

### JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO E SUA NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO INSTRUMENTO HÍBRIDO NO PLANO BEPS DA OCDE

#### *INTEREST ON NET EQUITY AND ITS NON-CHARACTERIZATION AS HYBRID INSTRUMENT IN THE OECD'S BEPS PLAN*

Andrêas Kreutzer Vital\*

Jeferson Teodorovicz \*\*

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a demonstrar a não caracterização dos juros sobre capital próprio como instrumento híbrido em face das definições e objetivos do plano da OCDE no que diz respeito à prática de erosão de base e transferência de lucros (base erosion and profit shifting - BEPS). Partindo da análise da elisão fiscal internacional, abordamos as práticas de planejamento tributário, com o objetivo último de entender o instrumento financeiro tipicamente brasileiro dos juros sobre capital próprio, seus mecanismos, objetivos e possíveis caracterizações do ponto de vista tributário. Por fim, tratamos os juros sobre capital próprio a partir de uma ótica que considere a natureza dos tratados e o direito tributário comparado. Concluímos que os JCP não apresentam elemento híbrido próprio ao instrumento financeiro, por conta de suas regras defensivas.

**Palavras-chave:** Juros sobre capital próprio. OCDE. Elisão fiscal. Planejamento tributário. Tratados.

---

Artigo recebido em 01 de julho de 2019.

Artigo aceito em 03 de maio de 2020.

\* Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador-convidado no departamento de Direito Financeiro e Economia Nacional da Faculdade de Direito da University of West Bohemia, em Pilsen, República Tcheca. Membro-fundador do Grupo de Estudos Tributários da UFPR (GET UFPR) e membro do Grupo de estudos de Direito Desportivo da UFPR (GDD UFPR). Email: andreas.krevit@gmail.com

\*\* Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado Acadêmico) em Direito da Universidade Católica de Brasília. Professor de Direito Tributário do Centro Universitário Uninter e do Centro Universitário Unidombosco. Email: jeferson.teodorovicz@yahoo.com.br

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to demonstrate the non-characterization of interests on net equity as a hybrid instrument according with the definitions and objectives of the OECD Plan referring to the practice of base erosion and profit shifting - BEPS. Based on the analysis of the international tax avoidance, we approach tax planning practices with the ultimate objective of understanding the Brazilian financial instrument of interest on netequity, its mechanisms, objectives and possible characterizations from the tax point of view. Finally, we treat interest on net equity from an angle that considers the nature of the treaties and the comparative tax law. We concluded that the JCP don't present hybrid element inherent to the financial instrument, due to its defensive rules.

**Keywords:** Interests on net equity. OECD. Tax avoidance. Tax planning. Treaties.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. ELISÃO FISCAL (OU TRIBUTÁRIA) E ASSIMETRIAS TRIBUTÁRIAS; 2.1. NORMAS E TRATADOS ANTIELISIVOS. 2.2. BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING (BEPS); 3. OS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO; 3.1. DIVIDENDOS E JCP: AS DUAS GRANDES FORMAS DE REMUNERAÇÃO DE CAPITAL NO BRASIL; 3.2. CARACTERIZAÇÃO DOS JCP; 3.3. A NATUREZA JURÍDICA DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO: TRATAMENTO CONTÁBIL E FISCAL; 4. O TRATAMENTO INTERNACIONAL DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO; 4.1. A APLICAÇÃO DOS ACORDOS SOBRE BITRIBUTAÇÃO; 4.2. AS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À DÉDUCTION DE INTÉRÊT NOTIONNEL DA BÉLGICA; 4.3. DECISÕES DOS TRIBUNAIS ESPANHOL E ALEMÃO; 5. CONCLUSÕES/ 6. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O BEPS é um conjunto de estratégias de planejamento tributário usadas para explorar as incompatibilidades e as lacunas entre os diferentes sistemas, a fim de reduzir, dentro da lei, os impostos pagos aos governos nacionais, transferindo lucros e despesas para jurisdições mais convenientes, com frequência considerados paraísos fiscais. Para entender como o BEPS se relaciona com o instrumento financeiro genuinamente brasileiro dos juros sobre o capital próprio, é preciso, antes disso, investigar como ocorre a elisão fiscal internacional,

qual a natureza dos juros sobre capital próprio e o âmbito de aplicação dos tratados internacionais.

O preâmbulo da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados aborda alguns princípios a serem respeitados pelos países signatários: o livre consentimento, a boa fé e a regra *pacta sunt servanda*. A função do tratado, em matéria tributária, nesse aspecto, é delimitar qual jurisdição será a responsável por tributar determinado fato, a depender das características previstas que podem incidir sobre esse fato para a sua caracterização. A competência é motivo de delimitação, e a legislação interna não é motivo de valoração.

As empresas brasileiras têm dois instrumentos principais para remunerar os acionistas pelo capital investido: dividendos e juros sobre capital próprio, este último exclusivo do sistema brasileiro, tratado diferentemente para fins tributários, resultando em tratamento tributário favorável para as empresas, já que são dedutíveis do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no Brasil e, ao mesmo tempo, são qualificados como dividendos isentos em determinados países, com base em regimes de isenção. A legislação tributária brasileira também exige que eles sejam tributados na fonte à alíquota de 15% ou 25%, a depender do país de residência do beneficiário.

O instrumento dos JCP surgiu justamente para equiparar o tratamento tributário entre as formas de remuneração de capital, mais benéfico, antes, para a capitalização através de dívida (capital de terceiros), em relação à capitalização através de capital próprio (dividendos), até o limite da taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP). A diferença básica entre juros e dividendos está na forma como esses

geram retorno financeiro para os investidores, como esses investidores são tratados e, principalmente, o nível de risco incorrido no investimento.

A OCDE desenvolveu, portanto, um plano de ação para evitar a erosão da base e a transferência de lucros nas transações internacionais. O Projeto BEPS, em sua Ação 2 (de 15) estabelece recomendações para regras internas e tratados internacionais em matéria tributária, a fim de neutralizar o efeito de arranjos que exploram as assimetrias tributárias, o que produz múltiplas deduções para uma única despesa.

Em um contexto internacional, quando uma empresa brasileira paga juros sobre capital próprio a uma empresa residente no exterior, esse pagamento é dedutível no Brasil e, na maioria dos casos, também está isento na jurisdição do beneficiário. Isso ocorre porque vários países europeus concedem isenção aos dividendos recebidos de participações acionárias, a fim de evitar a dupla incidência tributária. Assim, os juros sobre capital próprio podem ser interpretados como um “esquema de dedução e não inclusão”, que é alcançado pela OCDE na Ação 2 do Projeto BEPS.

Os JCP tratam-se, antes, como será defendido neste trabalho, de um mecanismo legal criado pelo legislador brasileiro para atingir os seguintes objetivos de política tributária: (i) mitigar os efeitos da distinção entre patrimônio e dívida, reduzindo assim o viés de endividamento; (ii) estimular a capitalização de empresas brasileiras por meio de aporte formal de capital, a fim de evitar a alavancagem e o nível excessivo de endividamento; (iii) integrar o imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas, como objetivo de eliminar a dupla tributação do lucro das empresas; (iv) aliviar os efeitos indesejáveis da proibição de correção monetária das demonstrações financeiras em um contexto de alta inflação.

## 2. ELISÃO FISCAL (OU TRIBUTÁRIA) E ASSIMETRIAS TRIBUTÁRIAS

Para entender o que é o OECD BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) e como esse se relaciona com a figura genuinamente brasileira dos juros sobre o capital próprio, é preciso, antes disso, investigar o que é o BEPS e como ocorre a elisão fiscal internacional.

Elisão fiscal (ou elisão tributária)<sup>1</sup> é, basicamente, um modo de reduzir legalmente ou impossibilitar a cobrança de um tributo que poderia ser cobrado, escolhendo previamente o melhor arranjo organizacional para evitar o surgimento do fato gerador e, portanto, da obrigação tributária. Opõe-se à evasão fiscal (ou evasão tributária) exatamente na legalidade dos meios com os quais o contribuinte evita o pagamento de tributos.<sup>2</sup>

A prática da elisão fiscal de forma deliberada e organizada é conhecida como planejamento fiscal ou tributário, e esse planejamento pode ou não ter sido previamente previsto pelo legislador<sup>3</sup>. No segundo caso, quando os efeitos não foram os previstos pelo legislador, é comum utilizar a expressão “planejamento fiscal agressivo”.<sup>4</sup> A forma, os mecanismos e os esquemas através dos quais a

---

<sup>1</sup> Reconhecemos que existem divergências terminológicas envolvendo as expressões “elisão”, “elusão” e “evasão” tributária ou fiscal na doutrina brasileira. Para o aprofundamento do tema, recomenda-se, exemplificativamente: DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971, p. 10-20; MACHADO, Brandão. Nota do Tradutor. In: LENZ, Raoul. Elusão fiscal e a apreciação econômica dos fatos. In: MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva; TAVOLARO, Agostinho Toffoli; (Coord). **Princípios Tributários no Direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 586 e ss; TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e Direito Privado. Autonomia Privada – Simulação – Elusão Tributária**. São Paulo: RT, 2003, p. 173-199.

<sup>2</sup> COTRUT, Madalina. **International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures**. Tax Research Series. vol. 2. Amsterdam: IBFD, 2015. p. 5.

<sup>3</sup> Segundo Marco Aurélio Greco, o planejamento tributário pode ser compreendido como atividade desenvolvida pelo contribuinte para obter a menor carga tributária possível. GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3º Ed. São Paulo: Dialética, 2011, p. 11 e ss.

<sup>4</sup> COTRUT, Madalina. **International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures**. Tax Research Series. vol. 2. Amsterdam: IBFD, 2015. p. 6.

elisão fiscal acontece (o planejamento tributário) dependerá da legislação onde é praticada, e no caso da elisão fiscal ou tributária internacional, da relação entre essa legislação e a de outras nações.

Alguns desses mecanismos são: preços de transferência, que é uma série de negócios entre partes relacionadas a preços que objetivam manipular o mercado ou iludir as autoridades fiscais; inversão fiscal, que geralmente envolve a criação de novas “empresas-mãe” em países de baixa tributação posicionadas sobre uma estrutura corporativa que incorpora todas as outras como subsidiárias, mantendo a gestão, sede efetiva e a maioria dos acionistas nos países originais de alta tributação, e utilizando-se, entre outros mecanismos, de empréstimos que alteram a contabilidade de lucros.

Em geral, a elisão tributária se utiliza de “tax shelters”<sup>5</sup> e paraísos fiscais no seu planejamento fiscal agressivo, deslocando lucros de países desenvolvidos ou em desenvolvimento e beneficiando primariamente as empresas. Entretanto, a análise ideológica desse fenômeno não é o objetivo deste trabalho.

De acordo com Vito Tanzi, para se qualificar como um paraíso fiscal:

[...] um país deve ter tributação baixa ou inexistente sobre ganhos de capital de origem estrangeira, ter estabilidade política, ser facilmente acessível, ter um mercado de livre, ter sigilo bancário, e ter desenvolvido uma boa rede de tratados com países importantes de forma que os ganhos canalizados para o paraíso fiscal não sejam tributados excessivamente no país fonte.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Estrutura ou “abrigo” fiscal que permite a prática da elisão tributária. Podem ser caracterizados como um método de reduzir a tributação.

<sup>6</sup> (Tradução livre) TANZI, Vito. **Taxation in an Integrating World**. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1995. p. 79. “[...] a country must have low or no taxes on foreign source capital income, have political stability, be easily accessible, have a free exchange market, have banking secrecy, and have developed a good treaty network with important countries so that incomes channeled to the tax haven country are not excessively taxed at the source.

Ou seja, paraísos fiscais (ou refúgios fiscais) são regiões de aplicação financeira facilitada, seja pela presença de alíquotas muito baixas ou inexistentes, seja pela presença de outras características não financeiras favoráveis, como estabilidade e segredo da aplicação.

### 2.1. NORMAS E TRATADOS ANTIELISIVOS

Entretanto, nem sempre os *loopholes*, ou brechas na lei, são resultado de instrumentos financeiros híbridos propriamente ditos.<sup>7</sup> Durante as décadas de 1970 e 1980, por exemplo, os países da América Latina perderam dezenas de bilhões de dólares em receitas tributárias por conta do princípio da residência aplicado nos EUA, uma vez que o governo estadunidense não tributava as contas abertas por não-residentes em bancos do país e os governos latino-americanos não controlavam ou rastreavam o movimento desse capital. Esse tipo de medida não coordenada pode causar uma “degradação tributária”, que, nesse caso em específico, forçou a tributação sobre ganhos de capital nesses países para baixo<sup>8</sup>.

Para Tanzi<sup>9</sup>, a aplicação do princípio da residência será eficiente apenas se a comunidade global se comprometer a compartilhar informações sobre a movimentação de recursos entre os Estados. Nesse sentido, as autoridades tributárias nacionais não devem estar expostas à dependência apenas das

---

<sup>7</sup> COTRUT, Madalina. **International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures**. Tax Research Series. vol. 2. Amsterdam: IBFD, 2015. p. 136-142.

<sup>8</sup> TANZI, Vito. **Taxation in an Integrating World**. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1995. p.81.

<sup>9</sup> TANZI, Vito. **Taxation in an Integrating World**. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1995. p.82.

informações providas pelos próprios sujeitos passivos das obrigações tributárias, uma vez que essas informações nem sempre são confiáveis.<sup>108</sup>

Os tratados internacionais em matéria tributária não atacam esse problema. Entre os modelos, dois se sobressaem: o modelo da OCDE e o modelo da ONU. Os dois têm diferenças ideológicas básicas em suas concepções, no que diz respeito à direção do fluxo de capitais entre os países signatários, mas não enfrentam primordialmente a questão da troca de informações e colaboração entre as jurisdições nesse sentido. Seja qual for o modelo adotado, é fundamental o respeito a alguns princípios expressados no preâmbulo da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados: o livre consentimento, a boa fé e a *pacta sunt servanda*.<sup>11</sup>

Nesse sentido, afirma Rita Calçada Pires:

Sendo um tratado, as normas aplicáveis à interpretação dos tratados, em geral, devem ser aplicadas, salvo regras especiais. Para isso, são relevantes os artigos 31º, 32º e 33º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Tal significa a inadmissibilidade, em princípio, da aplicação das normas internas sobre interpretação.<sup>12</sup>

Ademais, segundo a autora, no elenco das normas com definições, situam-se as “normas interpretativas, normas de reconhecimento de poder

---

<sup>10</sup> Nesse sentido, a importância do CRS – Common Reporting Standard, iniciativa fiscal implementada pela OCDE, de caráter global, que visa reduzir a prática de evasão fiscal dos países signatários. Trata-se de troca automática de informações para fins fiscais entre as jurisdições, anualmente.

<sup>11</sup> PIRES, Rita C. **Manual de Direito Internacional Fiscal**. Coimbra: Editora Almedina, 2018. p. 131.

<sup>12</sup> PIRES, Rita C. **Manual de Direito Internacional Fiscal**. Coimbra.: Editora Almedina, 2018. p. 132.

tributário consoante o tipo de rendimento ou patrimônio e normas contendo o método escolhido para a eliminação da dupla tributação”<sup>13</sup>. Nesse sentido, entre os efeitos negativos dos tratados, uma vez aplicáveis, estes impedem a aplicação de outras normas que não as previstas no próprio tratado. Ou seja, o tratado reduz o âmbito de incidência da lei interna, impedindo sua aplicação nos casos previstos.

O que se busca num tratado é, portanto, a delimitação de competências para tributar fatos ocorridos em situações previstas pelo tratado, não a criação, permissão ou proibição de determinada tributação. Nesse sentido, a função do tratado, nesse caso, é estabelecer (através de normas de colisão, por exemplo, segundo Alberto Xavier) qual jurisdição será a responsável por tributar determinado fato, a depender das características previstas que podem incidir sobre esse fato para a sua caracterização<sup>14</sup>. A competência é motivo de delimitação, ao passo que a legislação interna não é motivo de valoração<sup>15</sup>.

Vale ressaltar que a auto-delimitação não é caso de delimitação de soberania, mas de delimitação de jurisdição. Como defendem Betina Treiger Grupenmacher<sup>16</sup>, Elidie P. Bifano e Cassius V. de Carvalho<sup>17</sup>, uma vez que o Estado, no constante diálogo globalizado, compromete-se a determinadas condições em

<sup>13</sup> PIRES, Rita C. **Manual de Direito Internacional Fiscal**. Coimbra.: Editora Almedina, 2018. p. 132.

<sup>14</sup> Sobre os tipos de normas tributárias internacionais, recomenda-se: XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Tributação das Operações Internacionais. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 53 e ss.

<sup>15</sup> ZILVETI, Fernando. A.; TORO, Carlos Eduardo C. M. A.; BRITTO, Bianca. M. Novas Fontes de Tributação. In: MOSQUERA, Roberto Q.; SANTI, Eurico M. D. de; ZILVETI, Fernando. (coords.) **A Tributação Internacional**. Série Gvlaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 48.

<sup>16</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, 1998. p. 133-137.

<sup>17</sup> BIFANO, Elidie P.; CARVALHO, Cassius V. de. Novas Fontes de Tributação. In: MOSQUERA, Roberto Q.; SANTI, Eurico M. D. de; ZILVETI, Fernando A. (coords.) **Tributação Internacional**. Série Gvlaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 74.

prol da boa e justa convivência na comunidade internacional, aquele não está tendo sua soberania tolhida, mas exercendo-a. Exerce-a também em matéria tributária, quando estabelece que determinado fato, quando ocorrer, não estará sujeito à legislação nacional.

## 2.2. BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING (BEPS)<sup>18</sup>

O BEPS é um conjunto de estratégias de planejamento tributário usadas para explorar as incompatibilidades e as lacunas entre os diferentes sistemas, a fim de reduzir legalmente os impostos pagos aos governos nacionais, transferindo lucros e despesas para jurisdições mais convenientes, os acima citados paraísos fiscais.<sup>19</sup>

Como um relatório da OCDE afirmou:

Enquanto essas estratégias de planejamento tributário corporativo podem ser tecnicamente legais e contar com interações cuidadosamente planejadas de uma variedade de regras e princípios tributários, o efeito global desse tipo de planejamento tributário é a erosão da base tributária corporativa de muitos países de uma maneira não pretendida pelas políticas domésticas. (tradução livre).<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Erosão da base a transferência de lucros (Tradução nossa).

<sup>19</sup> OCDE. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/>. Consultado em 30/10/2018. Acesso em 19.02.2019.

<sup>20</sup> OECD. Meeting of the OECD Council at Ministerial Level; Update: Base Erosion and Profit Shifting. [Online] Disponível em: [https://www.oecd.org/mcm/C-MIN\(2013\)7-ENG.pdf](https://www.oecd.org/mcm/C-MIN(2013)7-ENG.pdf). Consultado em 16/10/2018. p. 34. “While these corporate tax planning strategies may be technically legal and rely on carefully planned interactions of a variety of tax rules and principles, the overall effect of this type of tax planning is to erode the corporate tax base of many countries in a manner that is not intended by domestic policy”.

Segundo a entidade, há questões-chave que devem ser enfrentadas para se alcançar a equidade na competição global e nacional, devido à vantagem que empresas multinacionais obtêm com esse esquema, paralelamente à implementação de políticas sociais e econômicas nos países. São eles: a) assimetrias internacionais na forma como entidades e instrumentos são caracterizados por diferentes jurisdições; b) entrega digital de bens e serviços, e como isso se relaciona com as regras dos tratados fiscais; c) transações financeiras intra-grupos, como empréstimos entre empresas relacionadas e "*captive insurance*"; d) preços de transferência, em especial no que se refere à transferência de riscos e intangíveis, à cisão artificial da propriedade de ativos entre entidades jurídicas de um grupo e transações entre essas entidades que raramente ocorreriam entre institutos independentes; e) a eficácia das medidas antielisivas; f) regimes preferenciais<sup>21</sup>.

Além disso, a OCDE afirmou que é importante verificar as intenções da erosão da base e a transferência de lucros nas estruturas das empresas. Como regra, esses combinam quatro elementos: i) redução da tributação, em um país com alta incidência de impostos e atividade econômica, como resultado de transações comerciais ou financeiras entre entidades legais relacionadas; (ii) baixa ou nenhuma retenção na fonte; iii) tributação reduzida ou inexistente, com direito a lucros não operacionais substanciais entre partes relacionadas; iv) nenhuma tributação de lucros ao nível do grupo econômico.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> OECD. Meeting of the OECD Council at Ministerial Level; Update: Base Erosion and Profit Shifting. [Online] Disponível em: [https://www.oecd.org/mcm/C-MIN\(2013\)7-ENG.pdf](https://www.oecd.org/mcm/C-MIN(2013)7-ENG.pdf). Consultado em 16/10/2018. p.36.

<sup>22</sup> OECD. Meeting of the OECD Council at Ministerial Level; Update: Base Erosion and Profit Shifting. [Online] Disponível em: [https://www.oecd.org/mcm/C-MIN\(2013\)7-ENG.pdf](https://www.oecd.org/mcm/C-MIN(2013)7-ENG.pdf). Consultado em 16/10/2018. p.31

Nesse contexto tributário global, o foco mais recente do anti-BEPS está nas estruturas e atividades internacionais: o uso de padrões antielisivos. As atuais normas internacionais de regulação tributária visam evitar um tipo de descompasso que poderia surgir após a globalização dos mercados e a emergência da melhor era mundial para a liberdade do capital, visando o desenvolvimento econômico e a cooperação internacional e evitando a dupla tributação em nível internacional. Essa iniciativa trouxe consigo o que não estava previsto: várias possibilidades de evitar tributos por parte das empresas multinacionais.

Embora os países tenham começado a lutar contra esse tipo de planejamento tributário (planejamento tributário agressivo), há falta de coesão entre as legislações nacionais.

Existe hoje uma variedade de políticas antielisivas usadas pelos países para garantir a eficácia de seus sistemas tributários.<sup>23</sup> Os mais importantes são: (a) Normas Gerais Antielisivas (General Anti-Avoidance Rules, ou GAAR), para descaracterizar operações realizadas sem substância ou para fins estritamente elisivos (com base em algumas teorias, como propósito negocial e substância sobre a forma); b) regras sobre CFC (Controlled Foreign Corporation), para tributar rendimentos passivos ou de baixa tributação, independentemente da distribuição de lucros; c) subcapitalização e outras regulamentações relacionadas, para limitar a dedutibilidade dos juros; (d) regras básicas contra a erosão da base tributária para limitar a dedutibilidade ou aumentar o imposto retido na fonte

---

<sup>23</sup> No caso brasileiro, cabe destacar que o CARF tem alterado o entendimento no que diz respeito ao planejamento fiscal, levando em conta o “propósito negocial” como elemento de validação ou não desses planejamentos, de acordo com QUINTINO, Jessica Priscilla; MACEI, Demetrius Nichele. O propósito negocial no planejamento tributário sob a ótica do CARF. Brasília: **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 17, n.113, 2015.

sobre certos pagamentos para países específicos (como os juros sobre o capital próprio, no Brasil)<sup>24</sup>.

O planejamento tributário abusivo tem levado ao sucesso as iniciativas BEPS, como, por exemplo, o estabelecimento de uma matriz em um país com baixa ou nenhuma tributação, geralmente sem regras relativas às empresas estrangeiras controladas (CFC) e outras medidas antielisivas. A falta de coordenação, já mencionada na definição dos princípios que devem ser aplicados às empresas e à tributação em nível internacional, permite a transferência de lucros com a consequente erosão de base.

A OCDE desenvolveu um plano de ação para evitar a erosão da base e a transferência de lucros nas transações internacionais. O Projeto BEPS, em sua Ação 2 (de 15), estabelece recomendações para regras internas e tratados internacionais em matéria tributária, a fim de neutralizar o efeito de arranjos que exploram as assimetrias tributárias, o que produz múltiplas deduções para uma única despesa. Nesse sentido, a resposta primária deve ser negar dedução para pagamentos feitos sob um instrumento financeiro híbrido na jurisdição onde surge a assimetria. Se essa jurisdição não adotar a resposta primária, a jurisdição do beneficiário deve aplicar uma regra defensiva sobre ações preferenciais resgatáveis, dedução para pagamentos feitos sob um instrumento financeiro híbrido na jurisdição onde surge a assimetria, empréstimos com participação nos lucros, entre outros<sup>25</sup>. Este segundo relatório de ação contém recomendações

---

<sup>24</sup> OECD. Meeting of the OECD Council at Ministerial Level; Update: Base Erosion and Profit Shifting.[Online] Disponível em: [https://www.oecd.org/mcm/C-MIN\(2013\)7-ENG.pdf](https://www.oecd.org/mcm/C-MIN(2013)7-ENG.pdf). Consultado em 16/10/2018. p. 37-38.

<sup>25</sup> OECD. Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatches Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report [Online] Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241138-en.pdf?expires=1539809726&id=id&accname=guest&checksum=1FCE7CE031B4C83B9D52271417DD58FC>. Consultado em 17/10/2018. p. 15.

específicas para a elaboração de disposições nacionais e de tratados, a fim de evitar a dupla tributação e descontinuar os efeitos dos negócios híbridos, como a dupla dedutibilidade das despesas; a dedutibilidade da despesa sem a correspondente tributação do resultado financeiro; ou a geração de vários créditos relacionados a apenas um pagamento de impostos. Para compreender todo o conteúdo da ação, é essencial delimitar os conceitos introduzidos pela OCDE e amplamente utilizados para tratar do tema.

### 3. OS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO

#### 3.1. DIVIDENDOS E JCP: AS DUAS GRANDES FORMAS DE REMUNERAÇÃO DE CAPITAL NO BRASIL

As empresas brasileiras têm dois instrumentos principais para remunerar os acionistas pelo capital investido: dividendos e JCP, este último exclusivo do sistema brasileiro, tratado diferentemente para fins tributários, resultando em tratamento tributário favorável para as empresas. Trata-se dos Juros sobre Capital Próprio (JCP) que podem estar sujeitos a regras antielisivas, dado que são dedutíveis do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no Brasil e, ao mesmo tempo, são qualificados como dividendos isentos em determinados países, com base em regimes de isenção. Os JCP têm um tratamento diferenciado em relação aos dividendos, como afirmado anteriormente, tratamento este assegurado na Lei nº 9.429/95:

Os juros sobre o capital próprio têm sua origem em política adotada pelo Governo Brasileiro para incentivar a realização de investimentos por meio de capital próprio. Visam principalmente à eliminação do tratamento tributário discriminatório dispensado

a esses investimentos quando comparados àqueles realizados por meio de capital de terceiros.<sup>26</sup>

Através do JCP, as sociedades podem reduzir seu lucro tributável, e, portanto, sua carga tributária geral, após o pagamento de JCP, gerando assim um benefício não apenas para a própria sociedade, mas também para o beneficiário final, do ponto de vista econômico, que é o sócio em si.<sup>27</sup> Isso ocorre porque, uma vez que a economia fiscal seja obtida pela sociedade, em tese, possibilita-se que essa mesma economia tributária seja revertida aos sócios. Alternativamente, essa remuneração de capital se daria através de dividendos, que não permitem a dedutibilidade por parte de seu distribuidor.

Tanto é assim que, considerando o sócio pessoa jurídica em regime de lucro real, o valor do Imposto de Renda sobre Pessoa Jurídica - IRPJ retido na fonte poderá ser compensado com o valor que essa mesma pessoa jurídica eventualmente distribua e recolha na fonte de seus próprios sócios. O Imposto sobre a Renda é, portanto, devido pelos sócios, não pela sociedade pagadora, uma vez que "os reais beneficiários dos rendimentos auferidos por meio da sociedade são os sócios".<sup>28</sup>

O instrumento dos JCP surgiu justamente para equiparar o tratamento tributário entre as formas de remuneração de capital, mais benéfico, antes, para a capitalização através de dívida (capital de terceiros), em relação à capitalização

---

<sup>26</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p.11.

<sup>27</sup> Ibidem. p. 12.

<sup>28</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 85.

através de capital próprio (dividendos), até o limite da taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP). Tal objetivo fica explícito na Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 913/95 - que posteriormente tornou-se a já referida lei nº 9.249/95 – em seu ponto 10.<sup>29</sup>

Dessa forma, o legislador brasileiro objetivou aumentar o nível dos investimentos das empresas nacionais sem aumentar o nível de endividamento destas empresas. Concomitantemente, mitigou-se a prática da subcapitalização nominal<sup>30</sup>, causada, entre outros motivos, pelo tratamento tributário mais benéfico concedido pela remuneração do capital em juros em detrimento da remuneração do capital na forma de dividendos.<sup>31</sup>

A diferença básica entre juros e dividendos está na forma como eles geram retorno financeiro para os investidores, como estes são tratados e, principalmente, o nível de risco incorrido no investimento. Como regra geral, aquele que decide participar de um empreendimento como sócio assume riscos maiores que aqueles que simplesmente fornecem capital com base em um contrato que prevê o pagamento do valor principal mais juros, que é a remuneração pelo capital emprestado. Empréstar e investir são, portanto, conceitos diferentes.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9249-26-dezembro-1995-349062-exposicaodemotivos-149781-pl.html>. Acesso em: 01/11/2018.

<sup>30</sup> A subcapitalização nominal é a situação derivada dos empréstimos feitos pelo sócio à sociedade. O sócio nessa situação não tem causa mutui, mas causa societária, ou seja, não empresta visando retorno de capital com juros, mas visando a valorização societária. Para efeitos de insolvência, considerar-se-á esse empréstimo como capital próprio para satisfação dos débitos.

<sup>31</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 81.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 74.

Sendo o investimento uma atividade exposta a maior risco, também persegue maiores retornos. E nessa assunção de riscos estão distribuídos os déficits aos quais a atividade empresarial está sujeita, causando imediata consequência nos sócios no tocante à distribuição dos lucros. Em último caso, na falência da sociedade, não haverá apenas a ausência de distribuição de dividendos, mas a própria pulverização do capital investido.<sup>33</sup>

### 3.2. CARACTERIZAÇÃO DOS JCP

Os juros sobre o capital próprio surgiram no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei Federal n. 9.249 / 1995, e sua redação original é a seguinte:

Art. 9º A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.

Esta lei, entretanto, traz duas restrições que devem ser observadas simultaneamente para estabelecer o limite máximo de dedutibilidade: (1) Os JCP devem ser calculados com referência às contas do patrimônio líquido. Os valores pagos a título de JCP são dedutíveis para fins de IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Portanto, se a empresa não tiver um montante de capital significativo ou tiver um valor patrimonial negativo, os ganhos não poderão ser distribuídos na forma de JCP. O limite superior dos JCP é determinado como

---

<sup>33</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 20.

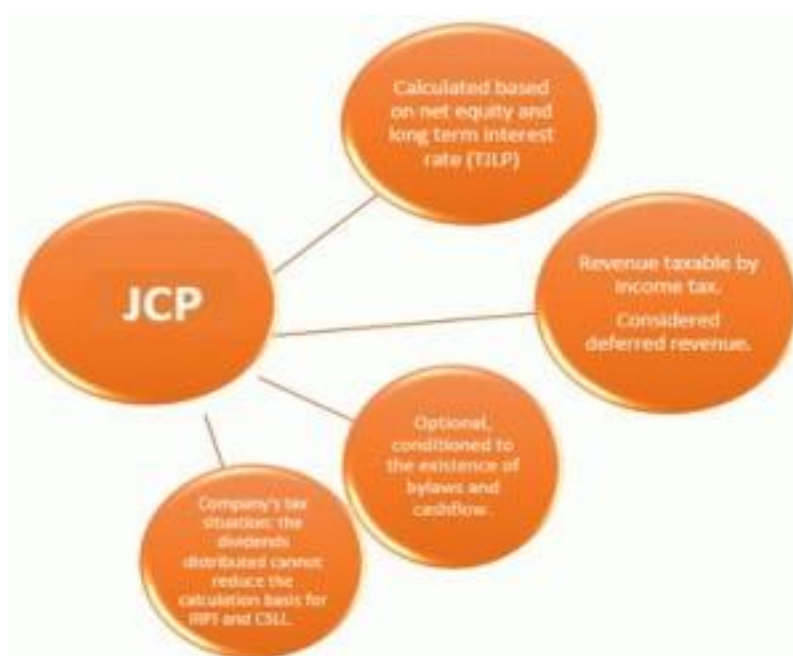
sendo o maior de: (i) 50% do lucro líquido do exercício, antes da dedução dos JCP e dedução da provisão para IRPJ, mas após a dedução da contribuição sobre o lucro líquido e (ii) 50% dos lucros acumulados mais as reservas de lucros.

Entre 01/01/2016 e 08/03/2016, vigorou a Medida Provisória nº 694/2015, que elevou para 18% a alíquota de Imposto de Renda sobre os JCP, além de limitar a dedução dos juros pagos ou creditados, no cálculo sobre as contas do patrimônio líquido, para efeitos de apuração do Lucro Real, à Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) ou a 5% ao ano, o que fosse menor. A vigência dessa MP, entretanto, foi encerrada pelo Ato Declaratório do Congresso Nacional n. 5 de 09/03/2016.

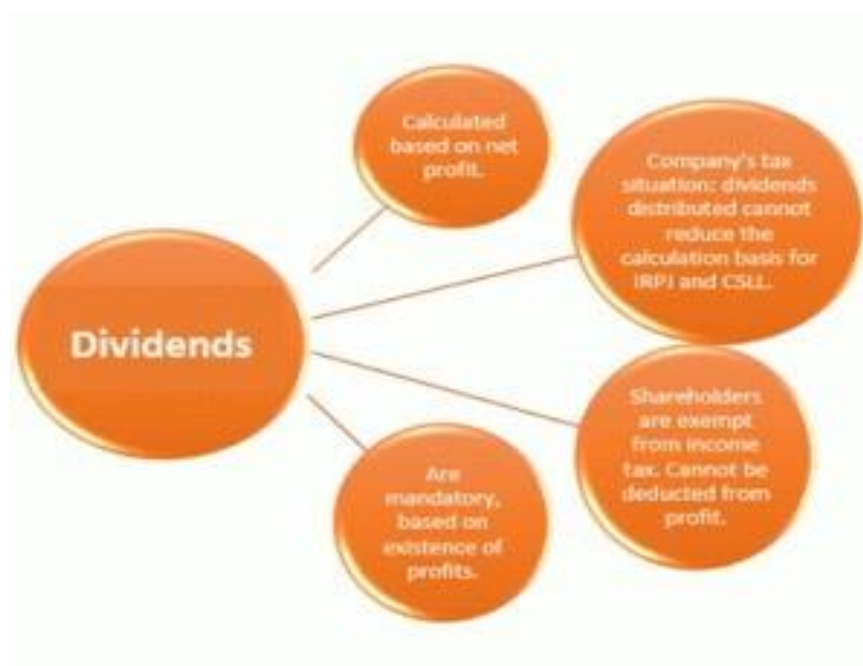
A legislação tributária brasileira, por motivos de política fiscal interna (basicamente para incentivar a capitalização de empresas brasileiras), permite que os JCP sejam praticados, sujeitos, no entanto, aos limites mencionados acima, como uma despesa dedutível de tributos. Além de tratar esses pagamentos como uma despesa dedutível de tributos, a legislação tributária brasileira também exige que eles sejam tributados na fonte à alíquota de 15%, mesmo quando o destinatário não for residente, exceto quando o acionista é um não-residente (ou seja, não é residente no Brasil) e é residente e domiciliado em um país ou local classificado como um "paraíso fiscal" (Jurisdição de Tributação Favorecida - JTF). Se isso acontecer, a alíquota de Imposto sobre a renda da Pessoa Física-IRPF é aumentada para 25%. De acordo com a legislação tributária brasileira, no caso de pagamentos dos JCP, um país ou local de residência de acionistas deve ser considerado um JTF sempre que: (a) tal país ou local não tributar renda; (b) tal país ou local tributar a renda a uma alíquota inferior a 20%; ou (c) as leis desse país ou local não permitam o acesso às informações relacionadas à composição

acionária, à titularidade de investimentos ou à identificação do beneficiário efetivo dos ganhos atribuídos a não-residentes. A Secretaria da Receita Federal (SRF) publica periodicamente uma lista exaustiva indicando os países ou locais considerados JFT.

Seguem algumas diferenças básicas entre os dividendos e os juros sobre capital próprio, didaticamente organizadas por Lucia Garbuglio e Carolina Ferlin no gráfico abaixo:<sup>34</sup>



<sup>34</sup> GARBUGLIO, L. R. P. M; FERLIN, C. Dividends versus Interests on Net Equity: origin and tax regime. Disponível em: <http://www.ctpadv.com.br/en/dividends-versus-interests-on-net-equity-origin-and-tax-regime>. Acesso em: 19/10/2018. “JCP: (i) Calculados com base no patrimônio líquido e nas Taxas de Juros de Longo Prazo (TJLP); (ii) Lucro tributável por Imposto de Renda, considerada a receita diferida; (iii) Opcional, condicionada à existência de estatutos e fluxo de caixa; e (iv) Situação tributária da empresa: os dividendos distribuídos não podem reduzir a base de cálculo para o IRPJ e a CSLL. Dividendos: (i) Calculados com base no lucro líquido; (ii) Acionistas são isentos de Imposto de Renda. Não pode ser deduzido do lucro; (iii) São obrigatórios, baseados na existência de lucros; e (iv) Situação tributária da empresa: os dividendos distribuídos não podem reduzir a base de cálculo para o IRPJ e a CSLL.” (Tradução nossa).



Em um contexto internacional, quando uma empresa brasileira paga juros sobre capital próprio a uma empresa residente no exterior, esse pagamento é dedutível no Brasil e, na maioria dos casos, também está isento na jurisdição do beneficiário. Isso ocorre porque vários países europeus concedem isenção aos dividendos recebidos de participações acionárias, a fim de evitar a dupla incidência tributária.

Assim, os juros sobre capital próprio podem ser interpretados como um "esquema de dedução e não inclusão", que é alcançado pela OCDE na Ação 2 do Projeto BEPS.

A qualificação dos JCP pelo próprio governo brasileiro é conflitante. De um lado, a Receita Federal do Brasil considera-os juros por definição, de outro, o Banco Central do Brasil considera-os dividendos. Da mesma forma, podem-se observar eventuais aproximações e distanciamentos de entendimento diante da

Comissão de Valores Mobiliários<sup>35</sup>, do CFC<sup>36</sup> e da administração tributária<sup>37</sup> (e no próprio CARF<sup>38</sup>). No mesmo passo, a legislação tributária<sup>39</sup>, a doutrina tributária brasileira<sup>40</sup> – e a própria jurisprudência superior<sup>41</sup> – não escapa a essas divergências. Esse conflito insere o investidor estrangeiro em situações potencialmente perigosas, exposto à falta de definição clara, no que diz respeito

<sup>35</sup> Veja-se, por exemplo, CVM, Deliberação nº. 207/96 (posteriormente revogada), bem como a Deliberação CVM nº 683, de 30 de agosto de 2012.

<sup>36</sup> Veja-se, por exemplo, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), a Resolução nº.1138/2008, que aprovou a “NBC TG 09”, que trata, dentre outros assuntos, do tratamento contábil dos JCP.

<sup>37</sup> Solução de Consulta COSIT nº. 329 de 2014; Solução de Consulta DISIT/SRRF02 N.º 2007, de 2014; Solução de Consulta COSIT, nº. 45, de 2018.

<sup>38</sup> Veja-se, por exemplo: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão n. 1402-002.23, Número do Processo: 16327.721109/2014-45. Data de Publicação: 12/08/2016, 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária.

<sup>39</sup> Arts.373 e 374 do RIR/99 (Decreto 3000/1999); Instrução Normativa RFB nº. 1700 de 2017, arts. 75 e 76; RIR/2018 (Decreto 9.580/2018), art. 355.

<sup>40</sup> Sobre a controvérsia doutrinária da natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio: FILHO, Edmar Oliveira Andrade. **Perfil Jurídico do Juro sobre o Capital Próprio. IRPJ, CSLL, PIS, COFINS – Aspectos Societários**. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 07-08. TERSI, V. F. Juros sobre o Capital Próprio de Períodos Anteriores: um Retrato Contábil da Dedutibilidade. In: MOSQUERA, R. Q.; LOPES, A. B. (coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. 3ª Volume. São Paulo: Dialética, 2012, p.381 e ss. BRANCO, V. Da Não-Incidência das Contribuições para o PIS e Cofins sobre os Valores Recebidos a Títulos de Juros sobre o Capital Próprio. **Revista Dialética**, n. 115, São Paulo Dialética, 2005, p.116-125. MOSQUERA, R. Q. O Regime Jurídico-tributário das Participações Societárias – Ganho de Capital, Juros sobre o Capital Próprio e Dividendos. In: MOSQUERA, R. Q. (coord.). **O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo: Dialética, 2009, p. 415 e ss; XAVIER, A. Natureza jurídico-tributária dos “Juros sobre Capital Próprio” face à Lei Interna e aos Tratados Internacionais”, **Revista Dialética de Direito Tributário** n.21, Dialética: São Paulo, 1997, p. 485-586. MARTINS, I. G. S.; SOUZA, F. F. R. A Figura dos Juros sobre capital Próprio e as Contribuições Sociais do PIS e da COFINS. **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 169. ROCHA, V. O. (Coord.). São Paulo: Dialética, 2009, p. 75 e ss. COMPARATO, F. K. Direito Empresarial – Estudos e pareceres, 1ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1995, p. 16 e ss. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Juros sobre o Capital Próprio. **Revista Direito Tributário Atual** n.15. Dialética-IBDT, 1998, p.115-116. SCHOUERI, Luís Eduardo. Juros sobre o Capital Próprio: Natureza Jurídica e forma de apreciação diante da “Nova Contabilidade”. In: MOSQUERA, R. Q.; LOPES, A. B. (coords.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. 3ª Volume. São Paulo: Dialética, 2012, p. 184 e ss.

<sup>41</sup> Veja-se, por exemplo: REsp 1086752/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 11/03/2009; AGRESP 201001362755, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 29/09/2010.

aos tratados internacionais, do tratamento que deve ser dispensado aos JCP e qual sua natureza jurídica, fazendo surgir, dessa forma, a dupla tributação que o próprio tratado busca combater.<sup>42</sup>

Como mencionado anteriormente, como resposta inicial, a OCDE sugeriu que a jurisdição primária deveria negar uma dedução para pagamentos feitos sob um instrumento financeiro híbrido, quando a renda correspondente não é tributada na jurisdição do beneficiário. O problema é que, se o Brasil negar a dedução dos juros sobre capital próprio, isso contradiria exatamente o propósito da existência desse mecanismo, por razões políticas e econômicas. Assim, como os JCP já estão limitados pela lei brasileira para evitar a erosão da base e a transferência de lucros, a resposta primária pode não ser implementada pelo Brasil, porque essa restrição é contrária aos objetivos de políticas fiscais perseguidos pelo legislador, contrariando os resultados objetivados com o instrumento.<sup>43</sup> Além disso, o Brasil já reforçou suas regras antielisivas relacionadas aos juros sobre capital próprio, aumentando o valor do Imposto de Renda de Pessoa Física sobre pagamentos feitos a beneficiários domiciliados em jurisdições de baixa tributação e limitando o montante que pode ser deduzido para fins tributários.

---

<sup>42</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 12.

<sup>43</sup> COTRUT, Madalina. International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures. Tax Research Series. vol. 2. Amsterdam: IBFD, 2015. p. 130.

### 3.3. A NATUREZA JURÍDICA DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO: TRATAMENTO CONTÁBIL E FISCAL

De um lado, a legislação tributária manda que os JCP sejam tratados como receita financeira no que diz respeito ao sócio, de outro, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, prevê hipóteses de lançamento desses juros como créditos na conta investimento, de forma semelhante aos dividendos. E, ainda, segundo Mariana M. Lima “a própria deliberação da Comissão de Valores Mobiliários – CVM, estabelece expressamente, em seu item VII, que essas regras contábeis não implicam alteração ou interpretação das disposições de natureza tributária”.<sup>44</sup>

Além de suas características subjetivas – que já por si só tornam os instrumentos financeiros híbridos um tema complexo – os JCP recebem, no Brasil, dois tratamentos distintos: o contábil e o fiscal. Enquanto na Contabilidade a essência econômica prevaleça sobre a forma, na legislação tributária brasileira, no que diz respeito aos JCP, é a realidade jurídica do negócio que prevalece sobre a essência. Se ao contrário fosse, o mandamento legislativo estaria esvaziado de sentido. A Contabilidade é baseada na realidade econômica – o efeito econômico ou financeiro implícito – enquanto a legislação brasileira adota a realidade jurídica – a causa e a natureza jurídica do ato ou negócio realizado. Não é necessário tratar da prevalência de essência ou da forma, como se a primeira, essência, fosse sempre o norte contábil e a segunda, a forma, o norte legal. Ao contrário, na lei brasileira não há forma sem essência, já que a forma é apenas o meio pelo qual um ato ou transação legal é incorporado, mas está sempre ligada

---

<sup>44</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 87-88.

a uma causa que contempla o conteúdo real da transação legal, a função pretendida<sup>45</sup>.

Nessa seara, afirma Mariana Lima:

Assim, caso o financiamento seja realizado por meio de capital próprio, a remuneração correspondente poderá ser realizada por meio de dividendos, ganho de capital no incremento do valor patrimonial da sociedade ou JSCP. Em relação aos investimentos realizados por meio de capital de terceiros, apenas uma forma de remuneração está prevista, qual seja, o pagamento de juros remuneratórios.<sup>46</sup>

A causa do negócio jurídico, ou seja, a finalidade que as partes almejam, diferencia em essência os JCP dos empréstimos, uma vez que os juros decorrentes do investimento com capital próprio têm outra causa – se levarmos em consideração o instrumento financeiro, o risco assumido, o tratamento legal e o objetivo do legislador – que não a remuneração de capital através de juros tradicionalmente entendidos.

Nesse contexto, Alberto Xavier<sup>47</sup>, analisando o parágrafo 7<sup>a</sup> do artigo 9<sup>a</sup> da Lei nº.9249, destacou que o juro seria um resultado distribuível da companhia sujeito a regime especial. Na posição do autor, se o valor dos “juros” pode ser imputado aos dividendos obrigatórios, tal fato significaria que os juros possuiriam natureza substancial de dividendos.

---

<sup>45</sup> SAAVEDRA, P. et al. Brazilian interest payments on net equity (Juros sobre o capital próprio): an international perspective. **Journal of International Taxation**, N°2 Disponível em: [http://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Brazilian\\_1.pdf](http://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Brazilian_1.pdf). Acesso em: 19/10/2018.

<sup>46</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, p. 106.

<sup>47</sup> XAVIER, A. Natureza jurídico-tributária dos “Juros sobre Capital Próprio” face à Lei Interna e aos Tratados Internacionais”, **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 21, 1997, p. 07-11.

Por outro lado, cabe ressaltar a posição de Luís Eduardo Schoueri<sup>48</sup>, para quem os JCP não são dividendos nem juros. Não há, para o autor, a necessidade de ancorar os conceitos tributários nos conceitos pré-existentis oferecidos pelo direito privado, apenas com a finalidade de oferecer ao instrumento uma ancoragem conceitual. Nesse sentido, os JCP são apenas uma remuneração do capital, nem juros, nem dividendos, de acordo com a figura do artigo 9º da Lei nº 9.249/95.

Na mesma linha, se entendermos a autonomia do direito tributário na conceituação dos instrumentos que lhe são relevantes, quais serão a profundidade e os limites dessa autonomia? Poderá o direito tributário adicionar características e efeitos não previstos nos institutos conceituados pelo direito privado? Os efeitos, para fins de relação jurídica tributária e fiscal serão diversos? Cria o direito tributário seus próprios institutos?<sup>49</sup>

Como já demonstrado, um instrumento financeiro pode ser dívida para fins tributários, mas patrimônio para fins contábeis e o inverso. Independentemente de ser classificado como passivo financeiro ou instrumento de capital, a regra sugerida pela OCDE só se aplicará se for considerada uma obrigação financeira, com a geração de despesas dedutíveis em um país, mas sem o tratamento tributário correspondente nas outras jurisdições envolvidas, caso em que seus efeitos devem ser neutralizados.

Os JCP têm uma natureza dupla. Do ponto de vista corporativo, a grande maioria dos instrumentos (e até mesmo as regras contábeis, como demonstrado) considera que os JCP são simplesmente uma forma de distribuição de lucros aos

---

<sup>48</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. Juros sobre Capital Próprio: Natureza jurídica e forma de apuração diante da 'nova contabilidade'. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.) **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2012. Vol.3. p.179.

<sup>49</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 717.

acionistas. Do ponto de vista fiscal, os JCP devem ser considerados despesas dedutíveis. As autoridades fiscais brasileiras também aprovaram Instruções Regulamentares que exigem que os JCP sejam tratados como despesa financeira para constituir uma despesa dedutível. Para fins de contribuição previdenciária (PIS e COFINS), os JCP são considerados uma receita financeira e não um dividendo.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou, no entanto, que os JCP não se qualificam para a isenção, uma vez que os considerou uma despesa financeira definitiva. O argumento principal usado pelo tribunal é que, como os JCP são calculados aplicando-se uma taxa fixa a um valor fixo, eles não compartilham a natureza dos lucros, cuja característica definidora é que estes são contingentes aos resultados da empresa. A decisão se encontra no AgRg no Recurso Especial n. 1.158.033/RS, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO E DIVIDENDOS. NATUREZA DISTINTA. POSSIBILIDADE DE RETRIBUIÇÃO CUMULATIVA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. NAO OCORRÊNCIA.

1. Os dividendos decorrem do desempenho financeiro da empresa, ou seja, do lucro apurado pela empresa no período de um ano, remunerando o investidor pelo sucesso do empreendimento social. Os juros sobre capital próprio, por sua vez, têm origem nos lucros apresentados nos anos anteriores e que ficaram retidos na sociedade e tem por finalidade remunerar o investidor pela indisponibilidade do capital aplicado na companhia. Possuem ditas verbas natureza jurídica distinta. Precedentes.

2. Na presente hipótese, a pretensão da Companhia telefônica de afastar, em sede de cumprimento de sentença, o pagamento dos juros sobre o capital próprio deflui de uma

perspectiva de possuírem, aqueles, a mesma natureza jurídica dos dividendos, o que já foi afastado pelo entendimento consolidado neste STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>50</sup>

Nos diversos tratados brasileiros, não está claro se os JCP deveriam, de fato, serem caracterizados como juros, uma vez que seguiram estes tratados o modelo da OCDE. No cenário descrito acima, tendo em conta em particular que, para fins societários e contábeis, os JCP são semelhantes aos dividendos, dependendo do tratamento tributário que o país de residência do investidor concede ao rendimento desse tipo, o pagamento dos JCP pode ser uma opção muito atraente, especialmente se o país de residência do investidor caracteriza os JCP como dividendos ou genericamente como uma participação nos lucros e um regime de isenção de participação se aplica a rendimentos desse tipo.

#### 4. O TRATAMENTO INTERNACIONAL DOS JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO

O que chama a atenção na aplicação de regras defensivas aos JCP é o fato de estes não possuírem um elemento híbrido próprio ao instrumento financeiro, como meta da OCDE na Ação 2 do Projeto BEPS.

Ao contrário, os JCP podem ser pagos mesmo quando o planejamento financeiro é um planejamento comum, sem os aspectos caracterizadores de elisão fiscal, ou seja, sem um planejamento fiscal agressivo. Isso mostra que o motivo (elemento híbrido) apresentado pela OCDE, que justifica a aplicação de

---

<sup>50</sup> Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16602920/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1158033-rs-2009-0184389-9-stj/relatorio-e-voto-16778236?ref=juris-tabs>> Acesso em: 25/10/2018

regras antielisivas por ambos os países envolvidos, não é um problema no caso em questão.

É controversa a necessidade de medidas de combates nestes casos, já que os instrumentos híbridos não acarretam necessariamente em prejuízo à arrecadação dos Estados em presença. Este é, por exemplo, o caso do JCP que não resulta em indevida e dupla tributação da despesa, nem em ausência da tributação do rendimento capaz de lhe atribuir um caráter abusivo.

[...]

O reconhecimento de isenção ao JCP não se afigura como prejudicial ao país de residência do credor ou do beneficiário, na medida em que a causa do seu pagamento é de fato um investimento em capital submetido a uma tributação na fonte de 15%. A dedução desse pagamento é resultado de política fiscal do Brasil estando longe de se configurar como abusiva.<sup>51</sup>

Além disso, a OCDE menciona expressamente que, “enquanto as assimetrias tributárias transfronteiriças surgem em outros contextos (...), as únicas assimetrias visadas por esse relatório são aquelas que se baseiam num instrumento híbrido para produzir tais resultados”<sup>52</sup>. A OCDE também declara que não é necessário estabelecer qual país perdeu receitas tributárias com a assimetria, porque “as regras têm o objetivo de guiar os contribuintes para uma estrutura tributária menos complicada e mais transparente que seja mais fácil

<sup>51</sup> EMERY, Renata, *apud* CANEN, Doris; CUNHA, Rodrigo Pomar da. Juros Sobre Capital Próprio no Contexto Internacional: polêmicas e aspectos práticos. In: Temas de Tributação Internacional: Base Erosion and Profit Shifting: conceitos e estudos de casos. Organiz: GOMES, Edmar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; GOMES, Marcus Lívio. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p. 61 e ss.

<sup>52</sup> OECD. Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatches Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report [online] Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241138-en.pdf?expires=1539809726&id=id&accname=guest&checksum=1FCE7CE031B4C83B9D52271417DD58FC>. Consultado em 17/10/2018. p. 18. “While cross-border mismatches arise in other contexts (...), the only types of mismatches targeted by this report are those that rely on a hybrid element to produce such outcomes”.

para as jurisdições lidarem com ferramentas de política tributária mais ortodoxas”<sup>53</sup>. Como pode ser visto, os juros sobre capital próprio não possuem um elemento híbrido no próprio instrumento financeiro, uma vez que ele pode ser pago por qualquer pessoa jurídica domiciliada no Brasil. Também não deriva de instrumentos financeiros complicados ou não ortodoxos, negando a pressuposição de “clearly abusive transaction”.<sup>54</sup>

Diversamente, o legislador brasileiro apenas os tratou como despesa financeira para fins tributários, como um instrumento de política tributária para reduzir o viés da dívida em um ambiente de alta inflação e redução do poder de compra da moeda.

De fato, os JCP não são um instrumento usado para causar a erosão da base e a transferência de lucros. Tratam-se, antes, como já defendido neste estudo, de um mecanismo legal criado pelo legislador brasileiro para atingir os seguintes objetivos de política tributária:

(i) mitigar os efeitos da distinção entre patrimônio e dívida, reduzindo assim o viés de endividamento; (ii) estimular a capitalização de empresas brasileiras por meio de aporte formal de capital, a fim de evitar a alavancagem e o nível excessivo de endividamento; (iii) integrar o imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas, com o objetivo de eliminar a dupla tributação do lucro das

---

<sup>53</sup> OECD. Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatches Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report [online] Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241138-en.pdf?expires=1539809726&id=id&accname=guest&checksum=1FCE7CE031B4C83B9D52271417DD58FC>. Consultado em 17/10/2018. p. 95. “Rules are intended to drive taxpayers towards less complicated and more transparent tax structuring that is easier for jurisdictions to address with more orthodox tax policy tools”.

<sup>54</sup> COTRUT, Madalina. International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures. Tax Research Series. vol. 2. Amsterdam: IBFD, 2015. p. 127.

empresas; (iv) aliviar os efeitos indesejáveis da proibição de correção monetária das demonstrações financeiras em um contexto de alta inflação.

Além disso, o artigo 9º da Lei nº 9.249/1995<sup>55</sup>, que introduziu os JCP no sistema tributário brasileiro, já restringe a possibilidade de erosão de base e transferência de lucros, estabelecendo um valor máximo a ser deduzido dos lucros tributáveis. Portanto, a margem de manobra disponível para a utilização desses juros como um mecanismo agressivo de planejamento tributário para alcançar a erosão da base e a transferência de lucros é severamente restringida pela legislação tributária brasileira. Isso requer cautela na introdução de medidas fiscais baseadas na Ação 2 do BEPS, porque os JCP representam um mecanismo importante para lidar com o viés de dívidas causado pela dedutibilidade fiscal das despesas com juros e para compensar os efeitos da inflação relativamente alta no Brasil.

#### 4.1. A APLICAÇÃO DOS ACORDOS SOBRE BITRIBUTAÇÃO

Embora a legislação e a jurisprudência tributária brasileira (e, mais recentemente, tratados com o México, África do Sul e Israel) estabeleçam uma distinção entre JCP e dividendos, várias jurisdições consideram, com base em suas provisões domésticas, que o primeiro é semelhante à renda derivada do patrimônio líquido e então aplicam as regras associadas, que, dependendo dos fatos do caso e das jurisdições envolvidas, podem ser regras de isenção de

---

<sup>55</sup> “Art. 9º: A pessoa jurídica poderá deduzir, para efeitos da apuração do lucro real, os juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas, a título de remuneração do capital próprio, calculados sobre as contas do patrimônio líquido e limitados à variação, pro rata dia, da Taxa de Juros de Longo Prazo - TJLP.”

participação.<sup>56</sup> Ainda, uma vez que os conceitos básicos estejam definidos nos tratados, é ao tratado que se deve recorrer para a determinação da jurisdição competente para a tributação do fato, e apenas em caso de silêncio do tratado se recorreria às definições dadas pelo Estado onde o fato surgiu. No caso dos JCP, o Brasil, por ser o país de origem da fonte de pagamento e fonte de produção dos juros pagos (sociedade como elemento de conexão), é o responsável primário pela tributação.<sup>57</sup>

Uma vez que as normas previstas em tratados são normas especiais, quando em antinomias com o direito interno, devem ser aplicadas em desfavor das normas desse direito interno.<sup>58</sup> Aplicam-se, portanto, as regras contratuais estabelecidas nos tratados, respeitando o princípio tão caro ao Direito Tributário Internacional, o princípio *pacta sunt servanda*. Do contrário, instrumentalizar-se-iam os tratados de acordo com alguma proposta de resultado em casos concretos, e não a partir de uma análise teleológica ou sistemática dos mesmos. De acordo com Marta Oliveros Castelon, essa análise oportunista traz consigo

---

<sup>56</sup> Entre os países que em tratados tributários com o Brasil expressamente consideram o JCP como juros, estão: Portugal (2000), Chile (2001), Israel (2002), Ucrânia (2002), África do Sul (2003), México (2003), Venezuela (2005), Peru (2006), Trinidad e Tobago (2008), Turquia (2010) e Rússia (2017). Ainda que quase todos os tratados firmados a partir de 1995 tratem especificamente dos JCP como juros, os demais, não renovados, devem continuar considerando-os como dividendos para fim de evitar dupla tributação. CANEN, Doris; CUNHA, Rodrigo Pomar da. Juros Sobre Capital Próprio no Contexto Internacional: polêmicas e aspectos práticos. In: GOMES, Edmar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; GOMES, Marcus Lívio. (coords.). **Temas de Tributação Internacional: Base Erosion and Profit Shifting**: conceitos e estudos de casos. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p. 61 e ss.

<sup>57</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. pg. 111.

<sup>58</sup> ROCHA, Sérgio André, *apud* CANEN, Doris; CUNHA, Rodrigo Pomar da. Juros Sobre Capital Próprio no Contexto Internacional: polêmicas e aspectos práticos. In: GOMES, Edmar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; GOMES, Marcus Lívio. (coords.). **Temas de Tributação Internacional: Base Erosion and Profit Shifting**: conceitos e estudos de casos. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p. 50.

outros riscos mais graves: que não se atinjam os fins objetivados com o tratado e que tais interpretações causem o descrédito dos Estados contratantes.<sup>59</sup>

Em casos concretos, é necessário distinguir as regras fiscais que tratam de dedução e não-inclusão de regras antielisivas, que requerem um elemento híbrido no instrumento financeiro como a causa do descompasso conceitual. Vários países já adotaram regras para combater esquemas de dedução e não-inclusão, mas o escopo de aplicação nem sempre está alinhado com a Ação 2 do Projeto BEPS.

Portanto, apesar de sua participação no Projeto BEPS, o Brasil deve avaliar com muito cuidado quais as propostas que realmente são compatíveis com o sistema tributário brasileiro, que já se destaca pela relativa austeridade e peculiaridades de suas regras tributárias, que não convergem com as práticas fiscais seguidas pela maioria dos países da OCDE (o Brasil já adota amplas regras CFC, margens de lucro fixas para simplificar os preços de transferência, limites objetivos para deduzir royalties, alta tributação na fonte, entre outras medidas fiscais que fogem do padrão internacional). Em particular, a aplicação de regras antielisivas para restringir a dedução de juros sobre o capital próprio pode ser indesejável e inadequada no sistema tributário brasileiro, em que a alíquota de imposto de renda (IRPJ / CSLL) é alta comparada à maioria dos países da OCDE.

---

<sup>59</sup> CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP-Alemanha. Tributação Internacional. Análise de Casos, Vol. II. MP Editora. 2015. pg. 122-123.

### 4.2 AS SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À *DÉDUCTION DE INTÉRÊT NOTIONNEL* DA BÉLGICA

Também deve ser mencionado que a Ação BEPS 2 não alcança a dedução dos juros nocionais ("*déduction d'intérêt notionnel*"<sup>60</sup>) introduzido pela Bélgica em 2006, a fim de substituir o antigo "regime central coordenado", que foi considerado como uma ajuda estatal ilegítima pela da Comissão Europeia. Como os juros brasileiros sobre capital próprio, a dedução nocional concedida pela lei belga reduz o papel desempenhado pela distinção entre capital e dívida nas decisões de financiamento corporativo, sendo uma "forma de remuneração dos sócios em função do custo de oportunidade do capital investido"<sup>61</sup>. Trata-se de uma "dedução" em benefício do capital de risco, uma vez que, a princípio, o financiamento das atividades e investimentos através de dívida pode ser mais atrativo do que o financiamento através de equity, não passíveis de deduções tributárias. Como ressaltamos ao longo do texto, isto pode levar – e levou, no caso brasileiro – a um excesso de endividamento por parte das empresas.

Tanto as figuras são semelhantes e os objetivos parecidos, que a Exposição de Motivos do Ministro da Fazenda da Bélgica em relação à Lei que introduziu a "dedução dos juros nocionais" é muito próxima da exposição brasileira. Nesse sentido:

O objetivo principal dessa medida inovadora é de reduzir a discriminação fiscal entre o financiamento com capital emprestado e o financiamento com capital de risco. De fato, no caso dos fundos emprestados, os juros pagos são dedutíveis da base de cálculo tributável enquanto que no caso dos fundos

---

<sup>60</sup> Também conhecido como "*déduction pour capital à risque*", ou dedução para o capital de risco.

<sup>61</sup> LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. pg. 107.

próprios, os dividendos não o são. A fim de compensar o desaparecimento gradual do regime especial dos centros de coordenação belgas, a Bélgica pretendeu oferecer possibilidades fiscais que permitissem um novo desenvolvimento para estas atividades de coordenação. (tradução nossa)<sup>62</sup>

O relatório sobre Ação BEPS 2 declara expressamente que as regras antielisivas não são aplicáveis a “pagamentos feitos apenas para fins tributários e que não envolvem a criação de direitos econômicos entre as partes”.<sup>63</sup> Assim, como a lei fiscal belga apenas prevê uma dedução nocional, sem exigir um pagamento efetivo aos acionistas, é certo que os JCP fiscal não são alcançados pelas propostas apresentadas pela OCDE. Não poderia ser diferente, uma vez que, na ausência de pagamento efetivo, não existe um conflito na caracterização de um pagamento em duas jurisdições (hybrid mismatch), nem a dedução de um pagamento sem a correspondente tributação ao nível do beneficiário (dedução e não-inclusão).

O que não está claro é se a existência ou não de um pagamento real é um critério razoável para distinguir a dedução do juro nocional belga e os JCP, já que ambos os instrumentos tributários são inspirados na mesma ideia (“Allowance for Corporate Equity” – ACE) e têm em comum o mesmo objeto e

---

<sup>62</sup> Service Public Fédéral Finances. La déduction d'intérêt notionnel: un incitant fiscal belge novateur. Disponível em: [https://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot\\_des\\_societes/avantages\\_fiscaux/deduction\\_interet\\_notionnel#q2](https://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/avantages_fiscaux/deduction_interet_notionnel#q2). Acesso em: 25/10/2018. "Le but principal de cette mesure novatrice est de réduire la discrimination fiscale entre le financement avec capital emprunté et le financement avec capital à risque. En effet, dans le cas de fonds empruntés, l'intérêt payé est déductible de la base imposable alors que dans le cas de fonds propres, les dividendes ne le sont pas. Pour pallier à la disparition progressive du régime spécial des centres de coordination belges, la Belgique a voulu offrir des perspectives fiscales permettant un nouveau développement pour ces activités de coordination".

<sup>63</sup> “Payments that are only deemed to be made for tax purposes and that do not involve the creation of economic rights between the parties”

propósito. Do ponto de vista dos objetivos da OCDE de evitar a erosão da base e a transferência de lucros, a legislação tributária brasileira exige pelo menos a existência de lucros correntes ou lucros retidos em uma quantia duas vezes maior do que a dedutível, enquanto a dedução de juros nacionais belgas pode ser transferida quando os lucros apurados no ano civil são insuficientes para compensar a dedução disponível.

Por exemplo, se um item de receita é considerado como um dividendo segundo as regras do tratado, isso automaticamente faria com que esse valor fosse considerado como um dividendo para os fins da legislação nacional? Inversamente, se um item de renda é considerado como juros sob as regras do tratado, isso também significa que é juros para os fins da legislação interna?

Não podemos esquecer que o papel do tratado se limita a distribuir o poder de tributar entre os Estados, não entrando no mérito da aplicação das leis internas nas suas respectivas esferas. Concluindo, a caracterização de um item de rendimento com base num tratado fiscal é apenas para os fins de delimitação de competência, não de valoração de legislação tributária interna.

### 4.3. DECISÕES DOS TRIBUNAIS ESPANHOL E ALEMÃO

O Tribunal Tributário de Nuremberg (Alemanha), por exemplo, analisou os instrumentos em sua decisão de 14 de dezembro de 2010. No caso, concluiu que os JCP, de acordo com a legislação tributária alemã, qualificam-se como dividendos. Em última instância, derivam do investimento do acionista no patrimônio da empresa brasileira. Essa também costumava ser a opinião das autoridades fiscais espanholas que, nos últimos anos, auditaram muitas empresas

espanholas que usaram os JCP em seus investimentos no Brasil, até que recentemente mudaram seus entendimentos sobre esse assunto, em 2010.

A questão que surgiu na Espanha é sobre qual tratamento daria o sistema jurídico espanhol às caracterizações conflitantes entre tratados tributários e a legislação nacional. Ainda que as regras de tratados internacionais prevaleçam sobre a respectiva caracterização de acordo com o direito interno, a questão central é se essas regras devem automaticamente atropelar a legislação nacional e serem aplicadas automaticamente. Inversamente, se uma espécie de renda é considerada como juros sob as regras do tratado, isso também significa que é reconhecida como juros para os fins da legislação interna? A legislação espanhola relativa aos tributos sobre o rendimento das empresas inclui um regime de isenção de participação, destinado a evitar a dupla tributação internacional sobre dividendos e rendimentos decorrentes de investimentos em empresas não-residentes. Como os JCP são considerados dedutíveis no nível da subsidiária brasileira distribuidora da participação (se certas condições forem atendidas), a isenção da participação doméstica espanhola (conforme alteração) não seria mais aplicada à renda recebida a título de JCP a partir de 1º de janeiro de 2015.

O Supremo Tribunal Espanhol, em 16 de março de 2016, adotou o entendimento vinculante de que "o critério decisivo para determinar o tratamento fiscal dos rendimentos recebidos a título de JCP é a natureza jurídica do instrumento"<sup>64</sup>, e, nesse sentido, o tratamento dispensado aos juros sobre capital próprio era de dividendos, e não de juros. Entretanto, após 2016, o

---

<sup>64</sup> CANEN, Doris; CUNHA, Rodrigo Pomar da. Juros Sobre Capital Próprio no Contexto Internacional: polêmicas e aspectos práticos. In: GOMES, Edmar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; GOMES, Marcus Lívio. (coords.). **Temas de Tributação Internacional: Base Erosion and Profit Shifting**: conceitos e estudos de casos. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p. 51.

entendimento para o regime de participação em isenção espanhol foi alterado, incluindo dispositivo que descaracteriza a isenção quando o distribuidor dos lucros os caracterizou como despesa.<sup>65</sup>

Entre os possíveis efeitos que a futura aceitação do raciocínio do TEAC ("Tribunal Económico Administrativo Central", da Espanha) poderia ter, surge uma preocupação sobre a aceitação de nenhuma independência do sistema tributário e legal da Espanha na caracterização da renda de uma fonte não espanhola, podendo ser traduzida como um tipo de "importação" de elementos da obrigação tributária de outras jurisdições que se sobrepõem às nacionais, as quais derivam do poder legislativo conferido pelo povo espanhol em seu Parlamento.

De acordo com a decisão citada anteriormente, os JCP são caracterizados como juros para efeitos de tributação interna na Espanha, e o crédito equivale a uma taxa de 20% previsto no artigo 23.2 do tratado fiscal para juros, que seria aplicável ao rendimento obtido pelo investidor espanhol. Isso significa que, independentemente da alíquota na tributação dos JCP no Brasil, o crédito concedido na Espanha sempre seria concedido como se 20% de imposto tivesse sido cobrado, tornando esse instrumento ainda mais vantajoso do que simplesmente pagar dividendos para a administração espanhola.<sup>66</sup>

Vale lembrar também a visão do Tribunal Administrativo Econômico de Nüremberg (Alemanha) em sua decisão de 14 de dezembro de 2010, em uma disputa muito parecida, se não idêntica, à que estamos analisando. Nessa decisão, em relação ao recebimento de pagamentos dos JCP do Brasil por um acionista

---

<sup>65</sup> CANEN, Doris; CUNHA, Rodrigo Pomar da. Juros Sobre Capital Próprio no Contexto Internacional: polêmicas e aspectos práticos. In: GOMES, Edmar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; GOMES, Marcus Lívio. (coords.). **Temas de Tributação Internacional: Base Erosion and Profit Shifting**: conceitos e estudos de casos. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p.52.

<sup>66</sup> Id., ibidem, p.52.

residente alemão, o tribunal concluiu, contrariamente à opinião das autoridades fiscais alemãs, que (i) os pagamentos dos JCP deviam ser tratados como ações em lucros para os fins do regime de isenção nacional, “por se originarem da relação societária e serem apenas recebidos pelos acionistas” e (ii) a Alemanha, como país de residência do beneficiário da renda, deve fazer uma caracterização independente da renda com base em sua lei nacional própria, sobre a qual nem a caracterização nem o tratamento dos pagamentos dos JCP (capacidade de deduzi-los e retenção na fonte) para fins da legislação interna brasileira têm qualquer efeito.<sup>67</sup>

## 5. CONCLUSÕES

É fundamental o respeito a alguns princípios expressados no preâmbulo da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados: o livre consentimento, a boa fé e a *pacta sunt servanda*. Uma vez que o devido respeito não é observado, as negociações internacionais, baseadas na confiança mútua, perdem seu valor. O livre consentimento, cujo aspecto prático é a contratação entre Estados, significada a voluntariedade na formação dos acordos, voluntariedade essa que impende aos Estados o cumprimento do que foi combinado, a partir do princípio da boa fé, para que os possíveis conflitos sejam resolvidos em negociações. A função do tratado é estabelecer qual jurisdição será a responsável por tributar determinado fato, a depender das características previstas que podem incidir

---

<sup>67</sup> CANEN, Doris; CUNHA, Rodrigo Pomar da. Juros sobre Capital Próprio no Contexto Internacional: polêmicas e aspectos práticos. In: GOMES, Edmar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; GOMES, Marcus Lívio. (coords.). **Temas de Tributação Internacional: Base Erosion and Profit Shifting**: conceitos e estudos de casos. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p.53-54.

sobre esse fato para a sua caracterização. A competência é motivo de delimitação, e a legislação interna não é motivo de valoração.

O que chama a atenção na aplicação de regras defensivas aos JCP é o fato de estes não possuírem um elemento híbrido próprio ao instrumento financeiro, como meta da OCDE na Ação 2 do Projeto BEPS. Ao contrário, os JCP podem ser pagos mesmo quando o planejamento financeiro é um planejamento comum, sem os aspectos caracterizadores de planejamento tributário agressivo.

Os JCP tratam-se, antes, como foi defendido neste trabalho, de um mecanismo legal criado pelo legislador brasileiro para atingir os seguintes objetivos de política tributária: (i) mitigar os efeitos da distinção entre patrimônio e dívida, reduzindo assim o viés de endividamento; (ii) estimular a capitalização de empresas brasileiras por meio de aporte formal de capital, a fim de evitar a alavancagem e o nível excessivo de endividamento; (iii) integrar o imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas, com o objetivo de eliminar a dupla tributação do lucro das empresas; (iv) aliviar os efeitos indesejáveis da proibição de correção monetária das demonstrações financeiras em um contexto de alta inflação.

Portanto, apesar de sua participação no Projeto BEPS, o Brasil deve avaliar com muito cuidado quais as propostas que realmente são compatíveis com o sistema tributário brasileiro, que já se destaca pela relativa austeridade e peculiaridades de suas regras.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, David de. Desafios tributários ao financiamento das sociedades empresariais por meio de instrumentos financeiros híbridos. 2018. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Escola de de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

BIFANO, Elidie P.; CARVALHO, Cassius V. de. Novas Fontes de Tributação. *In*: MOSQUERA, Roberto Q.; SANTI, Eurico M. D. de; ZILVETI, Fernando A. **Tributação Internacional**. Série Gvlaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BLOCK, Cheryl D. **Corporate taxation: examples & explanations**. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

BRANCO, V. Da Não-Incidência das Contribuições para o PIS e Cofins sobre os Valores Recebidos a Títulos de Juros sobre o Capital Próprio. **Revista Dialética** n. 115. ROCHA, V. O. (Coord.). São Paulo Dialética, 2005.

BRASIL. **LEI Nº 9.249, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1995** - Exposição de motivos. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9249-26-dezembro-1995-349062-exposicaodemotivos-149781-pl.html>>. Acesso em: 28 out. 2018.

CANEN, Doris; CUNHA, Rodrigo Pomar da, Juros sobre Capital Próprio no Contexto Internacional: polêmicas e aspectos práticos. *In*: GOMES, Edmar Santos; MOREIRA, Francisco Lisboa; GOMES, Marcus Lívio. (Orgs). **Temas de Tributação Internacional: base erosion and profit shifting: conceitos e estudos de casos**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

CASTELON, Marta Oliveros. Caso JCP-Alemanha. Tributação Internacional. **Análise de Casos**, Vol. II. MP Editora. 2015. pg. 122-123.

COMPARATO, F. K. **Direito Empresarial** – Estudos e pareceres, 1ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

COTRUT, Madalina. **International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti- Abuse Measures**. Tax Research Series. Vol. 2. Amsterdam: IBFD, 2015.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1971.

FILHO, Edmar Oliveira Andrade. **Perfil Jurídico do Juro sobre o Capital Próprio. IRPJ, CSLL, PIS, COFINS – Aspectos Societários**. São Paulo: MP Editora, 2006.

GARBUGLIO, L. R. P. M.; FERLIN, C. Dividends versus Interests on Net Equity: origin and tax regime. Disponível em: <http://www.ctpadv.com.br/en/dividends-versus-interests-on-net-equity-origin-and-tax-regime>. Acesso em: 19/10/2018.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3º Ed. São Paulo: Dialética, 2011.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Tratados Internacionais em Matéria Tributária e Ordem Interna**. São Paulo: Dialética, 1998. p. 133-137.

HOFFER, Stephanie R.; POSTLEWAITE, Philip F. **International Taxation: Corporate and Individual**. v. 1. ed. 7. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2012.

LIMA, Mariana M. A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar dupla tributação. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MACHADO, Brandão. Nota do Tradutor. *In*: LENZ, Raoul. Elusão fiscal e a apreciação econômica dos fatos. *In*: MACHADO, Brandão; MARTINS, Ives Gandra da Silva; TAVOLARO, Agostinho Toffoli; (Coord). **Princípios Tributários no Direito brasileiro e comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MARTINS, I. G. S.; SOUZA, F. F. R. A Figura dos Juros sobre capital Próprio e as Contribuições Sociais do PIS e da COFINS. **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 169. ROCHA, V. O. (Coord.). São Paulo: Dialética, 2009.

MOSQUERA, R. Q. O Regime Jurídico-tributário das Participações Societárias – Ganho de Capital, Juros sobre o Capital Próprio e Dividendos. *In*: MOSQUERA, R. Q. (coord.. **O Direito Tributário e o Mercado Financeiro e de Capitais**. Coord: São Paulo: Dialética, 2009.

MOSQUERA, Roberto Q.; SANTI, Eurico M. D. de; ZILVETI, Fernando. **A Tributação Internacional**. Série Gvlaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

OECD. Meeting of the OECD Council at Ministerial Level; Update: Base Erosion and Profit Shifting. [Online] Disponível em: [https://www.oecd.org/mcm/C-MIN\(2013\)7-ENG.pdf](https://www.oecd.org/mcm/C-MIN(2013)7-ENG.pdf). Consultado em 16/10/2018.

OECD. Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatches Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report [Online] Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241138-en.pdf?expires=153980972>

6&id=id&accname=guest&checksum=1FCE7CE031B4C83B9D52271417DD58FC  
>.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Juros sobre o Capital Próprio. **Revista Direito Tributário Atual**. n.15, 1998.

PIRES, Rita C. **Manual de Direito Internacional Fiscal**. Coimbra.: Editora Almedina, 2018.

QUINTINO, Jessica Priscilla; MACEI, Demetrius Nichele. O propósito comercial no planejamento tributário sob a ótica do CARF. Brasília: **Revista Jurídica da Presidência**, vol. 17, n.113, 2015.

SAAVEDRA, P. et al. Brazilian interest payments on net equity (Juros sobre o capital próprio): an international perspective. **Journal of International Taxation**, Nº 2 Disponível em:  
[http://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Brazilian\\_1.pdf](http://www.garrigues.com/sites/default/files/docs/Brazilian_1.pdf). Acesso em: 19/10/2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 717.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Juros sobre Capital Próprio: Natureza jurídica e forma de apuração diante da 'nova contabilidade'. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga e LOPES, Alexsandro Broedel (coord.) **Controvérsias jurídico-contábeis** (aproximações e distanciamentos). Vol. 3. São Paulo: Dialética, 2012.

SERVICE PUBLIC FEDERAL FINANCES. La déduction d'intérêt notionnel: un incitant fiscal belge novateur. Disponível em:  
[https://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot\\_des\\_societes/avantages\\_fiscaux/deduction\\_in\\_teret\\_notionnel#q2](https://finances.belgium.be/fr/entreprises/impot_des_societes/avantages_fiscaux/deduction_in_teret_notionnel#q2). Acesso em: 25/10/2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp n. 1.158.033/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. DJ: 22/09/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em:  
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16602920/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1158033-rs-2009-0184389-9-stj/relatorio-e-voto-16778236?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 25 out. 2018.

TANZI, Vito. **Taxation in an Integrating World**. Washington, D.C.: The Brookings Institution, 1995.

TERSI, V. F. Juros sobre o Capital Próprio de Períodos Anteriores: um Retrato Contábil da Dedutibilidade. *In*: MOSQUERA, R. Q.; LOPES, A. B. (coord.) **Controvérsias Jurídico-Contábeis** (Aproximações e Distanciamentos). 3ª Volume. São Paulo: Dialética, 2012.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e Direito Privado**. Autonomia Privada – Simulação – Elusão Tributária. São Paulo: RT, 2003.

XAVIER, A. Natureza jurídico-tributária dos Juros sobre Capital Próprio' face à Lei Interna e aos Tratados Internacionais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 21, Dialética: São Paulo, 1997.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Tributação das Operações Internacionais. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZILVETI, Fernando. A.; TORO, Carlos Eduardo C. M. A.; BRITTO, Bianca. M. Novas Fontes de Tributação. *In*: MOSQUERA, Roberto Q.; SANTI, Eurico M. D. de; ZILVETI, Fernando. **A Tributação Internacional**. Série Gvlaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.