dois limites são fixados arbitrariamente, mas a OCDE entende que o EBITDA reduz o espaço para manipulação. De fato, os limites baseados em coeficientes fixos de endividamento, estabelecidos em proporção ao patrimônio líquido, são facilmente manipuláveis, uma vez que as pessoas jurídicas podem realizar aumentos de capital no período-base em curso, ou aportar capital social em excesso em uma única empresa do grupo, que concentrará as operações de financiamento. Sob essa perspectiva, o Brasil poderia eventualmente ter interesse em adotar como limite um percentual sobre o EBITDA das empresas, conforme sugestão da OCDE no Projeto BEPS, justamente para reduzir o espaço para manobras elusivas e aumentar a efetividade das regras brasileiras.

Entretanto, o EBITDA limita a dedução da despesa com juros com base na renda da própria pessoa jurídica, sem levar em consideração as relações econômicas e financeiras entre as empresas, bem como o padrão de mercado seguido por partes independentes, em um sistema de livre concorrência. Trata-se de uma regra que restringe a dedução de despesa de juros com base em critério que não leva em consideração o padrão de mercado.

Além disso, as regras propostas pela OCDE também não levam em consideração particularidades do caso concreto das empresas, como ocorre com pessoas jurídicas em fase pré-operacional ou em estágio inicial de desenvolvimento (*start-up companies*), bem como com sociedades em dificuldades financeiras<sup>22</sup>. Isso faz com que a recomendação trazida pela Ação 4 não seja uma regra antielisiva bem direcionada, uma vez que poderia abranger situações em que não há qualquer intenção de erosão de bases tributáveis.

Dessa forma, a taxa fixa baseada no EBITDA pode ter efeitos econômicos nocivos, uma vez que a restrição à dedução das despesas com juros acarreta o aumento do custo do capital e, por consequência, a redução da competitividade das empresas e do desenvolvimento do País<sup>23</sup>. Assim, há um conflito de escolhas por parte dos países, que terão que decidir se protegem as bases tributáveis ou se mantêm a atração de investimentos estrangeiros.

Por essa razão, é forçoso reconhecer que, de uma forma ou de outra, ainda que o Brasil adotasse as sugestões da OCDE, haveria desrespeito ao princípio da

<sup>22</sup> DE BROE, Luc. *International tax planning and prevention of abuse. Doctoral Series v. 14.* Amsterdam: IBFD, 2008, p. 509.

<sup>23</sup> Nesse sentido, Philippe Toledo Pires de Oliveira dispõe que a adoção da proposta da OCDE poderia impactar no investimento estrangeiro em momento delicado da economia brasileira (OLIVEIRA, Philippe Toledo Pires de. *A Ação n. 4 do Projeto BEPS e a possível introdução de mais um critério de dedutibilidade de juros na legislação brasileira. A tributação internacional na era pós-BEPS. Soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. II, p. 306).

capacidade contributiva, em sua visão subjetiva, conforme crítica comentada acima.

Deixando de lado a questão da capacidade contributiva, o segundo ponto criticável na Ação 4 do Projeto BEPS deriva do fato de que o rendimento correspondente aos juros pagos pelo devedor poderá sofrer dupla tributação econômica com a restrição do direito à dedução da despesa correspondente, uma vez que os juros passariam a ser tributados no Estado da fonte e no Estado da residência, sem quaisquer mecanismos de alívio.

Esta situação ocorreria, inclusive, na hipótese de transação realizada entre países que possuem Acordo para evitar a Dupla Tributação (“ADT”). Isso porque, caso o Estado da residência aplique o método do crédito previsto no art. 23-B da Convenção Modelo da OCDE, também tributará o valor relativo aos juros, uma vez que referido método abrange apenas o imposto de renda retido na fonte sobre o rendimento, sem incluir o crédito indireto, referente ao imposto de renda pago pela pessoa jurídica que realizou o pagamento<sup>24</sup>. Assim, se a regra doméstica do Estado da residência não conceder o crédito indireto, a alternativa proposta pela OCDE resultará em dupla tributação econômica da renda.

Por outro lado, poderia se afirmar que os ADTs protegem somente a dupla tributação jurídica<sup>25</sup>, uma vez que seu objetivo primordial seria evitar a dupla tributação da renda que recai sobre o mesmo sujeito passivo tanto no Estado da fonte quanto no Estado da residência<sup>26</sup>. Entretanto, a própria OCDE tem manifestado preocupação com a dupla tributação econômica, como se verifica da leitura do exemplo 18 do *Partnership report*<sup>27</sup>.

Dessa forma, é possível dizer que os ADTs protegem o que está compreendido no âmbito de aplicação das suas cláusulas, seja a dupla tributação jurídica, seja a dupla tributação econômica. Isso é confirmado pelo fato de que certas cláusulas, como o art. 7 (“lucros das empresas”), o art. 9 (“empresas associadas”) e o art. 17 (“artistas e desportistas”), também afastam a dupla tributação econômica.

<sup>24</sup> OLIVER, David B. Interest, dividends and the elimination of double taxation. *Intertax v. 12*. Denter: Kluwer Law, 1992, p. 680.

<sup>25</sup> É o que se verifica da leitura do § 3º da Introdução aos Comentários à Convenção Modelo, no qual consta que: “This is the main purpose of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, which provides a means of settling on a uniform basis the most common problems that arise in the field of *international juridical double taxation*.” No mesmo sentido, o § 1º dos Comentários ao art. 23 prevê que: “These Articles deal with the so-called *juridical double taxation* where the same income or capital is taxable in the hands of the same person by more than one State.”

<sup>26</sup> Nesse sentido: “economic double taxation occurs when two different persons are taxable in respect of the same income or capital. Economic double taxation is not covered by the convention” (RASMUSSEN, Mogens. *International double taxation*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2011, p. 2). Vide, também, JAIN, Ajit Kumar. Avoidance of double non-taxation as a guiding principle for the interpretation of tax treaties. In: SCHILCHER, Michael; e WENINGER, Patrick (coord.). *Fundamental issues and practical problems in tax treaty interpretation*. Viena: Linde, 2008, p. 179.

<sup>27</sup> OECD. *The application of the OECD model tax convention to partnerships*. Paris: OECD, 1999, p. 48-50 (vide § 139).

Para fins de mitigação do problema acima comentado, a solução seria não tornar a despesa de juros não dedutível da base de cálculo do imposto de renda da pessoa jurídica, mas apenas adotar um sistema de *carry-forward*, que posterga a dedução da despesa para anos-calendários subsequentes. Isto também é sugerido pela OCDE na própria Ação 4 do Projeto BEPS. Com isso, a questão relativa ao desrespeito ao princípio da capacidade contributiva e a inversão da sujeição passiva também poderia ser resolvida.

Nessa linha, o Brasil poderia adotar essa sugestão proposta pela OCDE na Ação 4 do Projeto BEPS, ainda que as regras brasileiras de subcapitalização não sejam efetivamente alteradas. Isso porque, com um sistema de *carry-forward*, os contribuintes poderiam deduzir posteriormente as despesas de juros incorridas e não deduzidas em razão das limitações previstas pela legislação, o que resolveria o problema da dupla tributação econômica acima mencionado, bem como a incompatibilidade com o princípio da capacidade contributiva.

Outra crítica relativa às recomendações da OCDE na Ação 4 diz respeito à contrariedade da limitação da dedução da despesa líquida de juros ao art. 9 dos ADTs. Isso porque, o art. 9 traz como limite para o ajuste do lucro auferido nas relações entre empresas associadas o princípio *arm's length*, que deixaria de ser utilizado na hipótese de aplicação da solução apresentada pela OCDE pelos respectivos países.

Para a adequação ao princípio *arm's length*, o § 1º do art. 9 da Convenção Modelo da OCDE permite a realização de ajustes no lucro tributável da pessoa jurídica em razão de transações realizadas entre empresas associadas, de modo a refletir o lucro que teria sido apurado caso a transação tivesse ocorrido entre partes independentes. Em contrapartida, caso as operações realizadas entre empresas associadas ocorrerem em condições estritamente comutativas, em consonância com os padrões normais de mercado, o art. 9 impede a realização de ajuste no lucro tributável.

Assim, o art. 9, § 1º, da Convenção Modelo da OCDE dispõe que a parcela do lucro eliminada por meio da dedução excessiva de despesas com juros pagos para empresas associadas, na proporção excedente ao padrão de mercado, pode ser ajustada pelo Estado da fonte, através da sua adição ao lucro a ser tributado na pessoa jurídica que recebeu o empréstimo<sup>28</sup>. Importante esclarecer que o valor do efetivo ajuste fiscal apenas pode ser efetuado a partir da lei doméstica do Estado contratante, devido ao fato de que ADTs não podem constituir obrigação tributária<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> MICHIELSE, Geerten M. M. Treaty aspects of thin capitalization. *Bulletin*. Amsterdam: IBFD, 1997, p. 568.

<sup>29</sup> RAAD, Kees van. Cinco regras fundamentais para a aplicação de tratados para evitar a dupla-tributação. *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 197-198.

Neste sentido, o art. 9 da Convenção Modelo da OCDE pretende evitar a dupla tributação econômica da renda, razão pela qual prevê dois níveis distintos de ajustes: (i) o primeiro ajuste no lucro é efetuado para que a transação entre empresas associadas reflita o valor de mercado (*primary adjustment*); e (ii) o segundo ajuste é efetuado pelo Estado de residência do beneficiário, nos termos do § 2 do art. 9 (não presente/adotado nos ADTs celebrados pelo Brasil), para eliminar a dupla tributação econômica do lucro ajustado no primeiro Estado (*correlative adjustment*).

Caso fosse possível ao Estado contratante aplicar a sua legislação doméstica, baseada na taxa fixa do EBITDA, fato é que o art. 9 da Convenção Modelo da OCDE não teria utilidade como instrumento para evitar a dupla tributação econômica, uma vez que o ajuste fiscal efetuado pelo Estado apenas preservaria a sua própria arrecadação, sem qualquer compromisso com uma repartição justa do lucro tributável.

Ademais, o art. 9 da Convenção Modelo da OCDE possui um efeito bloqueador em relação às operações realizadas entre partes independentes, uma vez que impede a realização de ajustes com base em regras domésticas, caso não se tratem de empresas associadas.

Assim, em termos rigorosos, o art. 9, § 1, da Convenção Modelo da OCDE impede a aplicação da taxa fixa do EBITDA, tendo em vista que, na determinação da parcela não dedutível dos juros pagos, essas regras não observam os parâmetros exigidos pelo princípio *arm's length*, ultrapassando os limites que efetivamente orientam as transações realizadas entre partes independentes no mercado.

Sem prejuízo da crítica acima, a verdade é que o Brasil interpreta o art. 9 da Convenção Modelo da OCDE como uma simples autorização para que os países apliquem as suas regras domésticas de preços de transferência e de subcapitalização, de tal sorte que ajustes baseados em margens predeterminadas de lucro ou coeficientes fixos de endividamento não seriam incompatíveis com os ADTs. Trata-se, na verdade, de uma interpretação questionável da Administração Tributária, como se pode perceber das discussões recentes entre o governo brasileiro e os representantes da OCDE, após o pedido formal de ingresso do País naquela organização.

De qualquer forma, a prevalecer o entendimento da Administração Tributária brasileira, é certo que as regras propostas na Ação 4 do Projeto BEPS, que restringem a dedução de despesas com juros com base em um percentual do EBITDA, também deveriam ser admitidas, por utilizarem critérios análogos de controle da elisão fiscal.

Ademais, é interessante pontuar que a própria OCDE na Ação 4, ao adotar a taxa fixa baseada no EBITDA como principal recomendação, não previu a possibilidade de os contribuintes produzirem prova em contrário. Para que a taxa fixa baseada no EBITDA fosse compatível com os ADTs, seria necessário permitir que o contribuinte comprovasse que os juros pagos não podem ser considerados

excessivos, por observar as condições normais de mercado para aquele ramo de atividade.

Assim, conclui-se que a taxa fixa do EBITDA não é compatível com os ADTs, tendo em vista a não observância aos requisitos previstos no art. 9.

Adicional crítica que se faz à Ação 4 seria no tocante ao art. 24 da Convenção Modelo da OCDE, que impede o tratamento tributário discriminatório, desde que expressamente vedado pelo ADT. Assim, nos termos do § 4 do referido artigo, os juros e outros desembolsos pagos por uma empresa de um Estado contratante, para um residente do outro Estado contratante, devem, para fins de determinação do lucro tributável da primeira empresa, ser dedutíveis nas mesmas condições em que seriam caso tivessem sido pagos para um residente do mesmo Estado.

A recomendação trazida pela OCDE na Ação 4, relativa à taxa fixa baseada no EBITDA não será compatível com o art. 24, § 4, da Convenção Modelo da OCDE, caso seja aplicável exclusivamente aos juros pagos para não residentes, tendo em vista que gerará tratamento discriminatório expressamente vedado pelo ADT.

No § 74 dos Comentários ao art. 24 da Convenção Modelo, a OCDE afirma que o § 4 não impede que haja limitação para a dedução da despesa com juros, como é o caso da taxa fixa baseada no EBITDA, se o critério utilizado for compatível com o § 1º do art. 9, ou seja, desde que respeite o princípio *arm's length*. Contudo, na hipótese em que o ajuste deixar de observar o princípio *arm's length*, a aplicação do limite baseado na taxa fixa do EBITDA para não residentes será incompatível com o § 4 do art. 24. Assim, a compatibilidade das regras domésticas de limitação à dedução de despesas de juros com a cláusula de não discriminação dependerá da abrangência do escopo subjetivo da lei, notadamente em relação à sua aplicação apenas para operações com pessoas jurídicas não residentes.

Logo, a cláusula de não discriminação trazida pelo art. 24, § 4, da Convenção Modelo da OCDE será violada quando a limitação da dedução da despesa com juros baseada na taxa fixa do EBITDA se dirigir apenas para não residentes e o princípio *arm's length* não for respeitado para operações realizadas entre empresas associadas.

No Brasil, o mesmo problema se verifica com as atuais regras de subcapitalização, que se aplicam exclusivamente nas relações financeiras com partes vinculadas ou com pessoas físicas e jurídicas residentes em jurisdição com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, o que contraria o art. 24, § 4º, dos ADTs celebrados pelo País. A solução adotada pelo Governo brasileiro, na negociação de alguns de seus ADTs, foi incluir uma cláusula de salvaguarda, segundo a qual a regra de não discriminação não impede a aplicação das regras brasileiras de subcapitalização. Em tese, a mesma solução pode ser seguida em relação às propostas apresentadas pela OCDE na Ação 4, caso o Brasil passasse a adotar um limite baseado no EBITDA.

Portanto, conclui-se que, apesar de a OCDE ter trazido algumas recomendações para evitar a erosão das bases tributáveis na Ação 4 do Projeto BEPS, tais sugestões não resolverão completamente os problemas existentes, com base em todas as críticas acima comentadas.

## **5. Possíveis modificações na legislação brasileira a respeito da dedutibilidade de juros**

O Brasil adota diversas medidas para que não haja a erosão das bases tributáveis por meio da dedução de juros e outros encargos financeiros. Uma delas é a alíquota elevada de IRRF de 25% no caso de remessa de juros para países com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado. Essa medida traz praticabilidade e reduz os custos de fiscalização e custos de conformidade.

Por outro lado, a possibilidade de erosão das bases tributáveis permanece em razão da diferença entre a alíquota de IRRF de 25% na remessa de juros e a alíquota combinada de 34% de IRPJ e CSLL aplicável no Brasil – levando em consideração a alíquota de 25% do IRPJ (considerando o adicional de 10% ao que exceder R\$ 240.000,00 no exercício respectivo) e 9% de CSLL.

Para dirimir a possibilidade de erosão das bases tributáveis neste caso, a solução seria a elevação das alíquotas de IRRF sobre os juros. Assim, caso o IRRF seja elevado para patamar próximo à alíquota do imposto de renda da pessoa jurídica, *i.e.*, aproximadamente 34%, considerando o IRPJ e a CSLL, seria possível reduzir o atual estímulo conferido pela lei tributária à utilização de instrumentos de dívida para a dedução de despesas de juros.

Os juros geralmente são tributados na fonte sobre o valor bruto do rendimento, sem levar em consideração os custos envolvidos para a obtenção do rendimento. Por isso, para evitar o aumento do custo do capital no país, o Brasil poderia permitir que o não residente apresentasse uma declaração simplificada no Brasil, para efeito de tributação do valor líquido dos juros. Assim, nos casos em que houvesse uma operação de repasse, os custos da captação original de recursos no exterior poderiam ser abatidos para efeito de tributação da renda líquida.

Tal medida, se adotada pelo Brasil, também poderia ser criticada, tendo em vista a possibilidade de erosão das bases tributáveis através da interposição de pessoa jurídica em países em que o Brasil mantenha ADTs. Nesta situação, o IRRF seria mitigado, uma vez que há limitação de alíquota de IRRF, nos termos do art. 11 dos ADTs.

Outras medidas adotadas pelo Brasil, que já foram amplamente examinadas acima, envolvem o controle do endividamento das pessoas jurídicas por meio das regras de subcapitalização, bem como o controle da taxa de juros pelas regras de preços de transferência. Em geral, as duas regras abrem espaço para manipulações, principalmente por conta da adoção de parâmetros predeterminados, mas devem ser mantidas para a proteção da arrecadação fiscal e das bases tributáveis no Brasil.



A grande lacuna das regras brasileiras, em comparação com a proposta da Ação 4 do Projeto BEPS, é permitir a dedução de despesas cujos recursos financeiros foram utilizados para a geração de rendimentos isentos. Como exemplo, basta imaginar a hipótese de uma pessoa jurídica no Brasil que realiza um empréstimo internacional e utiliza os recursos financeiros para adquirir uma participação societária no País. Nesse caso, as despesas de juros serão dedutíveis do lucro real e da base de cálculo da CSLL, com a observância dos limites impostos pelas regras de preços de transferência e de subcapitalização, mas os dividendos provenientes das participações societárias serão isentos de tributação na sociedade investidora.

Diante das considerações acima, percebe-se que, de um lado, as atuais regras brasileiras de controle de subcapitalização e de dedução de despesas de juros apresentam lacunas, que permitem a sua utilização pelos contribuintes para a erosão de bases tributáveis e a transferência artificial de lucros. De outro lado, as regras brasileiras seguem práticas questionáveis tanto sob o enfoque interno, quanto sob a perspectiva dos ADTs, sobretudo em razão da utilização de coeficientes fixos de endividamento e de taxas preestabelecidas de juros, que distorcem a renda efetivamente auferida na transação.

Em última análise, a Ação 4 traz soluções que podem ser consideradas eficientes sob o enfoque da arrecadação fiscal, mas que partem de premissas questionáveis, em virtude da ausência de direção e delimitação do seu âmbito de aplicação. Além disso, a adoção das sugestões apontadas na Ação 4 pode trazer consequências econômicas nocivas, motivo pelo qual a sua adoção pelo Brasil não se afigura recomendável, sem um amplo estudo da expressão do problema da erosão das bases tributáveis *vis-à-vis* aos efeitos econômicos nocivos da restrição de despesas de juros com base no EBITDA.

## 6. Conclusão

Com base no exposto, conclui-se que, embora a principal recomendação da OCDE na Ação 4 do Projeto BEPS, no sentido de limitar a dedução da despesa líquida de juros com base em uma taxa fixa do EBITDA das pessoas jurídicas, seja útil para evitar manipulações por parte dos contribuintes, uma vez que a despesa de juros somente será dedutível a depender do resultado positivo apurado no período-base em questão, pode-se apontar diversas críticas e entraves que surgirão com a aplicação da referida sugestão.

Dentre as críticas, é possível destacar o desrespeito ao princípio da capacidade contributiva das pessoas jurídicas e a inversão da sujeição passiva, o que pode ser resolvido pela adoção de um sistema de *carry-forward*, que posterga a dedução da despesa para anos-calendários subsequentes. Esse mecanismo deveria ser adotado pelo Brasil para o controle das despesas de juros, ainda que as regras atuais de subcapitalização permaneçam inalteradas.

Além disso, com relação às transações entre países que possuem ADTs, o art. 9, § 1, da Convenção Modelo da OCDE impede a aplicação da taxa fixa do EBI-

TDA, tendo em vista que, na determinação da parcela não dedutível dos juros pagos, essas regras não observam os parâmetros exigidos pelo princípio *arm's length*, ultrapassando os limites que efetivamente orientam as transações realizadas entre partes independentes no mercado.

Ainda, a recomendação trazida pela OCDE não será compatível com o art. 24, § 4, da Convenção Modelo da OCDE, que dispõe sobre o princípio da não discriminação, caso seja aplicável exclusivamente aos juros pagos para não residentes e o princípio *arm's length* não for respeitado para operações realizadas entre empresas associadas, tendo em vista que gerará tratamento discriminatório expressamente vedado pelo ADT. Para tais situações envolvendo ADTs, a solução possível seria manter a prática atual de inclusão de cláusulas de salvaguarda permitindo expressamente a aplicação das regras de subcapitalização para restringir a dedução das despesas de juros.

Por fim, cumpre destacar que o Brasil adota diferentes medidas para limitar a erosão das bases tributáveis através da dedução de juros, tais como alíquota elevada de IRRF sobre os juros remetidos para países com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, bem como as regras de subcapitalização baseadas em coeficiente fixo e as regras de preços de transferência baseadas em limites preestabelecidos, o que traz praticabilidade e segurança jurídica para os contribuintes, além de reduzir os custos de fiscalização.

Porém, as regras brasileiras seguem práticas questionáveis tanto sob o enfoque interno, quanto sob a perspectiva dos ADTs, tendo em vista que há uma distorção da renda efetivamente auferida na transação em razão da utilização de coeficientes fixos de endividamento e de taxas preestabelecidas de juros.

Por último, conforme enfatizado acima, a Ação 4 traz soluções eficientes, mas que partem de premissas questionáveis e criticáveis, em virtude da ausência de direção e delimitação do seu âmbito de aplicação. Ademais, como as sugestões apontadas na Ação 4 podem trazer consequências econômicas nocivas, a sua adoção pelo Brasil não se afigura recomendável, sem um amplo estudo da expressão do problema da erosão das bases tributáveis *vis-à-vis* aos efeitos econômicos nocivos da restrição de despesas de juros com base no EBITDA.

## Bibliografia

- BLESSING, Peter H. The debt-equity conundrum – a prequel. In: MARRÉS, Otto; e WEBER, Dennis (coord.). *Tax treatment of interest for corporations*. Amsterdam: IBFD, 2012.
- DE BROE, Luc. International tax planning and prevention of abuse. *Doctoral Series* v. 14. Amsterdam: IBFD, 2008.
- JAIN, Ajit Kumar. Avoidance of double non-taxation as a guiding principle for the interpretation of tax treaties. In: SCHILCHER, Michael; e WENINGER, Patrick (coord.). *Fundamental issues and practical problems in tax treaty interpretation*. Viena: Linde, 2008.

- KEMMEREN, Eric C. C. M. *Principle of origin in tax conventions – a rethinking of models*. Dongen: Pijnenburg Vormgevers/Kemmeren, 2001.
- MICHIELSE, Geerten M. M. Treaty aspects of thin capitalization. *Bulletin*. Amsterdam: IBFD, 1997.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga, e DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. As regras de subcapitalização no direito brasileiro – questões controversas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15.
- OECD. *The application of the OECD model tax convention to partnerships*. Paris, OECD, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Addressing base erosion and profit shifting*. Paris: OECD, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments, Action 4 – 2016 updated*. Paris: OECD, 2016.
- OLIVER, David B. Interest, dividends and the elimination of double taxation. *Intertax* v. 12. Deventer: Kluwer Law, 1992.
- OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. A Ação n. 4 do Projeto BEPS e a possível introdução de mais um critério de dedutibilidade de juros na legislação brasileira. *A tributação internacional na era pós-BEPS. Soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. II.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PETRY, Rodrigo Caramori. Direito constitucional tributário comparado: a tributação nas Constituições do Brasil e de outros países. *Revista Direito Tributário Atual* v. 30. São Paulo: IBDT/Dialética, 2014.
- RAAD, Kees van. Cinco regras fundamentais para a aplicação de tratados para evitar a dupla-tributação. *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RASMUSSEN, Mogens. *International double taxation*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2011.
- ROLIM, João Dácio. Juros, preço de transferência e regras de subcapitalização. *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2013. v. 4.
- SANTOS, Ramon Tomazela. As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei nº 12.249/2010. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 184. São Paulo: Dialética, 2011.
- \_\_\_\_\_. As regras tributárias de subcapitalização entre a antielisão e o estímulo à capitalização societária. A influência das teorias econômicas (“trade-off” e “pecking-order”) na estrutura de capital das pessoas jurídicas. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 225. São Paulo: Dialética, 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição disfarçada de lucros*. São Paulo: Dialética, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

VICENTINI, Marcelo Fonseca. *Subcapitalização no direito tributário brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2014.

XAVIER, Alberto; e EMERY, Renata. Subcapitalização. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 176. São Paulo: Dialética, 2010.