

**O TRATAMENTO DOS JUROS NAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS
INTERCOMPANY E O CONTROLE DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA
E DAS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO***

**THE TREATMENT OF THE INTERESTS IN INTERCOMPANY FINANCIAL
OPERATIONS AND THE CONTROL OF THE TRANSFER PRICING AND
THIN CAPITALISATION RULES**

Bruno Nepomuceno **

RESUMO: O presente estudo designa-se ao tratamento dos juros pagos por empresa nacional a parte relacionada domiciliada no exterior, em decorrência de aporte de capital via empréstimo. Considerados despesas, existe a possibilidade de dedutibilidade dos juros pagos da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, bem como da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido. Para tanto, primeiramente, tratar-se-á a conformidade à Regra Geral de dedutibilidade de despesas. Paralelamente, haverá a verificação de que este tipo de operação financeira enseja atendimento também aos limites impostos pelas regras de Preços de Transferência e de Subcapitalização. Diante da interseção normativa, então, evidencia-se o objetivo do trabalho, que é sublinhar qual o limite resultante da aplicação concomitante das regras aplicáveis, tendo em vista as variadas possibilidades, demonstradas metodologicamente pela concatenação das correntes doutrinárias. Por fim, apresentar-se-á a conclusão com a apuração do limite de dedutibilidade, trazendo o resultado de adequação ao propósito da OCDE de combate à Erosão da Base Tributável pelo deslocamento artificial de lucros para jurisdições de baixa tributação.

Palavras-chave: Juros. Dedutibilidade. Limite. Regra Geral. Preços de Transferência. Subcapitalização.

* Artigo recebido em: 23.10.2016
Artigo aceito em: 08.06.2017

** Mestrando em Direito e Desenvolvimento pelo programa de Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito SP (início 2015) com período sanduíche na Fordham University School of Law (2016). Graduação em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB (2011), com extensão na Università Degli Studi di Roma "Tor Vergata" (2009/2010) e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (2014). Atualmente é Pesquisador do Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito de São Paulo - NEF/FGV. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário - IBDT. **E-mail:** bnepomucenos@gmail.com

ABSTRACT: The present study focuses on the treatment of the interest paid by a domestic company to a related entity located abroad, proceeding from capital provided by way of loan. Considered as expenditure, there is the possibility of deducting the interest paid from the tax base of Corporate Income Tax and of Social Contribution on Net Profits. Towards this end, the conformity to the General Rule of deductibility of expenses will be treated first. At the same time, it will be verified that this type of financial transaction also gives rise to the limits imposed by the relevant Transfer Pricing and Thin Capitalization rules. Given the intersection of norms, the main goal of this study becomes clear, namely, to emphasize what the limits are that result from the simultaneous application of the applied rules, given the varied possibilities, methodologically demonstrated by concatenating the doctrinal trends. Finally, the conclusion results from the calculation of the tax deductibility limit, thereby bringing the result of adequacy to the proposal of the OECD - Organization for Economic Cooperation and Development - to combat the erosion of the tax base by artificially shifting profits to lower tax jurisdictions.

Keywords: Interests. Deductibility. Limit. General Rule. Transfer Pricing. Thin Capitalization.

1. INTRODUÇÃO

Paralelamente à missão de longa data encabeçada pela OCDE e possibilitada pela aplicação dos tratados de combate à dupla tributação de um mesmo fato jurídico em transações internacionais, tem despertado a atenção o instinto natural das empresas multinacionais e conglomerados econômicos criarem um cenário de operações com deslocamento artificial considerável de lucros para jurisdições de baixa tributação, ensejando a preocupação dos países para a dupla não tributação.

Fato é que mais de 60%¹ das transações globais são entre pessoas ligadas ou entre duas ou três empresas de setores concentrados. Preocupados com a transferência artificial de lucros, especialmente para países com tributação favorecida, foi apresentado pela OCDE ao G-20 um relatório com 15 planos de ação que visam a evitar a erosão da base tributável.

O Brasil é um dos doze países com assento no grupo, em parceria com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, com a responsabilidade de definir até 2015 medidas contra os *BEPS*² - sigla para Erosão da Base e Transferência de Lucros.

Nesse sentido, volta-se o enfoque do presente estudo ao tratamento da legislação pátria a uma das comuns operações de tendenciosa transferência de lucros para outras jurisdições, que ocorre com o pagamento de juros decorrentes de empréstimos entre partes relacionadas, tratado no *Action 4* –

¹<http://www.valor.com.br/brasil/3319846/brasil-participa-de-forum-mundial-para-controlar-planejamento-tributario#ixzz2j6ucSYsV>, visitado em 29/10/2013, data de publicação da reportagem.

² Traduzido do termo em inglês “*Base Erosion and Profit Shifting*”.

*Limit base erosion via interest deductions and other financial payments*³- do Relatório da OCDE.

Levando em consideração que as operações financeiras ativas são aquelas em que a empresa nacional receberá ativos financeiros, enquanto as operações financeiras passivas são as que a empresa situada no Brasil pagará ativos financeiros, apenas o pagamento de juros a parte relacionada no exterior ensejará a dedução do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Isto é, gerar-se-ia uma economia tributária correspondente à alíquota de 15% e adicional de 10% de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, acrescidos da alíquota de 9% de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, totalizando 34% sobre o valor dos juros, já que dedutíveis.

Assim, mesmo levando em consideração que as importâncias remetidas a título de juros a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior,

³ *Develop recommendations regarding best practices in the design of rules to prevent base erosion through the use of interest expense, for example through the use of related-party and third-party debt to achieve excessive interest deductions or to finance the production of exempt or deferred income, and other financial payments that are economically equivalent to interest payments. The work will evaluate the effectiveness of different types of limitations. In connection with and in support of the foregoing work, transfer pricing guidance will also be developed regarding the pricing of related party financial transactions, including financial and performance guarantees, derivatives (including internal derivatives used in intra-bank dealings), and captive and other insurance arrangements. The work will be co-ordinated with the work on hybrids and CFC rules. **Preferential regimes continue to be a key pressure area.** In 1998, the OECD issued a report (OECD, 1998) on harmful tax practices in part based on the recognition that a “race to the bottom” would ultimately drive applicable tax rates on certain mobile sources of income to zero for all countries, whether or not this was the tax policy a country wished to pursue. Agreeing to a set of common rules may in fact help countries to make their sovereign tax policy choices. The underlying policy concerns expressed in the 1998 Report as regards the “race to the bottom” on the mobile income tax base are as relevant today as they were 15 years ago. However, the “race to the bottom” nowadays often takes less the form of traditional ringfencing and more the form of across the board corporate tax rate reductions on particular types of income (such as income from financial activities or from the provision of intangibles). The BEPS report (OECD, 2013a) calls for proposals to develop “solutions to counter harmful regimes more effectively, taking into account factors such as transparency and substance.” In furtherance of this goal, the work of the Forum on Harmful Tax Practices (FHTP) will be refocused to develop more effective solutions.*

nos termos dos arts. 682, I⁴, e 702⁵ do Regulamento do Imposto de Renda – RIR – de 1999, são tributadas pelo Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 15%, há ainda uma substancial economia tributária de 19%.

Ocorre que o tratamento da dedutibilidade de despesas com juros, atualmente, encontra-se sob regência de regras com escopos diferentes, as quais, por incidir sobre o mesmo evento econômico, conferem certo grau de insegurança jurídica. Isto é, as despesas com juros terão seu limite de dedutibilidade para fins de IRPJ e CSLL condicionados:

- (i) à consideração de “despesa necessária à atividade”, de acordo com a Regra Geral de dedutibilidade de despesas;
- (ii) à taxa média de mercado, acrescida de margem a título de “*spread*”, a ser definida pelo Ministro da Fazenda, conforme legislação de preços de transferência;
- (iii) ao nível de endividamento da pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil, consoante disposto nas regras de combate à “subcapitalização”;

Ou seja, tratando-se de operação financeira sujeita ao controle de quaisquer das condicionantes supramencionadas, caso a despesa venha a exceder o limite, a parcela excedente não será dedutível para fins de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Nesta senda, faz-se mister a elucidação, desde algumas premissas básicas, ao tratamento conferido por cada uma das normas em testilha, para,

⁴ **Art. 682.** Estão sujeitos ao imposto na fonte, de acordo com o disposto neste Capítulo, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos: I - pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior (Decreto-Lei n° 5.844, de 1943, art. 97, alínea “a”);

⁵ **Art. 702.** Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior, por fonte situada no País, a título de juros, comissões, descontos, despesas financeiras e assemelhadas (Decreto-Lei n° 5.844, de 1943, art. 100, Lei n° 3.470, de 1958, art. 77, e Lei n° 9.249, de 1995, art. 28).

então, ter construído o raciocínio acerca da aferição do efetivo limite de dedutibilidade dos juros pagos, com base no prelecionado pela doutrina pátria.

Assim, ter-se-á perpassado o tratamento conferido pela regra geral de dedutibilidade de despesas, pelo controle dos preços de transferência e pela regra de combate à subcapitalização, com o intuito de as hipóteses para a problemática de tratamento serem confirmadas ou infirmadas.

2. OS JUROS E A REGRA GERAL DE DEDUTIBILIDADE DE DESPESAS

A prioristicamente, para melhor compreensão da Regra Geral de Dedutibilidade das despesas, far-se-á um ensaio acerca das premissas do que se pode entender por renda, como lucro tributável configurando a base de cálculo do IRPJ e da CSLL, bem como do que se considera despesa, para fins de dedução das referidas bases de cálculo.

Neste ponto, para fins didáticos, vale trazer que se aplicam à Contribuição Social sobre o Lucro⁶ as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o Imposto de Renda das Pessoas. Portanto, entenda-se o explanado para o IRPJ como igualmente aplicável à CSLL.

2.1. Sobre a realização da renda

Assim é que, com a edição do Código Tributário Nacional, foi erigida a tributação contemporânea da renda da Pessoa Jurídica. Em seu artigo 43, o

⁶ Art. 57 - Lei 8.981/95. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro (Lei nº 7.689, de 1988) as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

Código traz o Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, *in verbis*:

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.

Fato Gerador do Imposto de Renda tem-se, então, por ocorrido com a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza. Entretanto, encontra-se a abordagem do instituto imiscuída em fervorosas discussões de cunho conceitual.

Desse modo, para os fins ora pretendidos, adota-se o que tradicionalmente a doutrina entende “disponibilidade econômica ou jurídica”, ou seja, disponibilidade econômica corresponde a rendimento ou provento realizado, enquanto a disponibilidade jurídica corresponde ao crédito da renda ou dos proventos.

Em outras palavras, toma-se por base que a aquisição da disponibilidade jurídica da renda ocorre quando da aquisição do direito à renda, não tendo havido nenhuma percepção em pecúnia ou algo cujo valor se possa atribuir, enquanto a aquisição da disponibilidade econômica apenas se daria por ocorrida com a efetiva entrada de numerário em caixa.

Igualmente, ao se deparar com a expressão “Renda ou Proventos de Qualquer Natureza”, pretende-se tão somente identificar um conteúdo mínimo, uma vez que a expressão ainda apresenta um relativo grau de indeterminação conceitual.

Importante mencionar, todavia, que a consideração da Renda ou Proventos de Qualquer Natureza, aparentemente ilimitada, sofre a delimitação

extraída da aceção da disponibilidade econômica ou jurídica, isto é, leva em conta apenas a renda adquirida, dispensando critérios teoricamente possíveis da renda consumida, ou da renda empregada, ou mesmo da renda capitalizada.

Em síntese, traz Ricardo Mariz de Oliveira que:

O fato gerador do Imposto de Renda é sempre a existência de aumento patrimonial, formado por rendas do trabalho, do capital ou da combinação de ambos, ou ainda por qualquer outra causa eficiente produzida pelo patrimônio ou por seu titular, e pode ocorrer desde que tais fatores de acréscimo patrimonial estejam adquiridos definitiva e incondicionalmente pelo contribuinte.⁷

Percebe-se, então, que o pilar constitucional da tributação da renda da pessoa jurídica foi edificado adotando as premissas do Código Tributário Nacional, ao passo que está disposto, no artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988 que "*Compete à União instituir impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza*".

Sob tal perspectiva, verifica-se que foram retratados na Constituição os sedimentados conceitos de *renda-produto* e de *renda-acréscimo*, tais quais extraídos do Código Tributário Nacional, demonstrando a admissão em âmbito constitucional das definições que historicamente prevaleciam ao tempo de sua promulgação⁸.

Segundo Roberto Quiroga Mosquera, as justificativas para a assimilação dos conceitos de renda-produto e de renda acréscimo enquanto sinônimos de "somatória de rendimentos", "rendimento do trabalho" e "produto

⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 289.

⁸ Cf. POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para Fins de IRPJ**. Série Doutrina Tributária Vol. VII – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

do capital” são retiradas do próprio texto constitucional – artigos 151, II; 153, § 2º, II, atualmente revogado; 157, I; 158, I; 201, § 5º, na redação original.⁹

Para se aferir o que seria uma noção constitucional de renda, baseado na ideia de um acréscimo patrimonial líquido, Quiroga propõe, então, “a definição da palavra ‘renda’ e da expressão ‘proventos de qualquer natureza’ como a mutação patrimonial que se constitui num acréscimo de seus elementos, acréscimos estes originados do trabalho, do capital, da aposentadoria ou de qualquer outra fonte geradora de riqueza nova”.¹⁰

“Renda” e “proventos de qualquer natureza” são qualificados, portanto, como acréscimos patrimoniais. Os acréscimos patrimoniais, por sua vez, em um determinado período, podem ser consubstanciados na figura do lucro, cuja mensuração carece necessariamente da Contabilidade, uma vez que são os registros contábeis o instrumento apto a refletir as mutações patrimoniais positivas e negativas.

Levando, então, em consideração que a realização da renda para fins de incidência do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica depende da apuração do lucro comercial, constata-se que o Código Tributário Nacional implicitamente delegou aos princípios da contabilidade geralmente aceitos os critérios para a realização das receitas e confrontação com as despesas.

Ou seja, assenta-se que as alterações em métodos e critérios de reconhecimento de receitas, custos e despesas geram, por via de consequência, impactos tributários para fins de cálculo do IRPJ e CSLL.

⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza – O Imposto e o Conceito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 52-59.

¹⁰ MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e Proventos de Qualquer Natureza – O Imposto e o Conceito Constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 110.

Levando-se conta que, às exceções em que o lucro tributável se pauta pelos critérios presumido ou arbitrado, a regra geral é de que se apura o IRPJ, partindo do lucro líquido contábil e com as adições exclusões que a lei tributária determina ou autoriza, ou seja, sua base de cálculo é, portanto, o Lucro Real.

Isto é, na apuração do lucro real da pessoa jurídica, tributa-se pelo IRPJ tudo o que constar como crédito de resultado no lucro líquido, enquanto se deduz do lucro real para fins de definição da base de cálculo do IRPJ tudo o que for débito de resultado no lucro líquido, caso não excepcionados pela lei pela lei fiscal.

Na verdade, é sabido que a contabilização dos pagamentos de juros modifica o lucro tributável da Pessoa Jurídica, uma vez que é considerado como despesa no resultado da empresa, isto é, como exclusão do lucro contábil para apuração do Lucro Real¹¹, sujeito ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas e à CSLL.

Considerando que o Lucro Líquido, nos termos do art. 248 do RIR/99, é "*a soma algébrica do lucro operacional, dos resultados não operacionais e das participações*", imanente deve ser a noção de lucro operacional, que consistirá na diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por esta lei, conforme disposto no art. 43¹² da Lei nº 4.506/64.

2.2. Sobre a consideração de despesa

¹¹ **Art. 247** – RIR/99. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 6º).

¹² **Art. 43.** O lucro operacional será formado pela diferença entre a receita bruta operacional e os custos, as despesas operativas, os encargos, as provisões e as perdas autorizadas por esta lei.

Neste sentido, vale salientar que se diferenciam os custos das despesas. Quando a empresa emprega recursos do ativo ou incorre em dívidas para aquisição de um bem ou direito, ela tem um custo. Por outro lado, quando emprega recursos ou contrai dívidas para pagar por algo que não esteja no ativo, ela tem uma despesa operacional.

De suma a importância a distinção, pois o enquadramento dos juros pagos na Regra Geral de dedutibilidade de despesas carece, silogisticamente, da consideração dos juros como despesa operacional, e não outro tipo de encargo.

Ou seja, para serem dedutíveis, os juros devem ter comprovadas a sua natureza, necessidade e operacionalidade, independentemente de quem seja o credor, nos termos do art. 47 da Lei 4.506 de 64, reproduzido no art. 299 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999, como se pode verificar a seguir:

Art. 299. *São operacionais as despesas não computadas nos custos, necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47).*

§ 1.º. *São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização das transações ou operações exigidas pela atividade da empresa (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 47, § 1.º).*

(...)

Art. 300. *Aplicam-se aos custos e despesas operacionais as disposições sobre dedutibilidade de rendimentos pagos a terceiros (Lei n.º 4.506, de 1964, art. 45, § 2.º).*

Inclusive, para elucidar, traz-se no Parecer Normativo nº 32 de 1981, do Coordenador do Sistema de Tributação, que "o gasto é necessário quando essencial a qualquer transação ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, que estejam vinculadas com as fontes produtoras de rendimento".

A partir do exposto, é possível verificar-se quatro critérios para a dedutibilidade das despesas¹³: não serem custos; serem despesas necessárias; serem comprovadas e escrituradas; e serem debitadas no período- base correspondente. Delimitada, portanto, a regra geral de dedutibilidade, primeira entre as aplicáveis ao juros pagos em empréstimos contraídos com parte vinculada no exterior.

3. OS JUROS E OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

A Lei nº 9.430 de 1996 introduziu no direito brasileiro as regras de preços de transferência, consolidando o tratamento dos juros em operações realizadas entre partes vinculadas, bem como em operações em que uma das partes esteja situada em país de tributação favorecida.

Seu fundamento normativo parte da premissa de que partes vinculadas, em razão da relação entre ambas, têm maior facilidade para manejar o preço das operações realizadas entre si, de modo que o acréscimo ou diminuição de seu valor pode ser utilizado como forma de alocação artificial de lucros.

De acordo com o trazido o parágrafo 4º do artigo 22 da Lei n. 9.430, *"Nos casos de contratos registrados no Banco Central do Brasil, serão admitidos os juros determinados com base na taxa registrada"*. Ou seja, não havia sujeição às regras de Preços de Transferência os juros decorrentes de contrato registrado no BACEN, não gerando polêmica, por consequência.

¹³ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 684-723.

Todavia, as Leis nº 12.715 e 12.766 de 2012 alteraram substancialmente o tratamento dos juros, eliminando o *safe harbour* dos contribuintes de não ter os contratos de mútuo submetidos aos critérios de apuração dos preços de transferência, conforme disciplina dada ao art. 22¹⁴ da Lei nº 9.430.

¹⁴ Art. 22. Os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base em taxa determinada conforme este artigo acrescida de margem percentual a título de spread, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros. (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 1º No caso de mútuo com pessoa vinculada, a pessoa jurídica mutuante, domiciliada no Brasil, deverá reconhecer, como receita financeira correspondente à operação, no mínimo o valor apurado segundo o disposto neste artigo.

§ 2º Para efeito do limite a que se refere este artigo, os juros serão calculados com base no valor da obrigação ou do direito, expresso na moeda objeto do contrato e convertida em reais pela taxa de câmbio, divulgada pelo Banco Central do Brasil, para a data do termo final do cálculo dos juros.

§ 3º O valor dos encargos que exceder o limite referido no caput e a diferença de receita apurada na forma do parágrafo anterior serão adicionados à base de cálculo do imposto de renda devido pela empresa no Brasil, inclusive ao lucro presumido ou arbitrado.

§ 4º Nos casos de contratos registrados no Banco Central do Brasil, serão admitidos os juros determinados com base na taxa registrada. (Revogado pela Lei nº 12.715, de 2012)

§ 5º O Ministro de Estado da Fazenda poderá reduzir o percentual de spread, bem como restabelecê-lo até o valor fixado no caput. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)

§ 5o (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 6o A taxa de que trata o caput será a taxa: (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

I - 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; (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

II - 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; e (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

III - *London Interbank Offered Rate - LIBOR* pelo prazo de 6 (seis) meses, nos demais casos. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 7o O Ministro de Estado da Fazenda poderá fixar a taxa de que trata o caput na hipótese de operações em reais no exterior com taxa flutuante. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 8o Na hipótese do inciso III do § 6o, para as operações efetuadas em outras moedas nas quais não seja divulgada taxa Libor própria, deverá ser utilizado o valor da taxa Libor para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 9o A verificação de que trata este artigo deve ser efetuada na data da contratação da operação e será aplicada aos contratos celebrados a partir de 1o de janeiro de 2013. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

§ 10. Para fins do disposto no § 9o, a novação e a repactuação são consideradas novos contratos. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

Por outro lado, a taxa *Libor*, que configurava regra geral, passou a ter aplicação mais restrita, residual, sendo aplicada apenas nos demais casos, não abrangidos pelos incisos I e II do parágrafo 6º do artigo 22 da Lei 9.430 alterada.

O abandono da taxa *Libor*, no dizer de Elidie Palma Bifano, justifica-se, pois "*a norma brasileira afasta-se do que seriam as condições mais comuns de Mercado, para prestigiar os títulos soberanos do Brasil cuja aceitação no Mercado internacional ainda está em construção*"¹⁵. Em outras palavras, pretende-se implementar o uso dos títulos nacionais, já que desprestigiados no mercado internacional.

Assim é que, para fins de dedutibilidade do IRPJ e da CSLL dos juros pagos a parte relacionada no exterior, será considerado o montante que não exceda ao valor calculado com base em taxa de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil, ou da taxa *Libor*, acrescido de margem percentual a título de spread, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Por um lado, a despeito da *Libor* pelo prazo de 6 (seis) meses, as taxas de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil, emitidas no mercado externo, seja em dólares americanos ou reais, nos termos do parágrafo 11 do artigo 22 da Lei n. 9.430, exigem manifestação oficial do Secretário da Receita Federal do Brasil, para especificar e dar as condições de uso.

Por outro, nos termos do *caput* do artigo supramencionado, exige-se também a manifestação do Ministro da Fazenda para fixação do *spread* com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se

§ 11. O disposto neste artigo será disciplinado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive quanto às especificações e condições de utilização das taxas previstas no caput e no § 6o. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

¹⁵ BIFANO, Elidie Palma. *Disciplina dos Juros em Matéria de Preços de Transferência*. . In: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributos e Preços de Transferência*, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, p. 111.

referirem os juros. Deve, portanto, haver a coexistência dos dois elementos mencionados para a formação do juro parâmetro.

Considerando-se ainda que não há a previsão para a hipótese de o contribuinte utilizar-se de métodos alternativos para a matéria dos juros, fica evidente a essencialidade da divulgação desses dados, para que sejam considerados dedutíveis as despesas de juros incorridas para fins de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e da base de cálculo da CSLL.

Nesse sentido, foi publicada no Diário Oficial da União de 02 de agosto de 2013 a Portaria MF nº 427¹⁶, que estabelece as margens percentuais a título de *spread* a serem acrescidas às taxas de juros para fins de dedutibilidade das despesas e reconhecimento das receitas financeiras de acordo com as regras de preço de transferência.

Cinge-se, vale salientar, o presente estudo à orientação trazida no art. 1º da referida Portaria, isto é, nas margens a título de *spread* para fins de dedutibilidade de despesas financeiras na determinação do lucro real e da base

¹⁶Dispõe sobre a dedutibilidade e o reconhecimento de receita financeira de juros, em operações com pessoas vinculadas, para fins de apuração do lucro real, conforme as regras de preços de transferência.

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos II e IV do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal, e tendo em vista o disposto no art. 22 e 28 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e no art. 5º, da Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012,

Resolve:

Art. 1º A partir de 1º de janeiro de 2013, as margens percentuais a título de *spread* a serem acrescidas às taxas de juros para fins de dedutibilidade de despesas financeiras na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, em operações com vinculadas ou em operações com residentes ou domiciliadas em país com tributação favorecida, será de 3,5% (três e meio por cento).

Art. 2º As margens percentuais a título de *spread* a serem acrescidas às taxas de juros para fins de reconhecimento de valor mínimo de receita financeira, na determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, em operações com vinculadas ou em operações com residentes ou domiciliadas em país com tributação favorecida, será de 2,5% (dois e meio por cento), independentemente da operação.

Parágrafo único. As margens percentuais a título de *spread* de que trata o caput será de zero por cento para as operações ocorridas entre 1º de janeiro de 2013 e a data da publicação desta Portaria.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

de cálculo da CSLL será de 3,5% (três e meio por cento), não de receitas, uma vez que a perspectiva é das operações financeiras passivas de empresas nacionais.

Uma questão a ser levantada é que, ao se referir à *"margem percentual a título de spread, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros"*, o legislador omitiu se estes juros são fixados para períodos futuros ou pretéritos.

Na visão de Luís Eduardo Schoueri, *"diante da omissão do legislador, pode-se, com maior razão, invocar o Princípio da Segurança Jurídica, para esperar que o Ministro da Fazenda informe, com antecedência, quais as taxas de spread praticadas no mercado."*¹⁷.

Tratando da utilização da taxa e do *spread* da Lei n. 12.766, em um contexto de mercado brasileiro em adequação a padrões internacionais de competitividade, manifesta-se a Professora Elidie Palma Bifano nos seguintes termos:

A decisão do legislador, neste momento de mudanças, no sentido de tomar as taxas dos títulos soberanos e do *spread* local, com todas as suas idiosincrasias, e tentar aplicá-los a negócios internacionais ou globais, implica perder a oportunidade ímpar de adequar o sistema jurídico brasileiro ao conjunto de países que buscam harmonizar suas regras com a finalidade de ajustar-se aos padrões internacionais de competitividade nos negócios, uma vez que o tributo é importante elemento neste jogo.¹⁸

Sendo assim, considerando que a nova regulamentação de preços de transferência se aplica a todos os juros pagos ou creditados, sem mais

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*, 3a. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 351.

¹⁸ BIFANO, Elidie Palma. *Disciplina dos Juros em Matéria de Preços de Transferência*. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tributos e Preços de Transferência*, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, p. 118.

vinculação a registro do contrato no Banco Central, passou-se a questionar a que contratos a legislação pode ser aplicável.

Foi, então, publicada a IN 1.312 de 2012, alterada pela IN 1.322 de 2013, trazendo os artigos 38 e 38-A, para reger os contratos sujeitos às novas regras, conforme transcrito *in verbis*.

Art. 38. Para os contratos firmados no ano-calendário de 2012, os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada, quando decorrentes de contrato de mútuo, serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSLL, somente até o montante que não exceda o valor calculado com base na taxa London Interbank Offered Rate (Libor), para depósitos em dólares dos Estados Unidos da América pelo prazo de 6 (seis) meses, acrescida de 3% (três por cento) anuais a título de spread, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

Art. 38-A. A partir de 1º de janeiro de 2013, os juros pagos ou creditados a pessoa vinculada somente serão dedutíveis para fins de determinação do lucro real até o montante que não exceda ao valor calculado com base em taxa determinada conforme este artigo acrescida de margem percentual a título de spread, a ser definida por ato do Ministro de Estado da Fazenda com base na média de mercado, proporcionalizados em função do período a que se referirem os juros.

Diante do exposto, verifica-se que as regras de preços de transferência adotadas pela legislação brasileira, pensando no contribuinte brasileiro como o devedor, embora tratem das médias de mercado, ao se referirem a negócios internacionais e, por conseguinte, a um cenário global, deixam de representar o mercado, passando distante de uma suposta adequação ao princípio *Arm's length*, o que pode ter implicância diante da escolha entre as regras aplicáveis para fins de limite de dedutibilidade dos juros, considerando que operação sujeita-se a intersecção normativa, conforme será demonstrado adiante.

4. OS JUROS E AS REGRAS DE SUBCAPITALIZAÇÃO

Até 2009, o limite da dedutibilidade de juros incorridos em empréstimos contraídos com partes vinculadas seguia apenas as regras de Preços de Transferência. Todavia, com a edição da Medida Provisória nº 472, convertida

na Lei 12.249/10, em seus artigos 24¹⁹ e 25²⁰, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro as Regras de Subcapitalização.

¹⁹ **Art. 24.** Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica, vinculada nos termos do art. 23 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, residente ou domiciliada no exterior, não constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verificar constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo aos seguintes requisitos:

I - no caso de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que tenha participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil, o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;

II - no caso de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior que não tenha participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil, o valor do endividamento com a pessoa vinculada no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil;

III - em qualquer dos casos previstos nos incisos I e II, o valor do somatório dos endividamentos com pessoas vinculadas no exterior, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor do somatório das participações de todas as vinculadas no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 1º Para efeito do cálculo do total de endividamento a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no Banco Central do Brasil.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo às operações de endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for pessoa vinculada.

§ 3º Verificando-se excesso em relação aos limites fixados nos incisos I a III do caput deste artigo, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

§ 4º Os valores do endividamento e da participação da vinculada no patrimônio líquido, a que se refere este artigo, serão apurados pela média ponderada mensal.

§ 5º O disposto no inciso III do caput deste artigo não se aplica no caso de endividamento exclusivamente com pessoas vinculadas no exterior que não tenham participação societária na pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 6º Na hipótese a que se refere o § 5º deste artigo, o somatório dos valores de endividamento com todas as vinculadas sem participação no capital da entidade no Brasil, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não poderá ser superior a 2 (duas) vezes o valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 7º O disposto neste artigo não se aplica às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

²⁰ **Art. 25.** Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica residente,

Ciente da experiência internacional, é que o legislador brasileiro editou a referida legislação, para combater a prática conhecida como *thin capitalization*, ou subcapitalização.

Comumente utilizada em países onde a distribuição de dividendos é tributada, tal prática consiste em os sócios fazerem aportes de capital na empresa por meio de empréstimos, e não investindo no capital social, já que os juros decorrentes podem ser deduzidos do lucro tributável, ao passo que os dividendos não.

Evidente e de fundamentada vantagem, portanto, o planejamento tributário importado pelo qual se capitalizam as empresas através de empréstimos (*debt*), em vez de por meio de aportes de capital social (*equity*), principalmente em um hipotético cenário em que a distribuição de dividendos

domiciliada ou constituída no exterior, em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, nos termos dos arts. 24 e 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração, atendendo cumulativamente ao requisito de que o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado não seja superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

§ 1º Para efeito do cálculo do total do endividamento a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas todas as formas e prazos de financiamento, independentemente de registro do contrato no Banco Central do Brasil.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo às operações de endividamento de pessoa jurídica residente ou domiciliada no Brasil em que o avalista, fiador, procurador ou qualquer interveniente for residente ou constituído em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

§ 3º Verificando-se excesso em relação ao limite fixado no caput deste artigo, o valor dos juros relativos ao excedente será considerado despesa não necessária à atividade da empresa, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, e não dedutível para fins do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

§ 4º Os valores do endividamento e do patrimônio líquido a que se refere este artigo serão apurados pela média ponderada mensal.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às operações de captação feitas no exterior por instituições de que trata o § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para recursos captados no exterior e utilizados em operações de repasse, nos termos definidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

não fosse tributável²¹. Assim, embora os dividendos sejam isentos no Brasil, diante da utilização recorrente deste tipo de planejamento no cenário nacional, foram trazidas e hoje vigem no país as regras de subcapitalização.

Vale dizer que o artigo 24 mencionado é aplicável na hipótese de endividamento da empresa brasileira com parte vinculada residente ou domiciliada no exterior, ao passo que o artigo 25 alberga a hipótese de endividamento com pessoa jurídica, independentemente de ser relacionada ou não, residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado²². Ou seja, tem-se por escopo o endividamento tratado no artigo 24 da Lei 12.249/10.

A regra de subcapitalização traz, assim, reconhecidamente um limite adicional à dedução das despesas de juros, uma vez que, nos termos do *caput* do art 24, será aplicada nas condicionantes "*Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*", bem como "*quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964*", ou seja, levando em consideração as regras de preços de transferência e a regra geral de dedutibilidade, respectivamente.

Assim é que, conforme disciplina do inciso I do art. 24 supramencionado, somente serão dedutíveis os juros pagos pela empresa brasileira, caso o valor do endividamento com a pessoa jurídica no exterior não

²¹ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*, 3a. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 355.

²² Se a dedutibilidade dos juros pagos ou creditados e por despesas incorridas por fonte situada no Brasil à pessoa jurídica residente ou domiciliada em país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, a regulamentação da dedutibilidade consta na Instrução Normativa n. 1.154, de 12 de maio de 2011, nos termos previstos nos artigos 24 a 26 da Lei n. 12.249/2010.

seja superior a 2 (duas) vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

O propósito da referida legislação é, portanto, evitar a erosão da base tributável pelo IRPJ e pela CSLL, mediante o endividamento, na hipótese em que uma pessoa jurídica estrangeira, ao constituir uma subsidiária no Brasil, efetua capitalização em valor reduzido, complementado por um empréstimo, que reduz os resultados da subsidiária, ao passo que o pagamento de juros é deduzido do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL.

Vale salientar ainda que as transações financeiras com remessa de juros para países com Acordo de Dupla Tributação podem ensejar uma situação, por si só, já resolvida, conforme será pontualmente demonstrado e justificado em vias de conclusão.

Adentrar-se-á na problemática, então, exclusivamente pelo viés doméstico, onde as incertezas sobrepujam quanto à dedutibilidade dos juros, tendo em vista a Regra Geral, os Preços de Transferência e as Regras de Subcapitalização.

5. O TRATAMENTO DOS JUROS SOB INTERSECÇÃO NORMATIVA

5.1. Sobre a intersecção normativa

Conforme se pode depreender de todo o exposto, as operações financeiras passivas entre partes vinculadas, envolvendo o pagamento de juros da Pessoa Jurídica residente ou domiciliada no Brasil, para fins de dedutibilidade da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, devem se submeter a três regras distintas.

Reitere-se que, tendo em vista o disposto no art. 24 da Lei nº 12.249 de 2010, que regula a Subcapitalização, a dedutibilidade dos juros deve ser

quantificada em consonância com as seguintes três diferentes regras, sem que uma implique a desconsideração das demais:

- (i) Regra de Preços de Transferência, conforme o art. 22 da Lei nº 9.430;
- (ii) Regra de Subcapitalização, conforme o próprio art. 24 da Lei nº 12.249;
- (iii) Regra de necessidade e operacionalidade da despesa, conforme o art. 47 da Lei nº 4.506, reproduzido no art. 299 do RIR/1999.

Vale salientar que, configurado o enquadramento dos juros como despesa necessária e operacional à atividade da empresa, as duas outras surgem vislumbrando funções divergentes.

Isto é, enquanto as de Subcapitalização têm por escopo coibir o endividamento abusivo das Pessoas Jurídicas residentes no Brasil com empresas ligadas no exterior, as de Preços de Transferência visam evitar que a empresa transacione despesas com juros em montante superior ao que seria pago entre partes não relacionadas para as pessoas vinculadas no exterior.

Assim, embora munidas de propósitos não coincidentes, a incidência das normas ocorre sobre o mesmo fato jurídico, e, ao passo que a base referência para dedutibilidade tem sobreposta mais de uma norma incidente, uma mesma operação pode desrespeitar mais de um dos limites impostos.

Neste contexto, como não há na legislação nenhuma referência a uma ordem de prioridade para aplicação, concreta e obrigatória é a subsunção do fato às três normas mencionadas.

Um detalhe importante de se mencionar, entretanto, é que as regras de preços de transferência levam em conta cada operação, enquanto o limite imposto pelas regras de subcapitalização levam em consideração o montante de endividamento em um determinado período.

A coexistência das normas é fato e, conseqüentemente, como sua interação é devida, são postos em xeque alguns princípios, como da segurança jurídica, da liberdade de gestão e da capacidade contributiva.

Indagam-se, então, quais as metodologias possíveis para definição de qual delas deve ser aplicada primeiramente, ou como deve ser harmonizada a aplicação. Neste ponto, sob variados aspectos, a doutrina pátria diverge de fundamentos e premissas, formando as correntes de hipóteses a seguir tratadas.

5.2. Posicionamento doutrinário

A primeira das correntes que se pode mencionar, mas com menor sustentabilidade, tendo em vista afronte grosseiro ao princípio constitucional da capacidade contributiva, é a de que as normas têm aplicação independente, restando eventuais excessos à limitação de quaisquer regras somados e, por indedutíveis, postos à tributação.

Uma segunda corrente é defendida por João Dácio Rolim e Fabrício Resende de Campos, os quais entendem que há, na verdade, um aparente conflito normativo entre as regras explicitadas, dirimido por interpretação lógica, sistemática e teleológica aplicável no contexto de normas antielisivas.

Segundo os autores, com a aplicação das regras de preços de transferência, a taxa de juros passa a ser limitada e, com isso, fictamente, a operação passaria a ser considerada como realizada entre empresas não vinculadas, de modo que se tornaria inócua a norma de subcapitalização, partindo da suposição de que o objetivo desta também seria evitar abusos fora das condições padrão de mercado.

Com a consideração de que o Princípio *Arm's Length* é o inspirador da finalidade das normas de Subcapitalização e de Preços de Transferência, argumentam:

A aplicação concomitante das duas normas de forma que ocorram duas adições cumulativas ao lucro real seria contrariar a finalidade comum entre ambas as normas e na mesma relação entre empresas vinculadas, representando não apenas uma dupla tributação (contrária aos objetivos ou à razão de ser das normas antielisivas), mas até mesmo uma punição.

(...)

Este é o racional também dos Comentários ao artigo 9o. do modelo de Convenção da OCDE. Operações financeiras em situação de Arm's Length não seriam passíveis de afetação às regras de subcapitalização por incoerência lógica sistêmica das regras de tributação, mesmo no plano doméstico sem envolver Acordos de Dupla Tributação.²³

Uma terceira hipótese é a seguida pelos Professores Elidie Palma Bifano e Carlos Pelá, segundo os quais, no intuito de que as regras cumpram suas funções, devem ter a sua aplicação integrada, de modo que o ajuste nas bases de dedutibilidade faça com que o endividamento global fique dentro do limite, e os juros das operações individuais sigam a taxa parâmetro.

Para Carlos Pelá, como a verificação dos limites de dedutibilidade sob a perspectiva conjunta das regras de subcapitalização não considera apenas uma operação, mas o total do endividamento, torna-se mais complexa, fazendo-se necessário o cálculo de uma por ele denominada "taxa de ponderação", que seria obtida através da divisão do endividamento pelo limite do endividamento.

Nesse sentido, ratifica o posicionamento, aduzindo que:

Pelo conjunto das regras de subcapitalização e de preços de transferência hoje vigentes, e pela função que exercem no ordenamento, parece necessária a integração das duas normas, a fim de que empresas que incorram em um dos limites não incorram no segundo excesso de maneira premeditada, uma vez que a adição das bases tributárias só seria majorada, se a segunda infração ultrapassar o montante da adição já incorrida.²⁴

²³ ROLIM, João Dácio; CAMPOS, Fabrício Costa Resende de. Juros, **Preço de Transferência e Regras de Subcapitalização**. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). *Tributos e Preços de Transferência*, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, p. 140/141.

²⁴ PELÁ, Carlos. **Juros e Preços de Transferência. Nova Sistemática Introduzida pela Lei nº 12.766/2012**. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). *Tributos e Preços de Transferência*, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, p. 26.

Uma nuance divergente, trazida pela Professora Elidie Bifano, por sua vez, refere-se à consideração de que todas as regras em consideração são especiais, não havendo qualquer ordem de precedência, nenhuma é geral em relação às demais ou mais especial que as outras, nos seguintes termos:

Todas as 3 regras são regras especiais, cada uma delas objetivando aspectos diversos da dedutibilidade das despesas:

- (i) o artigo 47 da Lei n. 4.506 volta-se à comprovação da natureza da despesa de juros, sua necessidade e operacionalidade, em cada contrato firmado, independentemente, de quem seja o credor;
- (ii) o art. 22 da Lei 9.430 apura o excesso de juros pagos ou creditados, relativamente a parâmetros legais, em cada um dos contratos firmados, admitindo-se o uso por conjuntos, com pessoas vinculadas; e
- (iii) o art. 24 da Lei n. 12.249 objetiva limitar o endividamento junto aos sócios, quando feito em detrimento da capitalização.²⁵

Todavia, não deixa de levar em conta que, a despeito de não haver ordem de precedência, se a primeira regra a ser aplicada é a mais geral dentre elas, certamente seria o art. 47 da Lei nº 4.506, que orienta a dedutibilidade da despesa em razão da sua natureza. Nesse sentido, engendra a seguinte solução hipotética:

O critério que, em um primeiro momento, parece atender de forma mais coerente o propósito da norma seria aplicar a regra mais geral que diz respeito à natureza da despesa – necessidade e operacionalidade – e, apurado um excesso nesse sentido, deduzi-lo do estoque de juros pagos, dessa forma ajustando a base de cálculo a ser adotada na aplicação da regra subsequente. O próximo passo seria aplicar uma das outras normas incidentes, sendo a ordem de aplicação irrelevante sobre o estoque de juros remanescente da primeira operação e assim na próxima etapa. O fato é que o contribuinte dispõe de um estoque de juros pagos ou creditados, que deverá submeter-se ao crivo da dedutibilidade na medida em que não se esgote por consumos

²⁵ BIFANO, Elidie Palma. **Disciplina dos Juros em Matéria de Preços de Transferência**. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). *Tributos e Preços de Transferência*, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, p. 123.

anteriores. Essa parece ser a única fórmula que permitiria atender às disposições legais sem desconsiderar nenhuma das regras postas.²⁶

Por fim, a quarta corrente que se pode verificar é a encabeçada pelos Professores Ricardo Mariz de Oliveira e Luís Eduardo Schoueri, segundo os quais, nas palavras do segundo, "*Solução mais razoável é apresentar o montante de juros, em sua integralidade, a ambas as regras, tomando-se, dos dois limites encontrados, aquele que indicar menor dedutibilidade. Ao se considerar o limite inferior, estar-se-á atendendo, por continência, à outra regra.*"²⁷

Em outros termos, todas as normas devem ser aplicadas conjuntamente e de forma isolada, devendo-se ter em conta que, se dedutível segundo o critério da necessidade, qual o montante dedutível pelas regras dos art. 22 da Lei nº 9.430 e arts. 24 e 25 da Lei nº 12.249. Com isso, adota-se a maior indedutibilidade, já que a menor parcela dedutível estaria englobada pela maior.

Por fim, algumas considerações pontuais do Professor Mariz²⁸, como a de que as normas de Preços de Transferência e de Subcapitalização mencionadas possuem caráter especial, com critérios específicos, frente à norma geral, que analisa a dedutibilidade ou não da despesa pelo critério da necessidade, além de que inexistente qualquer critério temporal para que uma norma seja aplicada anteriormente à outra.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁶ BIFANO, Elidie Palma. **Disciplina dos Juros em Matéria de Preços de Transferência**. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). *Tributos e Preços de Transferência*, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, p. 124.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 356.

²⁸ Cf. OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Consequência da Concomitância na Incidência de Normas Jurídicas – Elementos de Lógica e Subsunção – O Caso das Despesas Financeiras Contraídas no Exterior*. Revista Direito Tributário Atual n. 29. São Paulo: Dialética, 2013, p. 322-323.

No cenário de crise internacional e consequente busca por aumento de arrecadação, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – promove e tenta dar efetividade aos 15 planos de ação contidos Relatório “*BEPS*”, coibindo o manuseio de instrumentos pelas empresas multinacionais e conglomerados econômicos para transferirem artificialmente lucros para jurisdições de baixa tributação.

Em âmbito doméstico, com a percepção de brechas legislativas que possibilitam uma dupla não tributação agravada ainda pela erosão da base tributável internamente, as administração tributária estão já adotando medidas mais drásticas, ao considerar determinadas práticas, a princípio não proibidas, como planejamento tributário agressivo, corroborando propósitos em comum ao G20.

No que tange especificamente ao Plano de Ação 4, que recomenda a limitação da erosão da base tributável via dedução de juros e outros pagamentos financeiros, todavia, configura-se um ambiente sem proatividade devidamente fundamentada da administração tributária, sem jurisprudência consolidada e, diante do emaranhado legislativo, com sobreposição de bases fiscais, uma sequência de correntes doutrinárias.

Assim é que foram analisadas as premissas e fundamentos das mais relevantes e atuais correntes formadas, para definir qual o limite de dedutibilidade de despesa com juros pagos por empresa domiciliada no Brasil a vinculada no exterior, para fins de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

Primeiramente, com relação a países com Acordos para evitar a Dupla Tributação, o pagamento do juros será regido, em conformidade com o disposto no dispositivo relativo à “Não Discriminação”, o qual traz o seguinte:

3. Salvo nos casos aos quais se aplicarem as disposições do Artigo 9º, parágrafo 8º do Artigo 11, ou parágrafo 7º do Artigo 12, os juros, royalties e outras despesas pagas por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante serão, para fins de determinação dos lucros tributáveis dessa empresa, dedutíveis nas mesmas condições como se tivessem sido pagos a um residente do primeiro Estado mencionado.²⁹

Ou seja, constante o parágrafo transcrito, entende-se que é devida a sobreposição do Tratado em relação à lei interna, não ocorrendo a interseção normativa, do ponto de vista de que, por construção teórica, não seriam, portanto, aplicáveis os limites impostos pela legislação de Subcapitalização, embora haja divergência de que o tratado não poder ser invocado para impedir a aplicação das referidas regras.

Da mesma forma, o dispositivo que trata das “Empresas Associadas”, isto é, o art. 9º dos Tratados, algumas vezes trazem regras específicas, para impor limites de dedutibilidade para a situação de pagamento de juros, trazendo, inclusive, algumas barreiras à subcapitalização. Portanto, exclui-se do escopo o tratamento concedido a operações acobertadas por Acordos para Evitar a Dupla Tributação, por si só resolvidas, tendo em vista a não aplicação concomitante das regras em testilha.

Sendo assim, tratando a primeira corrente hipotética, verifica-se inaplicável o entendimento, uma vez que a eventual soma de excedentes cogitados poderia ensejar um cálculo impensável, em que a indedutibilidade encontrada supera o próprio valor dos juros pagos.

O trazido pela segunda corrente, igualmente, não subsiste. Os autores mencionados pugnam que há conflito normativo entre as regras, o que não ocorre, já que, embora coincidentemente incidam sobre o mesmo fato jurídico, o

²⁹ Exemplificativamente, trazido do art. 23 do Acordo Brasil – Peru: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AcordosInternacionais/Peru/Dec70202009.htm>. Acesso em 22/10/2016.

propósito de coibição de cada uma das regras vislumbra distorções diferentes, de forma que, conseqüentemente, a adequação de uma operação a preços que seriam praticados entre partes não relacionadas não acaba enquadrando a operação no limite de endividamento da empresa, que nem mesmo é levado em consideração por operação.

Neste ponto, a terceira corrente, no intuito de sanar esta incongruência, criou a denominada “taxa de ponderação”, para o cálculo supostamente mais adequado, mas essa adequação a um cálculo ponderado não tem condições de subsistir, por falta de determinação em nosso ordenamento jurídico. Igualmente, não há nenhuma ordem de preferência na aplicação e cálculo das regras especiais, pelo mesmo motivo acima exposto, isto é, por ausência de fundamento normativo, criação discricionária.

Conclui-se, então, que é a quarta corrente que mais apropriadamente delinea o tratamento dos juros nas operações financeiras *intercompany*, pelo posicionamento de que as regras dos arts. 22 da Lei 9.430 e arts. 24 e 25 da Lei 12.249, por possuir idêntico substrato fático, tem aplicação concomitante e integral, mas separada. Trata-se, assim, do cálculo menos contestável, uma vez que a menor parcela dedutível acaba por englobada na maior parcela dedutível, em cálculos isolados, o que se pode ainda identificar como um cálculo mais conservador.

7. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano da Silva. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza**. Caderno de Pesquisas Tributárias, v.11. São Paulo: Resenha Tributária, 1986.

_____. Imposto de renda: regimes jurídicos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Curso de direito tributário**, v. 1. Belém: CEJUP/ Centro de Extensão Universitária, 1993, p. 310.

ANAN JR., Pedro; SILVA, Thaís Abreu de Azevedo. **Regras Gerais da Dedutibilidade das Despesas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ÁVILA, Humberto. O princípio da isonomia em matéria tributária. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). **Tratado de direito constitucional tributário: Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 407-410.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6a ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Sistema constitucional tributário: de acordo com a Emenda Constitucional n. 51, de 14.02.2006**. 2a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. **O imposto sobre a renda: Prática, doutrina e legislação**. Salvador: Livraria Editora Baiãna, 1938.

_____. **Direito tributário brasileiro**. DERZI, Misabel Abreu Machado (Atualizadora). 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BIANCO, João Francisco. Imposto de renda da pessoa jurídica: uma visão geral. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio (coords.). **Tributação das Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BIFANO, Elidie Palma. Disciplina dos Juros em Matéria de Preços de Transferência. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). **Tributos e Preços de Transferência**, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 104-124.

CANTO, Gilberto de Uilhôa; MUNIZ, Ian de Porto Alegre; SOUZA, Antonio Carlos Garcia de. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **O fato gerador do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: Caderno de Pesquisas Tributárias**, v. 11. São Paulo: Resenha Tributária, 1986.

_____. A aquisição de disponibilidade e o acréscimo patrimonial no imposto sobre a renda. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Imposto de renda: conceitos, princípios e comentários (em memória de Henry Tilbery)**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 1996

CARRAZZA, Roque Antonio. **Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos**. 3a. ed., rev., ampl. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009

CORREA, Walter Barbosa. Subsídios para o estudo da história legislativa do imposto de renda no Brasil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Imposto de renda: Conceitos, princípios e comentários (em memória de Henry Tilbery)**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 1996.

COSTA, Alcides Jorge. Imposto sobre a renda. A aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência. (Relatório das XI Jornadas do Instituto Latino Americano de Derecho Tributário). In: **Revista de Direito Tributário**, ano 11, no 40. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun. 1987, p. 103-107.

_____. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Imposto de renda – Conceitos, princípios e comentários (em memória de Henry Tilbery)**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 24-33.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto sobre a renda: pressupostos constitucionais**. 2a tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

HORTA, Nereida de Miranda Finamore. Reflexões acerca das Regras de Preço de Transferência Aplicáveis aos Juros. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). **Tributos e Preços de Transferência**, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 283-295.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. **Renda e Proventos de Qualquer Natureza – O Imposto e o Conceito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 1996.

_____. **Impostos federais : IR restrições à dedutibilidade**. In: Revista de Direito Tributário n. 113. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56-60.

OECD (2013), **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>. Acesso em 23/10/2016.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Fundamentos do Imposto de Renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Consequência da Concomitância na Incidência de Normas Jurídicas – Elementos de Lógica e Subsunção – O Caso das Despesas Financeiras Contraídas no Exterior**. In: Revista Direito Tributário Atual n. 29. São Paulo: Dialética, 2013, p. 306-324.

PELÁ, Carlos. Juros e Preços de Transferência. Nova Sistemática Introduzida pela Lei nº 12.766/2012. . In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). **Tributos e Preços de Transferência**, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 7-28.

POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para Fins de IRPJ**. Série Doutrina Tributária Vol. VII – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

QUEIROZ, Mary Elbe. **Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza: princípios, conceitos, regra-matriz de incidência, mínimo existencial, retenção na fonte, renda transnacional, lançamento, apreciações críticas**. Barueri: Manole, 2004.

RODRIGUEZ, Marcelo Natale. Nova Disciplina de Preços de Transferência sobre Juros. . In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). **Tributos e Preços de Transferência**, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 228-242.

ROLIM, João Dácio; CAMPOS, Fabrício Costa Resende de. Juros, Preço de Transferência e Regras de Subcapitalização. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Coordenador). **Tributos e Preços de Transferência**, 4º vol. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 125-143.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
_____. **Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

SILVEIRA, Ricardo Maitto. O princípio da realização da renda no direito tributário brasileiro. In: **Revista de direito tributário atual**. v. 21. São Paulo: Dialética/IBDT, 2007, p. 317-344.

SOUSA, Rubens Gomes de. A evolução do conceito de rendimento tributável. In: **Revista de direito público**, ano IV, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1970, p. 339- 346.

_____. IMPOSTO DE RENDA: Despesas não dedutíveis pelas pessoas jurídicas [...]. In: **Pareceres – 1: imposto de renda**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 59-95.

UCKMAR, Victor; CORASANITI, Giuseppe; VIMERCATE, Paolo de' Capitani di; OLIVA, Caterina Corrado; GRECO, Marco Aurélio. ROCHA, Sergio André. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. O princípio da realização da renda. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). **Direito tributário: Homenagem a Alcides Jorge Costa**, vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 297-328.

<https://www.fazenda.gov.br/institucional/legislacao/2013/portaria-no.-427-de-30-de-julho-de-2013> . Acesso em 22/10/2016.